

CRÓNICA LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Unión Europea, España y Portugal

ADMINISTRATIVO

1 · LEGISLACIÓN

[España]

**Ley Básica de
Cámaras Oficiales de
Comercio, Industria,
Servicios y
Navegación**

Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación (BOE de 2 de abril de 2014)

Con arreglo a esta norma, las Cámaras mantienen su naturaleza de corporaciones de Derecho público. Pueden existir Cámaras de ámbito autonómico, provincial y local, si bien debe existir una Cámara por provincia. Las Comunidades Autónomas podrán adecuar la demarcación territorial de las Cámaras a la realidad económica y empresarial de cada Comunidad Autónoma.

Las Cámaras se someten primeramente a esta Ley y a sus normas de desarrollo, y, de forma supletoria, a la legislación referente a la estructura y funcionamiento de las Administraciones públicas, en cuanto sea conforme con su naturaleza y finalidades. La contratación y el régimen patrimonial se regirán conforme al Derecho privado, habilitando un procedimiento que garantice las condiciones de publicidad, transparencia y no discriminación.

Las Cámaras se sujetan en el ejercicio de su actividad a la tutela de la Administración General del Estado o de las respectivas Comunidades Autónomas. En caso de que se produzcan transgresiones del ordenamiento jurídico que, por su gravedad o reiteración, lo hagan aconsejable, la Administración tutelante podrá suspender la actividad de los órganos de gobierno de las Cámaras por un máximo de tres meses. Si, transcurrido el plazo de suspensión, subsisten las razones de la suspensión, se disolverán los órganos de gobierno y se convocarán nuevas elecciones. De no ser posible estas últimas, la Administración de tutela podrá acordar su extinción adscribiéndose su patrimonio, previa liquidación.

Las Cámaras asumen la representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria, los servicios y la navegación, así como la prestación de servicios a todas las empresas. Sus funciones pueden sistematizarse del siguiente modo:

- (i) Continuarán desarrollando funciones vinculadas con el tráfico mercantil, entre las que se incorporan la prestación de servicios en materia de comprobación del cumplimiento de los requisitos legales y certificación de establecimientos mercantiles e industriales, así como funciones en materia de innovación y simplificación administrativa en los procedimientos para el inicio y desarrollo de actividades económicas y empresariales, y de la implantación de la economía digital en las empresas.
- (ii) A las funciones anteriores se añaden las funciones público-administrativas, esencialmente de propuesta y colaboración con las Administraciones públicas.

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

(iii) También pueden realizar otras actividades de carácter privado y en régimen de libre competencia (prestar servicios de información empresarial, impartir formación, servicios de certificación y homologación de empresas, etc.).

(iv) Finalmente, pueden desempeñar actividades de mediación, así como de arbitraje mercantil.

Las resoluciones de las Cámaras dictadas en ejercicio de las funciones público-administrativas serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, previo recurso administrativo ante la Administración tutelante. Las actuaciones de las Cámaras en otros ámbitos y, especialmente, las de carácter mercantil, civil y laboral se dilucidarán ante los Juzgados y Tribunales competentes.

Las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que ejerzan actividades comerciales, industriales, de servicios o navieras en territorio nacional formarán parte de las Cámaras dentro de cuya circunscripción tengan establecimientos, delegaciones o agencias, sin que de ello se desprenda obligación económica alguna ni ningún tipo de carga administrativa, y se procederá a la adscripción de oficio de ellas. Las Cámaras, a su vez, elaborarán un censo público de estas empresas.

Los órganos de gobierno de las Cámaras son el pleno, el comité ejecutivo y el presidente.

Los ingresos de las Cámaras provendrán de los servicios que presten; de los productos, rentas e incrementos de su patrimonio; de las aportaciones voluntarias de empresas o entidades comerciales; de los legados y donativos que puedan recibir, de los procedentes de las operaciones de crédito que realicen; y cualesquiera otros. En todo caso, la disposición de bienes patrimoniales deberá contar con la autorización de la Administración tutelante cuando se trate de bienes inmuebles.

Las Cámaras elaborarán y someterán sus presupuestos a la aprobación de la Administración tutelante. Corresponderá al Tribunal de Cuentas la fiscalización del destino de los fondos públicos que perciban.

Finalmente, la Ley crea la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España, con el objetivo de representar al conjunto de las Cámaras ante las diversas instancias estatales e internacionales y de coordinar las acciones que afecten al conjunto de las Cámaras españolas. Esta Cámara se encargará de ejecutar el Plan Cameral de Internacionalización suscrito mediante Convenio de colaboración con el Ministerio de Economía y Competitividad, así como el Plan de Competitividad, según el cual, cada dos años, se concretarán con dicho Ministerio todos los programas y actividades que desarrollen las Cámaras para el fomento de la competitividad empresarial.

Ley de cobertura por cuenta del Estado de los riesgos de internacionalización de la economía española

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

Según su preámbulo, esta Ley responde a la «posible pérdida de la participación mayoritaria del Estado en el capital de CESCE» (Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, Sociedad Anónima). En este sentido, la Ley establece que cualquier entidad de seguros autorizada para operar en los ramos del seguro de crédito o de caución podrá cubrir riesgos derivados de operaciones de internacionalización. No obstante, el Estado podrá cubrir los riesgos de la internacionalización. A tal efecto, la Ley prevé que la cobertura por cuenta del Estado de esos riesgos se realice a través de un Agente Gestor. Este último podrá ser cualquier entidad de seguros autorizada para operar en los ramos del seguro de crédito o caución. Será designado por el Ministro de Economía y Competitividad mediante un procedimiento de selección respetuoso con los principios de idoneidad, transparencia, publicidad, concurrencia, igualdad de trato y no discriminación. El Ministro de Economía y Competitividad suscribirá un Convenio de gestión con el Agente Gestor, que establecerá los derechos, obligaciones y tareas de este último.

El Agente Gestor se encargará, actuando con carácter exclusivo como asegurador o garante, de realizar la gestión y administración de la cobertura de los riesgos (de carácter comercial, político, extraordinario o de otra naturaleza) derivados de la internacionalización que en cada momento asuma por cuenta del Estado. En este sentido, asumirá la actividad de gestión de la cuenta del Estado a su riesgo y ventura, entendido como asunción del riesgo empresarial de dicha función gestora, sin perjuicio de la responsabilidad última del Estado como asegurador o garante de las

coberturas concertadas por cuenta del mismo, de forma que el Agente Gestor no responde patrimonialmente de las pérdidas cubiertas por cuenta del Estado.

Para garantizar que el Agente Gestor desempeña sus atribuciones conforme a las instrucciones de los órganos responsables de la política comercial española, se crea una Comisión de Riesgos por Cuenta del Estado. Esta Comisión controlará la gestión del seguro por cuenta del Estado realizada por el Agente Gestor.

En la medida en que el Estado asume la responsabilidad última como asegurador de las coberturas concertadas por su cuenta, los Presupuestos Generales del Estado fijarán anualmente el límite de esas coberturas. Además, se crea el Fondo de Reserva de los Riesgos de la Internacionalización, como un fondo sin personalidad jurídica adscrito al Ministerio de Economía y gestionado por el Consorcio de Compensación de Seguros. Sus recursos estarán constituidos por los derechos económicos y primas recaudadas (una vez deducida la remuneración del Agente Gestor), los recobros de siniestros, las comisiones y eventuales rentas patrimoniales.

Finalmente, la Ley contempla un plazo de ocho años durante el cual CESCE actuará como Agente Gestor.

Ley General de Telecomunicaciones

Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones (BOE de 10 de mayo de 2014)

Esta Ley contiene una regulación general del régimen de las telecomunicaciones, incluyendo las comunicaciones electrónicas y otras cuestiones como la instalación de equipos y sistemas, la interceptación legal de las telecomunicaciones, la conservación de datos o la evaluación de la conformidad de equipos y aparatos. Queda excluida de esta Ley la regulación de los contenidos difundidos a través de servicios de comunicación audiovisual.

La habilitación para la prestación y explotación de redes viene concedida con carácter general e inmediato por la Ley con el único requisito de notificación al Registro de Operadores, encuadrado en el Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Asimismo, deben notificarse los casos de autoprestación por operadores controlados por Administraciones públicas. La Ley establece limitaciones concretas para la instalación y explotación de redes y la prestación de servicios por las Administraciones públicas, para evitar distorsiones a la competencia que puedan derivarse de la participación de operadores públicos en el mercado de comunicaciones electrónicas.

La Ley también pretende llevar a cabo una simplificación administrativa. En la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, se han sustituido algunas licencias para el despliegue de determinadas redes de telecomunicaciones en dominio privado por una declaración responsable. En la Ley de Telecomunicaciones se establece que, para el resto de actuaciones de despliegue de redes en dominio privado, se puedan sustituir igualmente las licencias por una declaración responsable en aquellos casos en los que previamente el operador haya presentado ante las Administraciones competentes un plan de despliegue y este haya sido aprobado. Las actuaciones que impliquen una mera actualización tecnológica, sin afectar a elementos de obra civil o mástiles, no requerirán autorización.

Con el objetivo de garantizar la unidad de mercado, facilitar la instalación y despliegue de redes y la prestación de nuevos servicios, la Ley incorpora los mecanismos necesarios de cooperación y resolución de conflictos. Los instrumentos de planeamiento territorial o urbanístico elaborados por las Administraciones competentes que puedan afectar al despliegue de redes serán objeto de informe del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, previéndose cuando sea necesario un procedimiento de negociación entre el Ministerio y los órganos encargados de la aprobación, modificación o revisión de dichos instrumentos de planificación. A los efectos de los instrumentos de planificación urbanística, tendrán carácter de obras de interés general la instalación y el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas. La normativa elaborada por las Administraciones Públicas que afecte al despliegue de redes deberá impulsar o facilitar el despliegue de infraestructuras de redes en su ámbito territorial, incluyendo la garantía de la disponibilidad de una oferta suficiente de espacios físicos en los que ubicar las infraestructuras.

Se contempla, también, la necesaria previsión de infraestructuras de comunicaciones electrónicas en zonas de urbanización y se garantiza el derecho de acceso de los operadores a infraestructuras de Administraciones públicas y a infraestructuras lineales como electricidad, gas, agua, saneamiento o transporte.

Con la finalidad de reforzar los derechos de los usuarios, se clarifican los derechos introducidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Es destacable la mejor identificación de los derechos de los usuarios de telecomunicaciones relacionados con la protección de datos de carácter personal y la privacidad de las personas, y el mantenimiento del procedimiento extrajudicial de resolución de controversias entre operadores y usuarios finales ante el Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Asimismo, se prevé que la normativa específica sectorial establecida en esta Ley prevalecerá sobre la normativa general de defensa de los consumidores y usuarios.

En relación con la administración del dominio público radioeléctrico, se distingue entre la autorización general y la autorización individual. La autorización general se prevé para el uso especial de las bandas de frecuencia habilitadas al efecto a través de redes públicas de comunicaciones electrónicas. Se define el uso especial como aquel en el que se lleva a cabo la explotación compartida de bandas de frecuencias habilitadas sin limitación del número de operadores o usuarios con las condiciones y para los servicios que se establezcan en cada caso. La autorización general se concede sin más trámites que el de notificación a la SETSI, junto con la obligación de abono de las tasas correspondientes. Por el contrario, la autorización individual se prevé para la reserva del derecho de uso especial por radioaficionados o si se otorga el derecho de uso privativo para autoprestación por el solicitante. Las concesiones de uso privativo para la prestación de servicios audiovisuales las otorgará en todo caso la SETSI. La duración de dichas concesiones será la del título habilitante audiovisual. Para dicha concesión, no es un requisito la condición de operador de comunicaciones electrónicas, sino la de prestador de servicios audiovisuales. La aprobación del proyecto técnico por la SETSI, que constituye un requisito previo al uso del dominio público radioeléctrico, puede sustituirse por una declaración responsable.

En lo que se refiere a las tasas en materia de telecomunicaciones, se reduce el límite máximo de la tasa general de operadores dirigida a financiar los costes en que incurren las Autoridades Nacionales de Reglamentación por la aplicación del régimen jurídico establecido en la Ley y se establece un esquema de ajuste automático a los costes a los que han tenido que hacer frente las Autoridades Nacionales de Reglamentación.

Finalmente, en lo que se refiere a la inspección y el régimen sancionador, se refuerzan las potestades inspectoras, exigiendo la colaboración de los titulares de fincas o inmuebles en los que se ubiquen instalaciones de telecomunicaciones para la identificación de los titulares de dichas instalaciones. En cuanto a la clasificación y cuantía de las sanciones, se establece el límite absoluto de veinte millones de euros como la cantidad máxima a la que puede llegar una sanción por infracción muy grave. No obstante, en las infracciones muy graves sobre las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga la competencia sancionadora, la multa será el importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido a consecuencia de la infracción. Si este criterio no puede ser de aplicación, el límite máximo será de veinte millones de euros (la Ley anterior establecía dos millones). Asimismo, se extiende la posible inhabilitación al ejercicio de la actividad de instalador.

Real Decreto sobre metodología de cálculo del período de pago a proveedores

Real Decreto 635/2014, de 25 de julio, por el que se desarrolla la metodología de cálculo del período medio de pago a proveedores de las Administraciones Públicas y las condiciones y el procedimiento de retención de recursos de los regímenes de financiación, previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (BOE de 30 de julio de 2014)

De acuerdo con su preámbulo, este Real Decreto desarrolla diversos aspectos de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (la «Ley 2/2012»). En concreto:

(i) La Ley 2/2012 introduce el concepto de período medio de pago como expresión del tiempo de pago o retraso en el pago de la deuda comercial, de manera que todas las Administraciones Públicas deberán hacer público su periodo medio de pago que deberán calcular de acuerdo con una metodología común que este Real Decreto viene a concretar. El período medio de pago definido en este Real Decreto mide el retraso en el pago de la deuda comercial en términos económicos, como indicador distinto respecto del periodo legal de pago establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Esta medición con criterios estrictamente económicos puede tomar valor negativo si la Administración paga antes de que hayan transcurrido treinta días naturales desde la presentación de las facturas o certificaciones de obra, según corresponda.

(ii) Asimismo, la Ley 2/2012 incluye un conjunto de medidas automáticas y progresivas destinadas a garantizar el cumplimiento por las Administraciones Públicas de la normativa en materia de morosidad. Estas medidas, en último extremo, contemplan la facultad de la Administración General del Estado para retener recursos de los regímenes de financiación correspondientes ante el incumplimiento reiterado por las comunidades autónomas y corporaciones locales del plazo máximo de pago, con el fin de pagar directamente a los proveedores de estas Administraciones. Este Real Decreto especifica las condiciones en que se pueden efectuar las mencionadas retenciones.

Ley de racionalización del sector público *Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa (BOE de 17 de septiembre de 2014)*

Esta Ley incluye diversas medidas de reordenación de la Administración, tales como la integración de unos organismos públicos en otros, o su extinción (por ejemplo, el Consejo de la Juventud), en línea con el Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas.

La Ley introduce también diversas medidas de simplificación de estructuras y procedimientos administrativos, tales como, por ejemplo, la creación de la licencia deportiva única, o la implantación del Tablón Edictal Único a través del *Boletín Oficial del Estado*.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

Virtualidad del Derecho de la Unión Europea en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de marzo de 2014

En los procedimientos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, el Derecho de la Unión Europea sirve para establecer si la infracción denunciada de un derecho fundamental, que ha dado lugar al procedimiento de protección jurisdiccional, se ha producido o no. En este caso concreto, permite comprobar si, de acuerdo con el ordenamiento jurídico comunitario, se ha producido una desigualdad injustificada que ampare las pretensiones del recurrente.

Competencia estatal para establecer el régimen de pago aplazado en la contratación pública

Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de abril de 2014 (cuestión de inconstitucionalidad n.º 2928/2013)

El Tribunal Constitucional declara que el artículo 44 de la Ley 10/2010, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2011, que regula el plazo aplazado del precio de los contratos administrativos de obra, invade la competencia exclusiva del Estado para establecer la legislación básica en materia de contratos administrativos, de acuerdo con el artículo 149.1.18.ª de la Constitución. Según el criterio del Tribunal Constitucional, «siendo competencia del Estado, ex artículo 149.1.18 CE, establecer la regla general de prohibición del pago aplazado en los contratos de las Administraciones públicas, la misma lógica

se extiende a considerar que sólo el mismo legislador estatal puede determinar las excepciones, pues éstas no hacen sino delimitar el alcance de la regla general, actuando como complemento de la mismas» (FD 4.º).

Transmisión de la responsabilidad infractora a la sociedad absorbente

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de abril de 2014

La Audiencia Nacional concluye en esta sentencia que no es contrario al principio de personalidad que rige en el ámbito sancionador que una empresa sucesora pueda responder de las infracciones cometidas por la sucedida. Las concretas circunstancias concurrentes en este caso que conducen al Tribunal a esta conclusión son las siguientes:

- (i) El proceso de fusión seguido entre las dos entidades ha sido de absorción. Por consiguiente, la entidad absorbente ocupaba un lugar primordial, manteniéndose así la misma unidad económica y de decisión.
- (ii) La parte recurrente no ha refutado lo anterior, pudiendo y debiendo hacerlo para justificar que en la nueva entidad se había producido un cambio de dirección de la empresa.
- (iii) Finalmente, las empresas afectadas y los accionistas debían conocer datos determinantes de la infracción cometida.

Legitimación de las personas afectadas que no fueron parte en el procedimiento para instar la ejecución forzosa de una sentencia

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de junio de 2014 (recurso de casación n.º 467/2012)

El Tribunal Supremo (TS) declara en esta sentencia que las personas afectadas pueden instar, por encontrarse legitimadas para ello, la ejecución forzosa de una sentencia, aunque no hubieran sido partes en el proceso. En este caso, esa sentencia había anulado un acuerdo del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, que había sancionado a varias empresas con multas de distinto importe, por vulnerar la legislación de defensa de la competencia. Una de esas empresas impugnó ese acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia y obtuvo su anulación por el TS. Otra de las empresas —también sancionada por el acuerdo— se aquietó. Sin embargo, una vez anulado el acuerdo, esa empresa instó la ejecución forzosa de la sentencia anulatoria y la devolución del importe de la multa. El TS estima su pretensión, por considerarla una «persona afectada» por la sentencia anulatoria del acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia que le impuso la multa.

Nulidad de la prohibición de fractura hidráulica como técnica de extracción

Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de julio de 2014 (recurso de inconstitucionalidad n.º 1800/2014)

El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la Ley del Parlamento de La Rioja 7/2013, de 21 de junio, por la que se regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de la Rioja de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional.

El Tribunal Constitucional considera que la controversia ha de encuadrarse en el ámbito material de la energía (art. 149.1.25.ª de la Constitución), donde el Estado ostenta la competencia exclusiva para dictar las bases del régimen minero y energético, sin perjuicio de la incidencia que tiene este asunto sobre el medioambiente y la salud. El Tribunal Constitucional considera que la ley no puede justificarse en las competencias de desarrollo legislativo que ostentan las Comunidades Autónomas en materia de salud y medioambiente. En relación con el impacto medioambiental, considera que la legislación básica estatal que autoriza la mencionada técnica ya somete a evaluación ambiental las actividades extractivas. Y, en relación con la protección de la salud, el Tribunal Constitucional considera que la competencia exclusiva del Estado para regular la técnica de la fractura hidráulica (sobre la base de los artículos 149.1.13.ª y 25.ª de la Constitución) no puede resultar excluida por la competencia de desarrollo legislativo de la legislación básica en materia de protección de la salud que le corresponde a las Comunidades Autónomas.

ARBITRAJE Y MEDIACIÓN*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Nuevo Reglamento Europeo para el reparto de la responsabilidad financiera entre la UE y los Estados miembros en arbitrajes de inversión

Reglamento 912/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014

El pasado 23 de julio de 2014 se aprobó el Reglamento (UE) N.º 912/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte (el «Reglamento»).

El artículo 3.1.e) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que la UE dispone de competencia exclusiva en materia de política comercial común. En consecuencia, la UE puede ser parte en acuerdos internacionales que contengan disposiciones sobre inversión extranjera directa. Muchos de estos acuerdos incluyen un mecanismo de resolución de litigios entre inversores y Estados. La resolución de estos litigios puede dar lugar a la concesión de indemnizaciones económicas favorables al inversor y generar unos costes elevados de gestión del arbitraje y de defensa del asunto.

El Reglamento establece que el reparto interno entre la UE y los Estados miembros de la responsabilidad internacional que en su caso determine el tribunal competente se determina en función del reparto de competencias entre la UE y los Estados miembros. Por consiguiente, la responsabilidad financiera derivada de un litigio se repartirá de conformidad con los siguientes criterios (art. 3):

- (i) La UE asumirá la responsabilidad financiera derivada del trato dispensado por las instituciones, los órganos, oficinas u organismos de la Unión;
- (ii) el Estado miembro afectado asumirá la responsabilidad financiera derivada del trato dispensado por dicho Estado miembro; y
- (iii) la UE asumirá la responsabilidad financiera derivada del trato dispensado por un Estado miembro cuando ese trato sea requerido por el Derecho de la UE.

El Reglamento también establece que la UE actuará como parte demandada en los litigios que versen sobre el trato dispensado por las instituciones, órganos, oficinas u organismos de la UE, mientras que actuará como parte demandada el Estado miembro en cuestión cuando el litigio esté relacionado parcial o totalmente con el trato dispensado por el Estado miembro.

El Reglamento establece asimismo una serie de normas que regulan la cooperación que debe existir entre la UE y los Estados miembros para la resolución de las controversias, se lleve esta a cabo por medio de sumisión a arbitraje o acuerdo transaccional. Se espera que a través de la regulación de estos mecanismos de cooperación y de intercambio de información previstos en el Reglamento, se garantice una mayor transparencia en los arbitrajes de inversión que surjan bajo los futuros acuerdos de la UE.

(*) Esta sección ha sido coordinada por Miguel Virgós, y en su elaboración han participado Heidi López Castro, Pablo Martínez Llorente, Juliana de Ureña, Patricia Ugalde Revilla, Mónica Zarzalejos Herrero, Constanza Balmaseda Serrat-Valera, Patricia Rodríguez Martín, Jesús Saracho Aguirre, Juan Calvente Henche y Cristina Pinedo Sendagorta, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

El requisito de acudir a un procedimiento de mediación con carácter previo al arbitraje no impide a las partes iniciar el arbitraje para solicitar medidas cautelares al tribunal arbitral

Sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 10 de junio de 2014

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó una demanda de anulación frente a un laudo parcial por el que el árbitro único confirmaba su competencia para resolver la disputa entre las partes a pesar de que no se había cumplido con el requisito de acudir a un proceso de mediación previo.

En concreto, la cláusula arbitral preveía que las partes debían acudir a mediación para resolver cualquier controversia y, de no alcanzar un acuerdo en el plazo de un mes desde la primera reunión, la disputa se sometería a arbitraje. Sin embargo, la demandante en el arbitraje presentó una solicitud ante el Centro de Mediación del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid para que se designase mediador e, inmediatamente a continuación, formuló solicitud de arbitraje.

La demandada en el procedimiento arbitral defendía que no se habían cumplido los requisitos previstos en el convenio arbitral y que, por tanto, éste «no existía» o no era válido.

La demandante, en cambio, consideraba que la mediación había sido válidamente constituida —pues el procedimiento de mediación continuó en paralelo— y, en cualquier caso, entendía que la solicitud de arbitraje se encontraba justificada por la necesidad de solicitar medidas cautelares de carácter urgente ante el árbitro único.

En sede de anulación, el Tribunal confirmó que había existido un claro incumplimiento por parte de la demandante al acudir al arbitraje sin agotar antes el procedimiento de mediación pactado. No obstante, la Sala entiende que la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles no excluye la posibilidad de solicitar medidas cautelares a los árbitros y, por tanto, no puede impedir a una parte iniciar el procedimiento arbitral para intentar obtener tutela cautelar.

De esta forma, el Tribunal Superior de Justicia concluye que el convenio arbitral era válido y que el procedimiento se ajustó a lo pactado entre las partes, pues estas no excluyeron expresamente la posibilidad de solicitar medidas cautelares en sede arbitral hasta no haber concluido el procedimiento de mediación pactado.

La designación expresa en el convenio arbitral a una entidad que no cumpla con los requisitos exigidos en los artículos 13 y 14 de la Ley de Arbitraje supone la nulidad del convenio

Sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 24 de julio de 2014

En su sentencia de 24 de julio de 2014, la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia desestimó una solicitud de nombramiento de árbitro por considerar que el convenio arbitral era nulo.

En concreto, el convenio arbitral designaba como árbitro al Banco Popular Español, entidad que, según la Sala era manifiestamente incapaz de desarrollar la labor de árbitro o de institución arbitral al no cumplir con los requisitos que exigen los artículos 13 y 14 de la Ley de Arbitraje.

Por este motivo, el Tribunal aprecia la nulidad del convenio arbitral, equiparable a su inexistencia, y desestima la petición de la demandante.

Un convenio arbitral que somete a arbitraje de Derecho todas las disputas «resultantes de la ejecución o interpretación del presente contrato u operación relacionada con él» comprende también las controversias relativas a la validez del contrato

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.ª), de 14 de febrero de 2014

La Audiencia Provincial de Granada declara la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de una controversia sobre la validez de dos contratos bancarios con base en un convenio arbitral que sometía a arbitraje las disputas relacionadas con la interpretación y ejecución de los contratos, pero que, sin embargo, no hacía referencia a las disputas relativas a su validez.

La sociedad Biamonte Sie, S.L. («Biamonte») interpuso demanda contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. («BBVA») en la que solicitaba que se declarase la nulidad de dos contratos de swap por haber faltado el consentimiento de Biamonte.

BBVA formuló declinatoria alegando la existencia de un convenio arbitral en ambos contratos. La cláusula, que era la misma en los dos contratos, recogía: «*Las partes intervinientes acuerdan que todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o interpretación del presente contrato y operación relacionada con él directa o indirectamente, se resolverán definitivamente mediante arbitraje de Derecho, por único árbitro, en el marco de la Corte de Arbitraje de Madrid de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid [...]».*

El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Baza desestimó la declinatoria con base en que el convenio «*se pacta única y exclusivamente para la ejecución o interpretación del contrato, siendo así que en el caso en que nos encontramos, se pretende la nulidad contractual».* Asimismo, el Juzgado estimó la demanda de Biamonte, declarando la nulidad de los contratos.

BBVA formuló recurso de apelación tanto frente al auto que desestimó la declinatoria como frente a la sentencia que resolvió sobre el fondo del asunto.

La Audiencia Provincial de Granada revoca el referido auto declarando la falta de jurisdicción de los tribunales para conocer del asunto por encontrarse sometido a arbitraje. En concreto, la Audiencia dispone en la sentencia: «*Cabe concluir que si las partes [...] han sometido al pacto arbitral, no solo las cuestiones relativas a la ejecución de las obligaciones contractuales, sino también las que afectan a la interpretación del contrato [...], debemos concluir que han sometido a arbitraje todas las cuestiones y controversias relativas al contrato, incluidas las referentes a los distintos grados de ineficacia del mismo, entre las que se incluye, obviamente, la nulidad contractual».*

Un convenio arbitral es eficaz, a pesar de que contenga posibles defectos, si la parte demandada en un arbitraje iniciado con base en ese convenio participa en la tramitación del arbitraje sin alegar la nulidad del convenio arbitral en sus escritos iniciales

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, de 11 de marzo de 2014

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana estima la demanda de nombramiento judicial de un tercer árbitro interpuesta con posterioridad a la tramitación de un arbitraje ante dos árbitros —elegidos cada uno por una parte— y confirma la existencia y eficacia del convenio arbitral que había dado origen al arbitraje, a pesar de que este preveía expresamente la posibilidad de que el arbitraje se sustanciara ante dos árbitros únicamente.

Las partes de un acuerdo marco de accionistas y de un contrato de promesa de compraventa de acciones sometieron las disputas que pudieran surgir a arbitraje de Derecho a través de una cláusula arbitral que, en relación con el nombramiento de árbitros, recogía: «*Designarán, de común acuerdo, a una persona para que ejerza la función arbitral, a cuyo laudo se someterán. Si las partes no se pusieran de acuerdo en cuanto a la designación del árbitro, podrán designar uno por cada parte, los cuales deberán dictar de común acuerdo el laudo. Y si ambos árbitros discreparan en el contenido del laudo, designarán un tercer árbitro que será el que dicte el laudo final [...]».*

Iniciado el arbitraje por una de las partes, puesto que no se consiguió alcanzar un acuerdo para nombrar un único árbitro, fueron nombrados dos árbitros, uno por la demandante y otro por las sociedades demandadas. El procedimiento arbitral se sustanció ante esos dos árbitros, quienes, no obstante, llegado el momento de dictar el laudo, no consiguieron ponerse de acuerdo para dictar uno conjunto.

Ante esta situación, la demandante interpuso demanda frente al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en la que solicitaba el nombramiento judicial de un tercer árbitro. Las demandadas se opusieron a ello alegando que el nombramiento de un tercer árbitro debería haberse solicitado en el plazo de 30 días establecido en el artículo 15.2. b) de la Ley de Arbitraje («LA»). Asimismo, las demandadas alegaron la nulidad del convenio arbitral con base en que este infringía el artículo 12 de la LA, que prevé que el número de árbitros ha de ser siempre impar.

El Tribunal estima la demanda, nombrando un tercer árbitro, con base en que de los términos del convenio arbitral se deducía inequívocamente la voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias que surgieran del acuerdo marco de accionistas y del contrato de promesa de compraventa de acciones. El Tribunal dispone en su sentencia que es este el único requisito que debe verificarse ante una demanda de nombramiento judicial de árbitro. Respecto de

la alegada nulidad del convenio arbitral por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 12 de la LA, aunque sostiene que la cuestión excede del ámbito de enjuiciamiento del procedimiento, el Tribunal señala que, en cualquier caso, la demandada ratificó la existencia del convenio arbitral con sus propios actos en el arbitraje (al haber firmado la orden procesal, contestado a la demanda sin alegar la nulidad del convenio arbitral y no haber formulado declinatoria en el momento oportuno).

El convenio arbitral pactado por las partes del que trae causa la resolución aquí comentada parece haberse inspirado en la cláusula 21 del *Arbitration Act* de 1996 de Reino Unido, que prevé un mecanismo por el cual las partes pueden acordar que un tercer árbitro (el *umpire*) resuelva de manera definitiva, como si fuera un árbitro único, cuando los dos árbitros inicialmente nombrados no hayan logrado ponerse de acuerdo en la decisión del arbitraje.

COMPETENCIA*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Los acuerdos que contengan restricciones a la competencia por objeto no podrán considerarse de *minimis*

Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación de minimis)

El pasado 30 de agosto de 2014, la Comisión Europea publicó una nueva Comunicación *de minimis*, que sustituye a la publicada en el año 2001.

La principal novedad introducida por el nuevo texto consiste en la incorporación a la Comunicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE («TJUE») en el asunto *Expedia* (C-226/11), en la que el Tribunal aclaró que las restricciones por objeto no se benefician de los umbrales previstos por la Comunicación *de minimis*. En este sentido, la nueva Comunicación indica que no podrán considerarse *de minimis* aquellos acuerdos que contengan alguna restricción «por objeto» o cualquier otra restricción calificada como «especialmente grave» en los reglamentos de exención por categoría actuales o en los que puedan aprobarse en el futuro.

Asimismo, la nueva Comunicación recuerda que aquellos acuerdos que no tengan «efectos sobre el comercio» (en el sentido establecido en las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado) no infringen el artículo 101.1 TFUE, incluso aunque contengan restricciones por objeto.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

El Tribunal Supremo rechaza el recurso de Endesa Distribución Eléctrica, S.L. contra la indemnización de daños y perjuicios concedida a Céntrica Energía, S.L.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1.ª) de 4 de junio de 2014 en el recurso de casación 1743/2012 entre Endesa Distribución Eléctrica S.L. y Energya-VM Gestión de Energía

El TS ha confirmado la condena a Endesa a la indemnización otorgada a Centrica por los daños y perjuicios ocasionados por un abuso de posición de dominio consistente en la negativa a facilitar a los comercializadores de electricidad, entre ellos la demandante, el acceso incondicionado al Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS), conducta por la que Endesa ya había sido sancionada por la Comisión Nacional de la Competencia.

En el año 2009, la Comisión Nacional de la Competencia («CNC») sancionó a Endesa por un abuso de posición de dominio consistente en la negativa a suministrar información a varias entidades comercializadoras de electricidad en el momento de liberalización del mercado eléctrico. Este procedimiento se había iniciado mediante una denuncia interpuesta por Centrica ante la CNC.

Con posterioridad, y amparándose en la declaración de infracción de la CNC en el marco del anterior expediente, Centrica interpuso una demanda en la que reclamaba a Endesa la indem-

* Esta sección ha sido coordinada por Alfonso Gutiérrez, y en su elaboración han participado Raquel Lapresta, Paloma Sanjuán, Tomás Arranz, Carmen Virgós, Carlota Jover, Jordi Calvet, Marta Solano y Aarón Hernández, 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).

nización por los daños y perjuicios derivados de las pérdidas que tal negativa le había causado, así como del beneficio dejado de percibir por los clientes que no pudo captar al no haber tenido acceso al SIPS. Tanto el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona como la Audiencia Provincial de Barcelona estimaron la demanda interpuesta por Centrica y condenaron a Endesa al pago de una indemnización.

En el recurso de casación objeto de esta sentencia, Endesa trató de desvirtuar la relación de causalidad entre el comportamiento abusivo y el lucro cesante, alegando que el incremento en el número de clientes de Centrica se había debido a los cambios en la regulación tarifaria y no al acceso a la información previamente denegado. El TS declara adecuados los criterios jurídicos utilizados por la Audiencia en la apreciación de la causalidad, motivo por el que desestima el recurso de Endesa y confirma la indemnización.

Esta sentencia constituye un ejemplo de la aplicación privada del Derecho de la competencia en España, que hasta el momento no ha tenido una aplicación muy extendida. No obstante, la existencia de pronunciamientos favorables a este tipo de reclamaciones, unido a la futura transposición de la Directiva europea de daños por infracciones de competencia, que tiene como objetivo facilitar a las víctimas de este tipo de infracciones la obtención de una indemnización, permiten anticipar un posible aumento de este tipo de demandas en el futuro.

La Audiencia Nacional reduce las sanciones impuestas por la CNC a dos empresas en virtud del principio de proporcionalidad

Sentencias de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6.ª) de 23 y 24 de junio de 2014, en los recursos número 158/2013 (Arruti Santander, S.A. y Administración General del Estado) y 195/2013 (Cuevas Gestión de Obras, S.L. y Administración General del Estado)

La Audiencia Nacional ha estimado los recursos interpuestos por varias empresas que habían sido sancionadas por la CNC por su participación en un cártel para la presentación de ofertas a concursos públicos en el sector del asfalto en Cantabria.

La Audiencia Nacional ha considerado que las sanciones impuestas a estas entidades eran desproporcionadas, dado que representaban el 10 % de su volumen de negocios en el año anterior a la imposición de la infracción. Una vez más, la Audiencia Nacional declara que el límite máximo de la sanción impuesta a una entidad por una infracción de las normas de defensa de la competencia no puede superar el 10 % de su volumen de negocios en el mercado afectado en el año anterior a la imposición de la sanción. Sin embargo, en aplicación del principio de proporcionalidad y atendiendo a la gravedad de la conducta imputada y la participación de cada empresa en ella, este porcentaje debe modularse.

En estas sentencias, la Audiencia Nacional declara además que, atendiendo a la participación de las empresas en la infracción sancionada y el tamaño del mercado afectado por la práctica sancionada, el importe máximo de la sanción no debía ser superior al 5 % y al 8 % del volumen de negocios de las entidades recurrentes y, por tanto, la sanción impuesta debe reducirse.

[Unión Europea]

El Tribunal de Justicia aclara que los tribunales nacionales no pueden excluir categóricamente el reconocimiento de un perjuicio derivado del «efecto paraguas» sobre precios

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 5 de junio de 2014, en el asunto Kone (as. C-557/12)

El «efecto paraguas» sobre precios consiste la aplicación de un precio más elevado por parte de una empresa como consecuencia de una práctica colusoria prohibida en la que no ha participado. Su razón de ser reside en que la empresa será capaz de aplicar precios mayores bajo la cobertura de la subida generalizada provocada por el cártel. Invocando este efecto, ÖBB-Infrastuktur AG reclamó ante la jurisdicción civil austriaca a cuatro empresas que participaron en un cártel una indemnización por el sobreprecio pagado a terceras empresas que no participaron en el cártel por su causa.

De acuerdo con la práctica jurisprudencial austriaca, quien reclame una indemnización invocando responsabilidad extracontractual está obligado a acreditar la relación de causalidad. Por

tanto, si la actora pretendiese aprovechar el «efecto paraguas» del cártel frente a una empresa ajena a él, este requisito de causalidad entre la infracción de las normas de defensa de la competencia y el perjuicio sufrido por el comprador no se cumpliría, pues estarían vinculados solo indirectamente.

El TJUE, al resolver la cuestión prejudicial planteada por el tribunal austriaco, aclara que, en virtud del principio de efectividad del Derecho de la Unión, el ordenamiento de un Estado miembro no puede excluir de manera categórica la posibilidad de que las empresas que participaron en un cártel deban responder por los daños derivados de los precios más elevados aplicados por otra empresa con motivo de la infracción. No obstante, el TJUE no exige que los tribunales nacionales aprecien el «efecto paraguas», sino que podrán condicionarlo a la existencia, en cada caso, de un nexo de causalidad entre el perjuicio sufrido y la infracción de las normas de defensa de la competencia.

El hecho que el mercado de referencia de una infracción del Derecho de la competencia esté limitado al territorio de un Estado miembro no impide que la infracción pueda ser calificada de «muy grave»

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 10 de julio de 2014, en el asunto Telefónica S.A. y Telefónica de España S.A.U. contra Comisión Europea (as. C295/12 P)

El TJUE ha desestimado en su totalidad el recurso de casación de Telefónica y de Telefónica de España por abuso de posición de dominio en el mercado español de acceso a Internet de banda ancha. Por lo tanto, la multa de casi 152 millones de euros impuesta por la Comisión y confirmada por el Tribunal General de la Unión Europea («TGUE») permanece inalterada.

El TJUE señala que la Comisión demostró la existencia de potenciales efectos contrarios a la competencia que podían expulsar del mercado a competidores al menos tan eficientes como Telefónica, lo que bastaba para demostrar el carácter abusivo de la práctica de compresión de márgenes.

Además, el TJUE confirma que el TGUE no incurrió en error de Derecho al declarar que el hecho de que el mercado geográfico de referencia esté limitado al territorio español no excluye que la infracción pueda ser calificada de «muy grave». La calificación de una infracción de «grave» o «muy grave» no sólo depende de la dimensión del mercado geográfico de referencia, sino también de otros criterios que caracterizan a la infracción.

El TGUE recupera el análisis formalista ante políticas de descuento aplicadas por empresas dominantes

Sentencia del Tribunal General de la UE, de 12 de junio de 2014, en el asunto Intel Corp. contra Comisión (as. T-286/09)

El TGUE ha confirmado la multa récord impuesta a Intel en el año 2009, por valor de 1.060 millones de euros, por haber abusado de su posición de dominio en el mercado de los microprocesadores x86 con la finalidad de expulsar a sus rivales del mercado.

El abuso consistía en la implantación de un sistema de «descuentos por exclusividad», la realización de pagos a un distribuidor para que vendiese exclusivamente ordenadores equipados con sus procesadores y la realización de pagos a tres fabricantes de ordenadores con el objeto de que retrasaran, cancelaran o limitaran el lanzamiento comercial de productos equipados con procesadores de un competidor.

El TGUE considera que los descuentos por exclusividad ofrecidos por una empresa en posición de dominio pueden restringir la competencia por su propia naturaleza y constituyen una conducta que se presume ilegal, incluso aunque un competidor tan eficiente como la empresa dominante pueda competir contra ellos, los descuentos sean marginales, o incluso si éstos afectan a una parte muy reducida del mercado. Por su parte, los pagos realizados por Intel también constituyen un abuso de posición de dominio, dado que su único objetivo es dificultar el acceso de un competidor al mercado.

Esta es la primera sentencia desde la publicación de la Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control en su aplicación del artículo 102 TFUE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, en la que el TGUE se ha pronunciado sobre las políticas de descuento. El Tribunal ha aprovechado la ocasión para apartarse del análisis más económico propuesto en la Comunicación, basado en los efectos de la conducta, para retomar el análisis formalista, basado en presunciones, que la jurisprudencia del TJUE acos-

tumbraba a hacer en el pasado. A este respecto, quedan por ver las conclusiones que la Comisión Europea extraerá de este pronunciamiento, así como el futuro que espera a la mencionada Comunicación.

3 · DECISIONES EN MATERIA DE EXPEDIENTES SANCIONADORES

[Unión Europea]

Sanción de la Comisión Europea por la utilización de acuerdos extrajudiciales en reclamaciones de patentes para retrasar la entrada de medicamentos genéricos al mercado

Decisión de la Comisión Europea de 9 de julio de 2014 en el asunto COMP/AT.39612 – Perindopril (Servier)

La Comisión Europea ha impuesto multas por un total de 427,7 millones de euros a Servier y cinco productores de medicamentos genéricos por frenar la entrada al mercado de versiones más baratas de un medicamento para la presión sanguínea. Pese a que la patente del medicamento original ya había expirado, Servier aún era titular de algunas patentes secundarias que dificultaban la introducción de medicamentos genéricos. En este escenario, varios fabricantes de genéricos recurrieron ante los tribunales las patentes vigentes, pero, cada vez que una reclamación iba a resolverse a favor del recurrente, las partes alcanzaban a un acuerdo extrajudicial. Tras su investigación, la Comisión Europea ha concluido que no se trataba de casos en los que las dos partes meramente pactaban una solución con el objetivo de ahorrar costes y tiempo, sino que entiende que los fabricantes de genéricos se comprometían a abstenerse a competir a cambio de una participación en las ganancias de Servier.

Pese a que la Comisión Europea reconoce expresamente la legitimidad de invocar las patentes vigentes, al mismo tiempo entiende que Servier había usado incorrectamente este mecanismo para evitar la competencia y frenar el desarrollo de medicamentos más baratos. Esta conducta supondría un abuso de su posición de dominio y, por tanto, una infracción del artículo 102 TFUE. Además, cada uno de los acuerdos extrajudiciales alcanzados con sus competidores fabricantes de genéricos ha sido sancionado por la Comisión Europea como un acuerdo anticompetitivo prohibido por el artículo 101 TFUE.

[España]

La CNMC multa a la Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Española por abusar de su posición de dominio

Resolución de la CNMC de 17 de julio de 2014 en el Expediente, S/0345/11, Criadores de Caballos

La CNMC ha sancionado a la Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Española («ANCCE» o «la Asociación») por abusar de la posición monopolística que posee en la gestión del libro genealógico del caballo de pura raza española («PRE»), así como en la determinación de las bases de desarrollo de concursos morfológicos en los mercados conexos y abiertos a la competencia de servicios de secretaría técnica y de publicidad del PRE.

En particular, ANCCE puso en práctica determinadas actuaciones que habrían tenido por efecto limitar la competencia en estos dos mercados, en los que la propia Asociación está activa, bien mediante la obstaculización de la entrada de empresas competidoras, bien situando a la propia Asociación en una posición más favorable respecto de sus competidores.

Respecto del cálculo del importe de la multa, la CNMC aplica de manera escrupulosa su Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones de 2009.

Destaca la determinación del importe base, que se compone de los ingresos de la Asociación derivados de la publicidad del PRE, así como de las cuotas de sus asociados, aunque únicamente aquellas partidas que guarden relación con el mercado de la publicidad del PRE, como son, entre otras, las destinadas a la distribución entre sus asociados de revistas sobre el sector. No obstante, la CNMC no tiene en cuenta el volumen de negocios de sus miembros.

Por último, la Resolución contiene dos votos particulares, uno de los cuales es relativo a la determinación del importe de la multa. El consejero discrepante critica su cuantificación sobre la base de la Comunicación y concluye que la sanción debería ser de 63.403 euros, frente a los 152.833,32 euros finalmente impuestos.

4 · DECISIONES EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

[Unión Europea]

La Comisión Europea autoriza la concentración entre Cemex y Holcim

Decisión de la Comisión de 9 de septiembre de 2014 en el asunto M. 7054, CEMEX / HOLCIM ASSETS

La Comisión Europea ha autorizado en segunda fase y sin compromisos la adquisición por parte de Cemex del negocio de Holcim en España, que incluye plantas y canteras dedicadas a la producción y suministro de cemento. La operación, inicialmente notificada a la CNMC por no cumplir los umbrales para su notificación en Bruselas, fue reenviada a la Comisión Europea por la autoridad española. En su análisis inicial, la Comisión Europea consideró que la concentración podría afectar negativamente a la competencia en el mercado de cemento gris de la zona oriental de España y facilitar la coordinación entre los productores de cemento gris en la zona central. No obstante, la Comisión ha terminado por admitir que la entidad resultante continuará sometida a una fuerte competencia de sus rivales en todos los mercados relevantes, debido a la capacidad de expansión de sus competidores y a que la coordinación no se verá facilitada por la concentración.

Esta operación tiene lugar en el marco de la adquisición por parte de Cemex del negocio de Holcim en España y en la República Checa. De manera simultánea, Holcim adquirió los activos de Cemex en Alemania y ciertos activos en Francia y los Países Bajos. La adquisición del negocio de Holcim en la República Checa fue analizada por la autoridad nacional, mientras que la adquisición por parte de Holcim de los activos de Cemex en Alemania, Francia y Países Bajos fue autorizada por la Comisión Europea, también en segunda fase y sin compromisos.

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

ENERGÍA*

1. LEGISLACIÓN

[España]

— 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)

— Corrección de errores de la Resolución de 29 de abril de 2014, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se establece el contenido y formatos para la presentación de los planes de inversión anual y plurianual por parte de las empresas propietarias de instalaciones de distribución de energía eléctrica. Se advierte un error en las primeras tablas correspondientes a los anexos II y III de la Resolución publicada en el «Boletín Oficial del Estado» número 105, de 30 de abril de 2014, las cuales por error aparecen con su posición intercambiada, se procede a efectuar las oportunas rectificaciones (BOE 128/2014, publicado el 27 de mayo)

— Resolución, de 8 de mayo de 2014, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba la modificación de los procedimientos de operación del sistema eléctrico peninsular P.O. 7.3 regulación terciaria, P.O. 14.4 derechos de cobro y obligaciones de pago por los servicios de ajuste del sistema y P.O.-14.6 liquidación de intercambios internacionales no realizados por sujetos del mercado, para la implantación de los intercambios transfronterizos de energías de balance (BOE 115/2014, publicado el lunes 12 de mayo)

— Resolución, de 8 de mayo de 2014, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba la modificación de los procedimientos de operación del Sistema Eléctrico Peninsular P.O. 3.1 programación de la generación y P.O. 4.0 Gestión de las interconexiones internacionales, y se dejan sin efecto los procedimientos P.O.— 4.1 y P.O.— 4.2, en relación con el proceso de integración de mercados a nivel Europeo (BOE 113/2014, publicado el 9 de mayo)

— Corrección de errores de la Resolución, de 8 de mayo de 2014, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba la modificación de los procedimientos de operación del sistema eléctrico peninsular (SEP), P.O.-3.1 programación de la generación y P.O.-4.0 Gestión de las interconexiones internacionales, y se dejan sin efecto los procedimientos P.O.-4.1 y P.O.-4.2, en relación con el proceso de integración de mercados a nivel Europeo. Se procede a su subsanación mediante la inserción del P.O.-4.0 gestión de las interconexiones internacionales, al final del texto publicado (BOE 114/2014, publicado el 10 de mayo)

— Real Decreto 337/2014, de 9 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento sobre condiciones técnicas y garantías de seguridad en instalaciones eléctricas de alta tensión y sus Instrucciones Técnicas Complementarias ITC-RAT 01 a 23 (BOE 139/2014, publicado el 9 de junio)

— Resolución, de 9 de mayo de 2014, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueban las reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de producción de energía eléctrica y el contrato de adhesión a dichas reglas (BOE 114/2014, publicado el 10 de mayo)

— Resolución, de 14 de mayo de 2014, de la Dirección General de Política Energética y Minas, que determina el valor del término DIFp a aplicar por los comercializadores de referencia en la facturación del consumo correspondiente al primer trimestre de 2014 a los consumidores a los que hubieran suministrado a los precios voluntarios para el pequeño consumidor. (BOE 118/2014, publicado el 15 de mayo)

— *Resolución, de 23 de mayo de 2014, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se establece el contenido mínimo y el modelo de factura de electricidad (BOE 131/2014, publicado el 30 de mayo)*

— *El Consejo de Ministros aprueba, en fecha 6 de junio de 2014, a propuesta de los Ministerios de Economía y Competitividad y de Industria, Energía y Turismo, un Real Decreto que modifica el Real Decreto 437/2010 por el que se desarrolla la regulación del proceso de titulación del déficit del sistema eléctrico*

— *Real Decreto 417/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 437/2010, de 9 de abril, por el que se desarrolla la regulación del proceso de titulación del déficit del sistema eléctrico*

— *Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula el régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (el «Nuevo RD sobre Renovables») (BOE 140/2014, publicado el 10 de junio)*

Con el Nuevo RD sobre Renovables y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (ver debajo) se completa la reforma del marco regulatorio de las instalaciones de energías renovables, así como las de cogeneración y de producción de energía a partir de residuos (conjuntamente, las «Instalaciones Renovables»).

En el nuevo marco normativo, se elimina el límite de 50MW de potencia instalada en cada instalación y la distinción entre el régimen ordinario y especial de producción de energía eléctrica.

Se mantiene la moratoria para construcción de nuevas Instalaciones Renovables que puedan acogerse al régimen de retribución regulada con sujeción a determinadas excepciones puntuales.

La prioridad absoluta de despacho de la que gozaban las Instalaciones Renovables pasa ahora a basarse en un criterio de «igualdad de condiciones económicas en el mercado», en los términos que reglamentariamente se regulen.

El cambio más relevante es la modificación del régimen de retribución regulada de las Instalaciones Renovables. Con sujeción a que alcancen un número mínimo de horas de funcionamiento, las Instalaciones Renovables tendrán derecho a percibir, además de lo que obtengan por la venta de su energía en el mercado, una retribución regulada por su capacidad instalada y sus costes de explotación y mantenimiento que les permita competir en el mercado en igualdad de condiciones con otras tecnologías y obtener una «rentabilidad razonable».

— *Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (BOE 150/2014, publicado el 20 de junio)*

— *Corrección de errores de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se han advertido errores en la orden que aprueba los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (BOE 195/2014, publicado el 12 de agosto)*

— *Orden IET/1132/2014, de 24 de junio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 2014, por el que se modifican aspectos puntuales del Plan de Desarrollo de la Red de Transporte de Electricidad incluido en la planificación de sectores de electricidad y gas 2008-2016 (BOE 159/2014, publicado el 1 de julio)*

— *Circular 3/2014, de 2 de julio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para el cálculo de los peajes de transporte y distribución de electricidad. Ello conforme dicta el artículo 16.1.a) de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico (BOE 175/2014, publicado el 19 de julio)*

- Orden IET/1168/2014, de 3 de julio, por la que se determina la fecha de inscripción automática de determinadas instalaciones en el registro de régimen retributivo específico previsto en el Título V del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (BOE 164/2014, publicado el 7 de julio)
- Real Decreto 680/2014, de 1 de agosto, por el que se regula el procedimiento de presupuestación, reconocimiento, liquidación y control de los extracostes de la producción de energía eléctrica en los sistemas eléctricos aislados de los territorios no peninsulares con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (BOE 205/2014, publicado el 23 de agosto)
- Resolución, de 8 de septiembre de 2014, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se determina el procedimiento de envío de información de los sujetos obligados del sistema de obligaciones de eficiencia energética, en lo relativo a sus ventas de energía, de acuerdo con el Real Decreto-ley 8/2014 de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE 221/2014, publicado el 11 de septiembre)
- Orden IET/1752/2014, de 26 de septiembre, por la que se establece el calendario correspondiente a la temporada eléctrica y se modifican en consecuencia determinados aspectos relativos al servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad (BOE 237/2014, publicado el 30 de septiembre)
- Resolución del director general de Industria y Energía de 28 de abril de 2014 por la que se dejan sin efecto resoluciones en materia de industria, Estas deben entenderse derogadas por la disposición derogatoria general de la Ley 20/2013 de Garantía de la Unidad de Mercado, por cuanto se oponen a los principios de no discriminación establecidos en dicha Ley (BOIB 63/2014, publicado el 8 de mayo)
- Decreto 29/2014, por el que se regulan las actuaciones en materia de certificación de la eficiencia energética de los edificios en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y se crea el Registro Autonómico de Certificados de Eficiencia Energética de Edificios de Castilla-La Mancha (DOCM 89/2014, publicado el 13 de mayo)
- Ley 4/2014, de 8 de mayo, por la que se fomenta el inicio de nuevas actividades económicas que reactiven la economía gallega para generar oportunidades y empleo y reducir la dependencia energética exterior (DOG 92/2014, publicado el 15 de mayo)
- Orden, de 14 de mayo 2014, del Consejero de Industria e Innovación, por la que se acuerda la publicación del Plan Energético de Aragón 2013-2020 y del Acuerdo de 15 de abril de 2014, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el citado Plan (BOA 98/2014, publicado el 22 de mayo)
- Orden Foral 201/2014, de 23 de junio, de la Consejería de Economía, Hacienda, Industria y Empleo de Navarra, por la que se crea el Registro de Contratos de Servicios Energéticos con Garantía de Ahorros (BON 148/2014, publicado el 30 de julio)
- Decreto 35/2014, de 10 de julio, por el que se aprueba el Plan de Sostenibilidad Energética de Cantabria 2014-2020 (BON 137/2014, publicado el 17 de julio)
- Orden INN/24/2014, de 11 de julio, por la que se modifican los criterios de valoración para la obtención de la autorización en competencia de parques eólicos previstos en el artículo 18 de la Ley 7/2013, por la que se regula el aprovechamiento eólico en la Comunidad Autónoma de Cantabria (BON 137/2014, publicado el 17 de julio)
- Decreto 183/2014, de 26 de agosto, sobre procedimientos de autorización de instalaciones para el suministro de gases combustibles por canalización en la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE 168/2014, publicado el 1 de septiembre)
- Ley 6/2014, de 12 de septiembre, de Industria de Castilla y León (BOE 239/2014, publicado el 2 de octubre)

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

Impuesto sobre el Valor de la Producción de Energía Eléctrica

Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio de 2014, por la que se declara la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley Foral 24/2012 reguladora del Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica (BOE 177/2014, publicado el 22 de julio)

El Tribunal Constitucional determina que en la medida en que el Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica navarro creado en virtud de Ley Foral 24/2012, básicamente reproduce (o se remite a) los términos del Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica estatal creado en virtud de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, supone una (clara) violación de la prohibición de que los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas recaigan sobre hechos imposables gravados por el Estado conforme al artículo 6.2 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas. En consecuencia, el Tribunal Constitucional falla a favor del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno español contra la Ley Foral 24/2012 y la declara inconstitucional y nula.

Prohibición en Cantabria de la fracturación hidráulica

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 22 de julio de 2014, por la que se declara la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley del Parlamento de La Rioja 7/2013, de 21 de junio, por la que se regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de La Rioja de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional (BOE 199/2014, publicado el 16 de agosto)

El Tribunal Constitucional falla a favor del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno español contra la Ley del Parlamento de La Rioja 7/2013 y la declara inconstitucional y nula, por las mismas razones (al coincidir ambos casos sustancialmente) por las que hizo lo propio con la Ley de Cantabria 1/2013, de 15 de abril, que regulaba, en términos muy semejantes a la Ley del Parlamento de la Rioja 7/2013, la prohibición en el territorio de Cantabria de la técnica de la fractura hidráulica para la investigación y extracción de gas no convencional. Principalmente, el Tribunal Constitucional determina que ambas leyes autonómicas contradicen «de manera radical e insalvable la legislación básica estatal que autoriza la mencionada técnica», esto es, el apartado 5 del artículo 9 de la Ley del sector de hidrocarburos, así como el párrafo e) del grupo 2 del Anexo I del texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos (ambos preceptos introducidos en las correspondientes leyes en virtud del Ley 17/2013, de 29 de octubre, para la garantía del suministro e incremento de la competencia en los sistemas eléctricos insulares y peninsulares).

INMOBILIARIO Y URBANISMO*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

- Adhesión al Código de Buenas Prácticas** *Resolución, de 10 de julio de 2014, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se 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 (BOE de 25 de julio)*
- Se 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, tanto a la versión prevista por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, como a su versión original, prevista en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo.
- Consejo de Ministros. Acuerdo para fomento del alquiler, rehabilitación de edificios y regeneración y renovación urbanas** *Convenios con Comunidades Autónomas para el fomento del alquiler, rehabilitación de edificios y regeneración y renovación urbanas de 18 de julio de 2014*
- El Consejo de Ministros ha aprobado un Acuerdo por el que se autoriza la suscripción de convenios de colaboración entre el Ministerio de Fomento y todas las Comunidades Autónomas, excepto País Vasco y Navarra, para la ejecución del Plan Estatal de Fomento del Alquiler de Viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas 2013-2016, y se ratifican sus autorizaciones provisionales, así como las de los convenios en esta materia con las ciudades de Ceuta y Melilla.
- Aragón. Urbanismo** *Decreto Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón (BOA de 18 de julio de 2014)*
- Simplifica y sistematiza la legislación, objeto de numerosas modificaciones, sin introducir cambios sustanciales en el contenido de las normas. Deroga la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón.
- Canarias. Vivienda** *Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda (BOC de 27 de junio de 2014)*
- Entre otros aspectos, crea un Registro de Viviendas Deshabitadas y marca las políticas y actuaciones de promoción del uso social de las viviendas —por ejemplo, implanta la obligatoriedad de ocupación de las viviendas de titularidad pública—.
- Castila y León. Urbanismo** *Ley 7/2014, de 12 de septiembre, de medidas sobre rehabilitación, regeneración y renovación urbana, y sobre sostenibilidad, coordinación y simplificación en materia de urbanismo (BOCyL de 19 de septiembre de 2014)*
- Modifica las Leyes de Ordenación del Territorio, de Urbanismo, del Ruido, del Derecho a la Vivienda y de Medidas Urgentes en materia de Vivienda.
- Las novedades más relevantes tienen que ver con la incorporación de las actuaciones de rehabilitación, regeneración y renovación urbana, preferentemente en espacios urbanos vulnerables. Por otro lado, la Ley modifica los plazos de prescripción de las infracciones urbanísticas. Así, las infracciones

* Esta sección ha sido coordinada por Felipe Iglesias, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid), y en su elaboración han participado, Cristina Díaz-Fraile, Rosa Atienza, Belén Anza, Verónica Benito, Héctor Nogués, e Iván Abad, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Valencia).

muy graves y graves pasan de los tradicionales 4 años de prescripción a 10 y 8 años, respectivamente; y las infracciones leves, que prescribían al año, a partir de ahora lo harán a los 4 años.

- Castila y León. Comercio** *Decreto Legislativo 2/2014, de 28 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Comercio de Castilla y León (BOCyL de 3 de septiembre de 2014)*
- La principal novedad consiste en la flexibilización de los horarios comerciales —atribuye libertad a los empresarios—, así como en las actividades de promoción de ventas —por ejemplo, se elimina la obligatoriedad de los periodos de rebajas—.
- Cataluña. Centros recreativos turísticos** *Ley 6/2014, del 10 de junio, de modificación de la Ley 2/1989, de 16 de febrero, sobre centros recreativos turísticos, y de establecimiento de normas en materia de tributación, comercio y juego (DOGC de 11 de junio de 2014)*
- Introduce modificaciones con el fin de ampliar las actividades permitidas en los centros recreativos turísticos, facilitando nuevas actividades relacionadas con el turismo de negocios, congresos, convenciones, comercio y actividades de juego y apuestas.
- Cataluña. Plan para el derecho a la vivienda** *Decreto 75/2014, de 27 de mayo, que aprueba y desarrolla el Plan para el derecho a la vivienda de Cataluña (DOGC de 29 de mayo de 2014)*
- Desarrolla los ejes de actuación del Gobierno catalán para facilitar el acceso a la vivienda y evitar la exclusión. Por otro lado, en cuanto a viviendas de protección oficial, establece las modalidades y características, los plazos de duración de la calificación, las rentas y precios máximos, y el régimen jurídico y las condiciones de transmisión —destino, limitaciones, visado de contratos—.
- Cataluña. Legalidad urbanística** *Decreto 64/2014, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística (DOGC de 15 de mayo de 2014)*
- Tras definir el concepto de legalidad urbanística, regula los siguientes procedimientos: (i) para la concesión de licencias, división y parcelación de terrenos; (ii) para dictar órdenes de ejecución y declaraciones de estado ruinoso; (iii) para la protección de la legalidad urbanística. Por último, establece el régimen sancionador.
- Extremadura. Turismo** *Ley 7/2014, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 2/2011, de 31 de enero, de desarrollo y modernización del turismo en Extremadura (DOE de 6 de agosto de 2014)*
- Modifica la Ley de desarrollo y modernización del turismo en Extremadura para reducir las clases de alojamientos de turismo rural, que serán hoteles rurales o casas rurales.
- Madrid. Apartamentos turísticos** *Decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid (BOCM de 31 de julio de 2014)*
- Distingue los conceptos de «apartamentos turísticos» y «viviendas de uso turístico», y desarrolla los requisitos mínimos de cada categoría. Asimismo, aprueba los modelos de declaración responsable de inicio de actividad.
- País Vasco. Paisaje. Protección, gestión y ordenación** *Decreto 90/2014, de 3 de junio, sobre protección, gestión y ordenación del paisaje en la ordenación del territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOPV de 16 de junio de 2014)*
- Fija los objetivos de la actuación de la Administración Pública del País Vasco y las entidades de su sector público en materia de paisaje, y desarrolla los instrumentos para su protección, gestión y ordenación.
- País Vasco. Inspección técnica de edificios** *Decreto 80/2014, de 20 de mayo, de modificación del Decreto por el que se regula la Inspección Técnica de Edificios («ITE») en la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOPV de 30 de mayo de 2014)*
- Incluye la certificación de la eficiencia energética del edificio en la ITE. Asimismo, añade la obligatoriedad de realizar la ITE en los edificios que pretendan acogerse a ayudas públicas, independientemente de su antigüedad.

Valencia. Ordenación del territorio, urbanismo y paisaje

Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana (DOCV de 31 de julio de 2014)

Deroga todo el cuerpo normativo previo en materia urbanística y de ordenación del territorio. Una de las finalidades de la Ley es, por tanto, sistematizar, clarificar y simplificar el marco normativo en estas materias. Para ello, establece, por ejemplo, una diferenciación más definida entre la ordenación estructural y la ordenación pormenorizada a través de dos instrumentos distintos que sustituyen al antiguo plan general.

En cuestiones de disciplina urbanística, la Ley regula el sistema de actos comunicados y declaraciones responsables como alternativas a la licencia en determinados casos. Asimismo, amplía el plazo de caducidad de la acción de restauración de la legalidad urbanística de 4 a 15 años.

Valencia. Vías pecuarias

Ley 3/2014, de 11 de julio, de la Generalitat, de Vías Pecuarias de la Comunitat Valenciana (DOCV de 17 de julio de 2014)

Su objetivo es regular las vías pecuarias con carácter integral y de acuerdo con la normativa básica estatal.

2 · JURISPRUENCIA**Costes de urbanización como hipoteca legal tácita**

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2014 (recurso de casación núm. 2394/2012)

El TS establece que las obligaciones derivadas de los planes de ordenación urbanística, concretamente las derivadas de la urbanización de la unidad de actuación, son obligaciones de carácter real, que dan una preferencia de cobro sobre el bien afectado, por encima de cualquier otro derecho inscrito con anterioridad, por lo que cabe hablar de una hipoteca legal tácita (art. 90.1.1.º Ley Concursal), cuya constancia en el Registro de la Propiedad, ya sea mediante inscripción de los planes de equidistribución o mediante anotaciones marginales, da derecho a exigir que se convierta de forma expresa en una hipoteca con tal carácter.

Si bien la Ley Hipotecaria únicamente considera hipotecas legales las admitidas e inscritas expresamente con tal carácter, el hecho de que no esté inscrita como tal, a efectos concursales, no impide que la obligación urbanística ostente la condición de hipoteca legal tácita a efectos del reconocimiento del privilegio especial.

Finalmente, establece la sentencia que las cuotas o derramas devengadas a partir de la declaración de concurso tendrán la consideración de créditos contra la masa (art. 84.2.10.º LC).

Acción pública frente a un convenio urbanístico

Sentencia del Tribunal Superior de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de marzo de 2014

El Tribunal señala que es admisible el ejercicio de la acción pública para impugnar tanto la constitución como la resolución de los convenios urbanísticos. El Tribunal recuerda que los convenios urbanísticos tienen naturaleza contractual, por lo que asumen, por reciprocidad, las obligaciones inherentes a las actuaciones urbanísticas. Esto no impide que el cumplimiento del convenio pueda devenir inexigible por modificaciones en las normas de planeamiento, en cuyo caso la derogación de la bilateralidad conlleva las consecuencias propias de la normativa civil.

Improcedencia de un Estudio de Detalle para modificar la edificabilidad de una parcela

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de mayo de 2014 (recurso de casación núm. 5314/2011)

El Tribunal reafirma que un Estudio de Detalle no es el cauce administrativo-urbanístico adecuado para atribuir edificabilidad a una zona verde privada, aunque no esté destinada al uso público. Dispone el Tribunal que para dicha modificación es necesario hacer una alteración del PGOU.

Nulidad del instrumento de planeamiento por ausencia del informe de la Confederación Hidrográfica competente

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de julio de 2014 (recurso de casación núm. 915/2012)

El TS considera que la falta del informe de la Confederación Hidrográfica determina la nulidad del instrumento de planeamiento en su conjunto debido a su carácter preceptivo y vinculante. La falta de informe emitido en plazo se equipara a un informe desfavorable sin que el Ayuntamiento pueda valorar si la suficiencia de recursos hídricos estaba correctamente justificada en la Memoria Justificativa.

Inscripción de determinadas cláusulas de los estatutos del régimen de propiedad horizontal

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

Resolución de 7 de mayo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Se cuestiona si pueden o no acceder al Registro de la Propiedad, tras la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, las cláusulas estatutarias del régimen de propiedad horizontal de un edificio que permiten a los titulares de las fincas realizar, sin necesidad de consentimiento o autorización de la junta de propietarios, la subdivisión y segregación e incluso la desvinculación de los anejos, sin alteración de las cuotas de los restantes, así como agregar y agrupar las expresadas fincas con otras colindantes.

Mantiene la DGRN su postura tradicional, y concluye que la modificación legal no limita la autonomía de la voluntad respecto de la posibilidad de configurar el derecho real adquirido en régimen de propiedad horizontal con autorizaciones estatutarias como la ahora debatida. El hecho de que para el caso de inexistencia de tales cláusulas estatutarias se flexibilice el régimen legal de mayorías en la adopción de los acuerdos relativos a las modificaciones del título constitutivo consistentes en división, segregación o agregación de elementos privativos, exceptuando la regla de la unanimidad en casos en que no se considera justificada, no impide que se configure voluntariamente de forma expresa un régimen aún más flexible, habida cuenta de la prevalencia del principio de autonomía de la voluntad cuando no existen razones de orden público para afirmar el carácter imperativo de la normativa recientemente modificada en relación con los extremos debatidos —exoneración de la obligatoriedad de acuerdo de la junta de propietarios—, todo ello al margen de que en este régimen legal se requiera expresamente para determinados casos —con carácter imperativo— la obtención de la oportuna autorización administrativa.

Supervivencia de la inscripción de arrendamiento en caso de ejecución hipotecaria

Resolución de 26 de junio de 2014, de la Dirección General De Los Registros y del Notariado

Sobre una finca previamente hipotecada se inscribe un arrendamiento, y posteriormente se pacta con el acreedor hipotecario la renuncia por este y sus sucesores a ejercitar la acción que les permite el artículo 661.2 LEC, reconociendo también el derecho del arrendatario a permanecer en el arrendamiento si se encuentra al día en sus obligaciones de pago. Todo ello se denomina «pacto de supervivencia de arrendamiento en caso de ejecución hipotecaria». Se deniega su inscripción en el Registro de la Propiedad al considerarse que se trata de un pacto puramente personal sin trascendencia real.

La DGRN confirma la calificación declarando, entre otros aspectos, que la inscripción del arrendamiento produce el efecto de que en caso de venta de la finca hipotecada deba el comprador respetar el arrendamiento, pero que ello no cambia su naturaleza de derecho personal, no real, y que las normas procesales de ejecución hipotecaria son de carácter público y están sustraídas a la voluntad de los particulares sin perjuicio de que dicho pacto es válido entre las partes y sus sucesores, sin que en ningún caso pueda extenderse a los adjudicatarios en virtud del procedimiento de ejecución hipotecaria, pues son terceros respecto de dicho pacto, por lo que no es inscribible. La única posibilidad de subsistencia del arrendamiento sería que este tuviera mejor rango hipotecario que la hipoteca, por lo que la solución al problema planteado parece que sería una permuta de rango entre las dos cargas, hipoteca y arrendamiento.

LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Política de remuneraciones aplicable en las entidades de crédito

Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito (BOE de 27 de junio de 2014)

El pasado 27 de junio se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* («BOE») la Ley 10/2014, por la que se refunden las principales normas de ordenación y disciplina de las entidades de crédito. Su capítulo V del título II regula lo relativo al gobierno corporativo y política de remuneraciones aplicable, la cual deberá ser revisada una vez al año por la Junta de accionistas, en los mismos términos que se establezcan para las sociedades cotizadas.

La política de remuneraciones de altos directivos, empleados que asumen riesgos, los que ejercen funciones de control y cualquier trabajador que pueda incluirse en este baremo deberá ser compatible con la estrategia empresarial, incluyendo sus objetivos, valores e intereses a largo plazo, además de medidas para evitar los conflictos de intereses. El personal que ejerza funciones de control dentro de la entidad de crédito será independiente de las unidades de negocio que supervise.

Se dispone también que las entidades de crédito harán pública la remuneración total devengada en cada ejercicio económico por cada uno de los miembros de su consejo de administración, debiendo constituir un comité de remuneraciones integrado por miembros del consejo de administración que no desempeñen funciones ejecutivas en la entidad. Al menos un tercio de los miembros del comité, y en todo caso el presidente, deberán ser consejeros independientes.

La fijación de los componentes variables de la remuneración (que deberán estar equilibrados con los componentes fijos), cuando la remuneración esté vinculada a los resultados, se basará en una evaluación en la que se combinen los resultados del individuo, valorados conforme a criterios tanto financieros como no financieros, los de la unidad de negocio afectada y los resultados globales de la entidad de crédito. El total de la remuneración variable no limitará la capacidad de la entidad para reforzar la solidez de su base de capital. Además, la remuneración variable garantizada tendrá carácter excepcional y se limitará al primer año de empleo, efectuándose únicamente cuando se contrate personal nuevo y la entidad posea una base de capital sana y sólida.

Por último, la remuneración variable se pagará o se consolidará únicamente si resulta sostenible de acuerdo con la situación financiera de la entidad en su conjunto, y si se justifica sobre la base de los resultados de la entidad, de la unidad de negocio y de la persona de que se trate, y se reducirá de forma considerable cuando la entidad obtenga resultados financieros poco positivos o negativos.

En el caso de las entidades de crédito que reciban apoyo financiero público, la remuneración variable se ve más limitada todavía.

Reglas para la integración en la base de cotización de los conceptos retributivos incluidos en el Real Decreto-Ley 16/2013

Real Decreto 637/2014, de 25 de julio, por el que se modifica el artículo 23 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre (BOE de 26 de julio de 2014)

Sobre esta materia, véase el Foro de actualidad desarrollado por Miguel Ángel Buján Brunet en este mismo número de la revista.

* Esta sección ha sido elaborada por Lourdes Martín Flórez, Marta Domínguez Royo y Lucía Ruiz de Gopegui Boné, del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid).

Incapacidad temporal. Gestión y control de procesos en los primeros 365 días *Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración (BOE de 21 de julio de 2014)*

El Real Decreto 625/2014 tiene el objetivo de mejorar el seguimiento de la situación de incapacidad temporal (IT) y aligerar el proceso burocrático. Una de las novedades se refiere a la estimación teórica de la duración de una situación de IT, que se hará teniendo en cuenta la patología del trabajador, su edad y su ocupación, estableciendo cuatro grupos de procesos en función de la duración estimada del proceso de IT.

Asimismo, en los procesos de IT cuya gestión corresponda al servicio público de salud y cuya duración prevista sea superior a 30 días naturales, el segundo parte de confirmación de la baja irá acompañado de un informe médico complementario expedido por el facultativo que haya extendido el parte anterior.

Por otra parte, si bien las declaraciones médicas de alta en los procesos derivados de contingencias comunes corresponden al facultativo del servicio público de salud o a sus inspectores médicos, en los casos en que la cobertura corresponda a una mutua, esta podrá formular propuestas motivadas de alta médica a la Inspección Médica.

Como se recoge en el artículo 8 de la norma, «*El Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Instituto Social de la Marina, en su caso, y las mutuas, a través de su personal médico y personal no sanitario, ejercerán el control y seguimiento de la prestación económica de la incapacidad temporal objeto de gestión, pudiendo realizar a tal efecto aquellas actividades que tengan por objeto comprobar el mantenimiento de los hechos y de la situación que originaron el derecho al subsidio, a partir del momento en que se expida el parte médico de baja, sin perjuicio de las competencias que corresponden a los servicios públicos de salud en materia sanitaria*».

Prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios *Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios (BOE de 30 de julio de 2014)*

Este Real Decreto desarrolla la regulación de las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios en entidades colaboradoras (empresas, instituciones o entidades públicas o privadas). Dado el carácter formativo de dichas prácticas, de su realización no se derivarán, en ningún caso, obligaciones propias de una relación laboral, ni su contenido podrá dar lugar a la sustitución de trabajadores por estudiantes en prácticas.

Se configuran dos tipos de prácticas: curriculares y extracurriculares, según formen parte o no del Plan de estudios, lo que determinará su duración máxima. Para la realización de las prácticas se deberá contar con un tutor en la entidad colaboradora y con un tutor universitario. La normativa contempla los derechos y deberes de los estudiantes, del tutor de la entidad colaboradora y del tutor de la universidad, así como los requisitos para la realización de las prácticas.

Medidas de fomento de la empleabilidad y la ocupación de jóvenes *Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE de 5 de julio de 2014)*

El título IV del Real Decreto-ley establece el régimen de implantación del Sistema Nacional de Garantía Juvenil y recoge otras medidas para favorecer la ocupación. Este Sistema tiene como finalidad principal que el colectivo de jóvenes no ocupados, ni integrados en los sistemas de educación o formación, y que sean mayores de 16 años y menores de 25 (menores de 30 años en el caso de personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33%) puedan recibir una oferta de empleo, educación continua, formación de aprendiz o periodo de prácticas tras acabar la educación formal o quedar desempleados.

Dentro las medidas de apoyo a la contratación, destaca el establecimiento de una bonificación de 300 euros de importe mensual en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social, durante un máximo de seis meses, por la contratación con carácter indefinido de personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil. Esta medida será compatible con el resto de incentivos, siempre que el importe mensual a cotizar por la empresa o el trabajador autónomo no sea negativo. La empresa deberá mantener al trabajador al menos seis meses

desde el inicio de la relación laboral, estando obligada a incrementar con la nueva contratación el nivel de empleo indefinido y el nivel de empleo total, y mantener el nuevo nivel alcanzado durante todo el período de disfrute de la bonificación.

En la disposición adicional vigesimoquinta se establece una bonificación del cien por cien en la cotización a la Seguridad Social a partir del día 1 de agosto de 2014 por las prácticas curriculares externas de los estudiantes universitarios y de formación profesional cuando medie alguna retribución.

Modificación del procedimiento para reclamar al Estado los salarios de tramitación en los procedimientos por despido

Real Decreto 418/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el procedimiento de tramitación de las reclamaciones al Estado por los salarios de tramitación en los juicios por despido (BOE de 18 de junio de 2014)

Lo dispuesto en este Real Decreto es de aplicación en el supuesto de que la sentencia del órgano jurisdiccional competente que por primera vez declara la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de noventa días hábiles desde que se tuvo por presentada la demanda.

Están legitimados para presentar la reclamación el empresario que haya readmitido al trabajador despedido con carácter improcedente y haya pagado los salarios de tramitación, y el propio trabajador despedido, en caso de insolvencia provisional del empresario. El plazo de presentación de la reclamación es de un año desde la firmeza de la sentencia.

Concesión de subvenciones públicas para la ejecución de planes de formación

Resolución de 19 de agosto de 2014 del SEPE, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión, con cargo al ejercicio presupuestario 2014, de subvenciones públicas para la ejecución de planes de formación, de ámbito estatal, dirigidos prioritariamente a las personas ocupadas, en aplicación de la Orden TAS/718/2008, de 7 de marzo (BOE de 27 de agosto de 2014)

Los planes de formación amparados por la resolución son aquellos de carácter intersectorial (dirigidos, entre otros, a trabajadores autónomos, trabajadores y socios de la economía social), sectorial y vinculados con la obtención de certificados de profesionalidad. Las entidades solicitantes susceptibles de acceder a la subvención, dependiendo del plan de formación que se vaya a desarrollar, son, principalmente, organizaciones empresariales y sindicales representativas en el ámbito estatal, confederaciones, federaciones y organizaciones representativas de la economía social, asociaciones profesionales de trabajadores autónomos y centros o entidades de formación.

La subvención consistirá en una cuantía dineraria calculada en función del tipo de plan de formación a desarrollar, la valoración técnica del plan de formación y el coste máximo subvencionable del plan.

Ayudas a la elaboración e implantación de planes de igualdad

Resolución de 13 de mayo de 2014, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se convocan las ayudas a la pequeña y mediana empresa y otras entidades para la elaboración e implantación de planes de igualdad, correspondientes al año 2014 (BOE de 23 de mayo de 2014)

El objeto de la Resolución es regular la concesión de subvenciones públicas, con un máximo de 10.000 euros, destinados a sufragar los gastos derivados de la elaboración e implantación del plan de igualdad (que deberán ser debidamente justificados) a pequeñas y medianas empresas y entidades de entre 30 y 250 trabajadores que por primera vez elaboren e implanten planes de igualdad. Pueden ser beneficiarias de esta ayuda: empresas, sociedades cooperativas, comunidades de bienes, asociaciones y fundaciones.

Para poder concurrir a las subvenciones, los planes de igualdad deberán impulsar acciones en relación con determinadas áreas de trabajo, entre las que destacan el acceso al empleo en condiciones de igualdad de oportunidades, igualdad en materia retributiva, medidas de conciliación de la vida laboral, personal y familiar o protocolos de actuación frente al acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Por otra parte, las mencionadas entidades deberán garantizar la implicación de la representación legal de los trabajadores (o en su defecto, de los propios trabajadores) en la elaboración, implantación y seguimiento del plan.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

El Tribunal Constitucional avala la reforma laboral

Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, de 16 de julio de 2014, n.º recurso 5603/2012

El Tribunal Constitucional («TC») declara la constitucionalidad de los siguientes tres preceptos de la Ley 3/2012, que fueron objeto de impugnación por el Parlamento de Navarra:

(i) El periodo de prueba de un año del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores. El TC considera que es una medida razonable teniendo en cuenta la coyuntura económica en que se ubica y que la norma liga su perdurabilidad a un umbral de desempleo (hasta que el paro baje del 15%). Asimismo, el TC reconoce una adecuada proporcionalidad entre el sacrificio que supone para la estabilidad en el empleo del trabajador contratado y los beneficios que puede representar para el interés individual y colectivo del fomento y creación de empleo estable. Finalmente, descarta que sea contrario, como alegan los recurrentes, al Convenio 158 de la OIT.

(ii) El arbitraje público y obligatorio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, que el artículo 82.3 del ET establece para desbloquear la falta de acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores para la inaplicación («descuelgue») del convenio, por entender que vulnera el artículo 37.1 de la Constitución. El TC entiende que la medida impugnada resulta razonable y proporcionada porque (1) contiene límites temporales, materiales (la remisión al arbitraje solo es posible en materias susceptibles de descuelgue), y causales (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción); (2) otorga inicial preferencia a la autonomía colectiva para la resolución del conflicto; (3) el árbitro es un órgano independiente, de composición tripartita e imparcial; y (4) el laudo arbitral está sometido a posible control judicial.

(iii) La prioridad de los convenios colectivos de empresa a que se refiere el artículo 84.2 del ET. Desde la perspectiva constitucional, el TC no considera reprochable que un convenio de empresa negociado por la representación unitaria en virtud del artículo 37.1 CE goce de preferencia aplicativa sobre un convenio sectorial negociado por los sindicatos, pues del texto constitucional no se deduce que la negociación colectiva sindical haya de tener prioridad absoluta.

La sentencia cuenta con un voto particular suscrito por tres magistrados.

Válida extinción paulatina de los contratos para obra o servicio determinado a medida que la obra vaya concluyendo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 28 de abril de 2014

La cuestión que se unifica en esta sentencia se centra en determinar si resulta ajustada a derecho la decisión empresarial de extinguir la relación laboral de unos trabajadores contratados para obra o servicio determinado, cuando la causa de la extinción es la reducción de la actividad para la que fueron contratados.

Según el TS, en obras de importancia que ocupan a numerosos trabajadores en diversas funciones, no se puede pretender que permanezcan todos en activo hasta que se dé por terminada totalmente la obra. Por ello, entiende que se pueden ir extinguendo los contratos para obra o servicios determinados a medida que puedan resultar innecesarios por irse concluyendo la obra o servicio (salvo que se demuestre existencia de fraude).

El Tribunal Supremo invalida los pactos en contratos de alta dirección que excluyan la indemnización por cese en caso de desistimiento unilateral por la empresa

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 22 de abril de 2014

La resolución analiza la validez de una cláusula de un contrato de alta dirección que excluye el derecho a la indemnización (siete días de salario por año de servicio hasta un máximo de seis mensualidades), a que se refiere el artículo 11.2 del Real Decreto 1382/1985 en caso de extinción del contrato por desistimiento unilateral del empresario.

El TS entiende que tales pactos son inválidos en tanto que el artículo 11 de dicho Real Decreto no permite excluir el derecho a esta indemnización; de hecho el alto Tribunal concluye que

«cabrán modulaciones varias de ese derecho pero no su completa ablación», pues permitir el libre desistimiento empresarial sin indemnización alguna dejaría el contrato al arbitrio de uno de los contratantes, lo cual contraviene el principio general del derecho de los contratos recogido en el 1256 del Código Civil.

La sentencia contiene un voto particular que sí da validez al acuerdo en virtud del principio de autonomía de la voluntad sin que se haya puesto de relieve la existencia de vicio alguno.

La falta de designación de representantes en uno de los centros de trabajo no puede paralizar el período de consultas

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de abril de 2014

El TS analiza la medida colectiva adoptada por una empresa consistente en el cambio de porcentaje del sistema de retribución variable.

El TS no aprecia incumplimiento de la empresa ni acción destinada a obstaculizar la designación de interlocutores de los trabajadores. Dos centros de trabajo con representación unitaria intervinieron en el período de consultas debidamente representados, mientras que los restantes trabajadores no otorgaron representación pese a que la recurrente informó a los empleados de los centros de trabajo sin representación unitaria de la próxima apertura del período de consultas y de su facultad de nombrar representantes. Además, dice el TS que en todo momento hubo en la comisión negociadora una representación informal de los trabajadores a los solos efectos de recibir una adecuada información y asesoramiento.

Entiende el Tribunal que al haber terminado el período de consultas sin acuerdo, el requisito de la válida constitución de una comisión cobra la importancia de una exigencia formal que no puede invalidar todo el proceso por la inacción de los trabajadores.

Doctrina judicial relativa a despidos colectivos

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 2 de junio de 2014

En el marco de un ERE que finalizó con acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores, el TS considera suficiente, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 51.4 y 53.1 del ET, la comunicación individual consistente en la remisión del acuerdo alcanzado, pues concurren en el caso circunstancias que permiten integrar el contenido de la carta. Asimismo, la empresa pactó en el acuerdo efectuar el pago de la indemnización en el momento de la efectividad del despido y no de forma simultánea a la comunicación extintiva como marca el artículo 53.1 b) del ET.

El TS concluye que un pacto de esta naturaleza es posible en este caso particular porque (i) existe acuerdo con los representantes de los trabajadores, que además era conocido por los trabajadores; (ii) el pago de la indemnización no se demora más allá de la fecha de efectos de la extinción; (iii) el diferimiento lleva también aparejado un incremento de la indemnización legal (de 20 a 33 días por año de servicio); y (iv) los trabajadores seguían percibiendo retribución hasta la fecha de efectos, es más, disfrutaban de una licencia retribuida con exoneración de prestación de servicios.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 26 de marzo de 2014

El TS confirma que el despido colectivo de TELEMADRID no fue ajustado a derecho por los siguientes motivos: (i) se trata de una sociedad mercantil incluida en el sector público, pero no tiene consideración de Administración pública, en consecuencia, resulta aplicable el procedimiento general de despido colectivo recogido en el RD 1483/2012; (ii) las codemandadas constituyen un grupo laboral legitimado para incoar el despido al constatarse la existencia de un único presupuesto, un domicilio único, financiación conjunta, mismo administrador único y un único convenio colectivo aplicable a todas las sociedades; y (iii) no se ha justificado la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas, pues su situación económica negativa no basta para justificar el despido de 925 trabajadores de una plantilla compuesta por 1.161.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 18 de marzo de 2014

La doctrina emanada de esta sentencia es la siguiente: (i) reconoce la legitimación de las comisiones *ad hoc* de trabajadores para impugnar despidos colectivos; (ii) solo si se pretende la

condena solidaria de todas las empresas del grupo es necesario demandar a todas ellas; (iii) se declara la nulidad del despido colectivo cuando la empresa no entrega a la representación de los trabajadores la documentación económica relativa a las demás empresas del grupo.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 17 de febrero de 2014

La sentencia trae causa del despido colectivo de una entidad de derecho público participada por el Servicio Andaluz de Empleo («SAE»). Según la normativa autonómica aplicable, en caso de extinción o disolución del Consorcio, el SAE debía quedar subrogado en todas las relaciones jurídicas de su personal. El consorcio recibió una partida presupuestaria extraordinaria para acometer los despidos y evitar la subrogación. El TS considera que dicha actuación constituye una desviación de poder, lo que equivale en términos laborales a un fraude de ley. Por ello, la sentencia declara la nulidad del despido colectivo.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 28 de enero de 2014

El Tribunal analiza la impugnación de un despido colectivo, por vulneración del derecho a la libertad sindical, y condena de forma solidaria a dos sociedades.

La sociedad empleadora está participada en su totalidad por la otra sociedad codemandada, y la gestión de su riesgo de liquidez se realiza en el marco de la gestión global de esta última, mediante disponibilidad de líneas de crédito, sin necesidad de acudir a financiación externa. En consecuencia, se concedió a la empleadora una suma dineraria conceptuada contablemente como préstamo participativo, con el fin de evitar que entrara en causa legal de disolución.

Una de las cuestiones principales abordadas por el TS es la existencia de un grupo a efectos laborales entre las sociedades en cuestión.

El TSJ del País Vasco entendió que sí había grupo de empresas, entre otras cosas, debido a la confusión patrimonial derivada del hecho de que el riesgo de liquidez de la empleadora se gestione por otra mediante disponibilidad de líneas de crédito, sin necesidad de acudir a financiación de entidades bancarias.

El TS, por el contrario, afirma que ninguno de los elementos a los que la sentencia recurrida ha otorgado valor son definitorios *per se* de la responsabilidad atribuida. En particular, a que por peculiar que sea una fórmula de financiación entre empresas, esta no convierte en grupo laboral a prestamista y prestatario.

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 12 de junio de 2014

La Sala de lo Social de la AN declara la nulidad del despido colectivo negociado por un grupo de empresas laboral ilícito. El origen del conflicto fue la fusión de ocho sociedades en una sola, la cual redujo la plantilla a través de prejubilaciones, bajas incentivadas o recolocaciones, así como despidos forzados en caso de que no se alcanzara el objetivo con las medidas anteriores.

Razona la Sala que no es conforme a la buena fe que la nueva empresa se presente sorpresivamente ante los trabajadores para efectuar un despido colectivo, omitiendo las más elementales obligaciones de información derivadas de la sucesión de empresa. El incumplimiento de las obligaciones de información, consulta y negociación por cambio de titularidad de la empresa se proyecta sobre el periodo de consultas del despido colectivo.

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 16 de mayo de 2014

En este caso, la AN declara injustificados los despidos previstos para los años 2015 y 2016, al no concurrir la nota de actualidad de las causas, en concreto, la falta de liquidez real de la empresa.

Sentencia de la Audiencia Nacional, sala de lo Social, de 14 de mayo de 2014

A efectos de valorar si se superan los umbrales del despido colectivo, deben computarse los despidos producidos por causas objetivas en los que se alegaran causas no inherentes a la per-

sona del trabajador (no computables *ab initio*) que hayan quedado desvinculados de tales causas por ser declarados improcedentes o nulos. Además, deben computarse las extinciones de contratos temporales fraudulentos en los que la obra o servicio concertados no han finalizado, sino que únicamente se ha producido una reducción del volumen de actividad de las contratas.

Nulidad de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo por resultar realizada en fraude de ley

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 14 de julio de 2014

La Audiencia Nacional analiza, en el marco de una transmisión de personal, la validez del acuerdo alcanzado por la empresa cedente y la representación de sus trabajadores, por el que se estipuló el cambio del convenio colectivo aplicable a los trabajadores transferidos a la mercantil cesionaria, así como otras modificaciones que afectaban a la jornada de trabajo, horario o niveles salariales, entre otros.

Declara la nulidad de la modificación sustancial por resultar en fraude de ley, con base en los siguientes motivos:

(i) El artículo 44.9 ET debe ser interpretado en el sentido de que no permite modificar las condiciones que imponen los apartados 3 y 4 del artículo 44 del ET, pues su ámbito de aplicación excluye al personal cedido.

(ii) En relación con el artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE, no resultan de aplicación los dos primeros apartados puesto que la entidad cedente no se encuentra en concurso. Respecto del tercero, entiende la Audiencia que el legislador nacional no ha hecho uso de tal habilitación de la Directiva en la redacción del artículo 44 del ET.

El llamado «tiempo del bocadillo» puede ser considerado una condición más beneficiosa en determinadas circunstancias

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 5 de mayo de 2014

La presente controversia trae causa de una comunicación enviada por una empresa a sus trabajadores, los cuales disfrutaban de un descanso de entre 15 y 20 minutos en la jornada de mañana (conocido como «tiempo de bocadillo»), sin que, durante esos años, hubieran prolongado por ello su jornada. En dicha comunicación se advertía de que el tiempo de bocadillo no computaba como trabajo efectivo y debía recuperarse.

La AN declara la nulidad de la decisión empresarial al entender que nos encontramos ante una condición más beneficiosa y no ante una actuación de mera tolerancia empresarial.

Préstamo concedido al trabajador en condiciones especialmente beneficiosas

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 15 de abril de 2014

El supuesto de hecho origen del litigio es el vencimiento anticipado del préstamo concedido por una entidad de crédito a uno de sus trabajadores a raíz de la extinción de la relación laboral. Dicho préstamo había sido concedido en condiciones especialmente beneficiosas y estaba vinculado a la vigencia del contrato de trabajo. Tras la decisión empresarial de extinguir el vínculo laboral, la empresa reclamó la cantidad pendiente al trabajador, conforme se establecía en una cláusula del préstamo.

La sentencia argumenta, en línea con jurisprudencia del TS, que el contrato suscrito es un contrato de adhesión y que dicha cláusula es abusiva y contraria al orden público laboral, pues deja al arbitrio del empresario no solo la extinción del contrato de trabajo, sino también del contrato de préstamo. En consecuencia, la empresa no puede exigir el vencimiento anticipado del préstamo, y ambas partes quedan vinculadas al cumplimiento de lo pactado, pues el despido improcedente del trabajador no elimina la base objetiva del contrato de préstamo.

Uso particular del vehículo de empresa e indemnización por despido

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 14 de marzo de 2014

El TSJ de Castilla-La Mancha analiza si el uso particular del vehículo de empresa puesto a disposición del trabajador tiene carácter salarial o no y, en consecuencia, dilucidar su inclusión en el salario regulador de la indemnización por despido.

Si bien es verdad que en la sentencia de instancia consta como hecho probado que el trabajador utilizaba el vehículo para fines particulares los fines de semana y vacaciones, el TSJ, en línea con jurisprudencia del TS, considera que esta afirmación no es suficiente para deducir su naturaleza remuneratoria. La sentencia argumenta que la falta de prueba a tal respecto impide descartar opciones tales como que dicho uso fuera tolerado por la empresa, que pudiera responder a la disponibilidad del trabajador en vacaciones o, incluso, el incumplimiento contractual del trabajador.

Como consecuencia de lo expuesto, la sentencia excluye del cálculo indemnizatorio el uso particular del vehículo por parte del trabajador.

Nulidad del despido de un trabajador con bajas de larga duración

Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de 11 de febrero 2014

El TSJ de Galicia analiza si el despido por faltas de asistencia de una trabajadora de baja de larga duración debe calificarse como improcedente o nulo por vulneración del principio de igualdad.

La sentencia, citando consolidada jurisprudencia del TS, establece que, en aquellos supuestos en que la empresa no ha alegado y probado la causa justificada de extinción objetiva enunciada en el artículo 52.d) del ET, el despido por motivo de enfermedad o baja médica merece, en principio, la calificación de despido improcedente. Ahora bien, apoyándose en la doctrina del TS y el TC, matiza que el estado de salud del trabajador puede constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el artículo 14 de la CE. Esto ocurrirá cuando la enfermedad sea tomada en consideración como un elemento de segregación o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, lo cual ocurre precisamente en este supuesto. Así, la sentencia concluye que no hay ningún elemento ajeno a la enfermedad que justifique el despido, pues no se pone en relación la enfermedad con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación. Por tanto, entiende que ha habido vulneración de derechos fundamentales y declara la nulidad del despido.

Imposibilidad de convertir una excedencia voluntaria en una excedencia por cuidado de hijo

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 16 de diciembre de 2013

El TSJ entiende que la denegación por la empresa de una excedencia por cuidado de hijo a quien, en el momento de la solicitud, se encuentra en situación de excedencia voluntaria no supone una vulneración de los derechos fundamentales relativos a la conciliación de la vida familiar y laboral. La configuración notablemente distinta de ambas excedencias conduce a estimar como inviable la posibilidad de exigir que, encontrándose en curso la excedencia voluntaria, se pueda pretender su conversión en excedencia por cuidado de hijo. Desde la concesión de la excedencia voluntaria, y durante su vigencia, los derechos de la trabajadora excedente se limitaban a la expectativa de un reingreso preferente para el caso de existencia de vacantes, sin que la empresa viniese obligada a reservar plaza alguna. Esta situación no se puede entroncar con la concesión de una excedencia por cuidado de hijo, ya que para ello se tendría que partir de la efectiva existencia de una plaza o un puesto de trabajo ocupado por la accionante, lo que no acontece desde la situación de excedencia voluntaria.

La reducción de jornada no faculta al trabajador a cambiar su turno de trabajo

Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 29, de Madrid, de 18 de septiembre de 2014

El Juzgado desestima la demanda promovida por una trabajadora que prestaba servicios por turnos rotatorios de mañana y tarde, y que tras acogerse a la reducción de jornada para el cuidado de un hijo menor de 12 años, solicitó su adscripción al turno fijo de mañana.

El Juzgado entiende justificada la denegación por los siguientes motivos: (i) la concreción horaria y la determinación del período de disfrute de la reducción de jornada corresponde al trabajador dentro de su jornada ordinaria, salvo que se aprecie una arbitrariedad obstructiva por parte de la empresa: la petición es incompatible con la organización de los turnos rotatorios, pues aceptar la proposición de la actora obligaría a la empresa a imponer una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de otras trabajadoras; y (ii) no se acredita que el marido de la actora tuviera turnos de trabajo coincidentes ni que hubiera solicitado la adaptación de su propia jornada.

MARÍTIMO, TRANSPORTE Y LOGÍSTICA*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Marítimo. Consorcios de transporte marítimo *Reglamento 697/2014/UE de la Comisión de 24 de junio, por el que se modifica el Reglamento 906/2009/UE en lo relativo a su periodo de aplicación (DOUE L 184/2014 de 25 de junio de 2014)*

El Reglamento proroga la aplicación hasta el 25 de abril de 2020 del Reglamento (CE) n.º 906/2009, el cual concede una exención por categorías, bajo ciertas condiciones, a los consorcios de transporte marítimo de la prohibición que se recoge en el artículo 101, apartado 1, del Tratado. El Reglamento entrará en vigor el 25 de abril de 2015.

Marítimo. Seguridad marítima y contaminación *Reglamento (UE) n.º 788/2014 de la Comisión, de 18 de julio, por el que se establecen normas detalladas para la imposición de multas y sanciones conminatorias periódicas y para la retirada del reconocimiento de organizaciones de inspección y reconocimiento de buques de conformidad con los artículos 6 y 7 del Reglamento (CE) n.º 391/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 214/12 de 19 de julio de 2014)*

Este Reglamento establece las normas de aplicación de los artículos 6 y 7 del Reglamento n.º 391/2009, los cuales facultan a la Comisión para imponer multas y sanciones conminatorias periódicas a las organizaciones reconocidas, según se definen en el artículo 2 de dicho Reglamento, o para retirarles el reconocimiento, a fin de velar por el respeto de los criterios y obligaciones establecidos en virtud de dicho Reglamento, con el objeto de eliminar cualquier posible amenaza para la seguridad o el medio ambiente.

De conformidad con el artículo 14, apartado 2, del Reglamento n.º 391/2009, y en interés de la transparencia, el Reglamento n.º 788/2014 detalla el procedimiento de toma de decisiones, así como el método de cálculo de las multas y sanciones conminatorias periódicas. De esta forma, los afectados podrán conocer de antemano los criterios utilizados por la Comisión y el grado en que se haya comprometido la seguridad o la protección del medio ambiente.

Marítimo. Equipos marinos *Directiva 2014/90/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 sobre equipos marinos, y por la que se deroga la Directiva 96/98/CE del Consejo (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 257/2014, de 28 de agosto de 2014)*

Esta Directiva aprueba normas comunes para la aplicación uniforme de los instrumentos internacionales relativos a los equipos marinos que se instalen a bordo de buques de la UE con vistas a aumentar la seguridad en el mar y prevenir la contaminación marina y para garantizar la libre circulación de dichos equipos dentro de la Unión. Deroga, con efecto a partir del 18 de septiembre de 2016, la Directiva 96/98, sobre equipos marinos. Asimismo, declara expresamente vigentes, hasta la entrada en vigor de los actos de ejecución contemplados en su artículo 35.2, los requisitos y normas de ensayo aplicables a los equipos marinos con arreglo a lo dispuesto en las normas de Derecho interno adoptadas por los Estados miembros en cumplimiento de la citada Directiva 96/98.

Los Estados miembros tendrán hasta el 14 de agosto de 2015 para adoptar y publicar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo estable-

* Esta sección está 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 José Sánchez-Fayos, del Grupo de Coordinación de Marítimo, Transporte y Logística de Uría Menéndez.

cido en la Directiva. El texto de dichas disposiciones deberá ser comunicado inmediatamente a la Comisión.

**Transporte aéreo.
Relación con
operadores de
terceros países**

Reglamento (UE) n.º 452/2014 de la Comisión, de 29 de abril, por el que se establecen requisitos técnicos y procedimientos administrativos para las operaciones aéreas de los operadores de terceros países en virtud del Reglamento (CE) n.º 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 133/12 de 6 de mayo de 2014)

El Reglamento n.º 452/2014 regula un conjunto de normas destinadas a los operadores de aeronaves de terceros países que, estando contemplados en el artículo 4, apartado 1, letra d), del Reglamento (CE) n.º 216/2008, participen en operaciones de transporte aéreo comercial realizadas dentro del territorio sujeto a las disposiciones del Tratado o en operaciones de entrada o salida de dicho territorio.

Las normas establecidas regulan las condiciones para expedir, mantener, modificar, limitar, suspender o revocar las autorizaciones, así como las atribuciones y responsabilidades de sus titulares y las condiciones en las que, por razones de seguridad operacional, sea preciso que las operaciones se prohíban, limiten o sometan a determinadas condiciones.

**Transporte aéreo.
Seguridad aérea**

Reglamento de Ejecución (UE) n.º 687/2014 de la Comisión, de 20 de junio, que modifica el Reglamento (UE) n.º 185/2010 en lo que atañe a la aclaración, armonización y simplificación de determinadas medidas de seguridad aérea, equivalencia de normas de seguridad y medidas de seguridad de la carga y el correo (Texto pertinente a efectos del EEE)(DOUE L 182/31 de 21 de junio de 2014)

Con el fin de mejorar la aplicación de la normativa de seguridad aérea, el Reglamento n.º 687/2014 modifica el anexo del Reglamento n.º 185/2010, cuyo objetivo era establecer una serie de medidas para la aplicación de las normas básicas comunes de protección de la aviación civil contra aquellas conductas que pudieran comprometer su seguridad. Las modificaciones al anexo abarcan la lista de artículos prohibidos, seguridad de las aeronaves, controles de seguridad de la carga, el correo, las provisiones de a bordo y los suministros de aeropuerto y equipos de seguridad.

**Transporte terrestre.
Accidentes
ferroviarios**

Directiva 2014/88/UE de la Comisión de 9 de julio de 2014 por la que se modifica la Directiva 2004/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los indicadores comunes de seguridad y a los métodos comunes de cálculo de los costes de los accidentes (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 201/2014, publicado el 10 de julio)

Sustituye el texto del anexo I de la Directiva 2004/49/CE, modificando los indicadores comunes de seguridad y los métodos de cálculo de las repercusiones económicas de los accidentes ferroviarios. Se establece que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva 2014/88/UE a más tardar el 30 de julio de 2015.

**Transporte terrestre.
Ferroviario**

Reglamento de ejecución (UE) n.º 870/2014 de la Comisión de 11 de agosto de 2014 sobre los criterios para candidatos a la obtención de capacidad de infraestructura ferroviaria (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 239/2014, publicado el 12 de agosto)

Establece requisitos sobre las garantías financieras que un administrador de infraestructuras puede exigir para asegurarse el cumplimiento de sus legítimas expectativas de futuros ingresos que guarden proporción con el nivel de las actividades contempladas por el solicitante. Estos requisitos incluyen, en particular, las condiciones en que puede solicitarse una garantía o un pago anticipado y la cuantía y duración de dicha garantía financiera. Igualmente, expone determinados detalles relativos a los criterios para evaluar la capacidad de un candidato de presentar ofertas conformes para la obtención de capacidad de infraestructura. Será aplicable a partir del 16 de junio de 2015.

[España]**Marítimo. Ley de Navegación Marítima**

Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (BOE de 25 de julio d 2014)

Nos remitimos al artículo que sobre esta Ley se publica en este número de *Actualidad Jurídica*.

Marítimo. Escala de buques en puerto

Orden FOM/1498/2014, de 1 de agosto, por la que se modifica la Orden FOM/1194/2011, de 29 de abril, por la que se regula el procedimiento integrado de escala de buques en los puertos de interés general (BOE de 11 de agosto de 2014)

La Orden emitida por el Ministerio de Fomento tiene por objeto adaptar la Orden FOM/1194/2011 por la que se regula a través de un único procedimiento la solicitud de escala, la asignación de atraque y el despacho de buques en los puertos de interés general, a las nuevas formalidades informativas exigidas por el Real Decreto 1334/2012. El mencionado Real Decreto persigue simplificar los procedimientos administrativos aplicables a los buques mercantes que lleguen o salgan de los puertos españoles e introduce el concepto de «transmisión electrónica de datos» que modifica parcialmente los procedimientos de transmisión de información digital que se utilizaban hasta la fecha.

El cambio fundamental de la nueva Orden FOM/1498/2014 consiste en adaptar el procedimiento integrado de escala de buques —regulado en la Orden FOM/1194/2011—, al procedimiento de transmisión electrónica de datos, dando como resultado la ahora denominada Declaración Única de Escala (DUE).

Marítimo. Contaminación

Orden FOM/1793/2014, de 22 de septiembre, por la que se aprueba el Plan Marítimo Nacional de respuesta ante la contaminación del medio marino. (BOE de 4 de octubre de 2014)

Aprueba el Plan Marítimo Nacional a que se refiere el apartado 1.a) del artículo 3 del Sistema Nacional de Respuesta ante un suceso de contaminación marina, aprobado por Real Decreto 1695/2012, y establece las situaciones de emergencia, las estructuras de respuesta, los procedimientos operativos y los medios materiales y humanos precisos para dar respuesta a cualquier suceso de contaminación marina, así como todos los demás aspectos que deben integrar su contenido mínimo y de acuerdo con el apartado 1 del artículo 5 del citado Sistema Nacional de Respuesta.

Aéreo. Navegación aérea

Real Decreto 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y se modifica el Real Decreto 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea (BOE de 1 de julio de 2014)

El Real Decreto 552/2014 adopta las normas de aplicación y desarrollo del Reglamento de Ejecución 923/2012, por el que se establecen el reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea. El objetivo del Real Decreto es armonizar la normativa española con las denominadas «Standardised European Rules of the Air» (SERA), que regulan la circulación en el espacio aéreo Europeo y que entrarán en vigor antes del 4 de diciembre de 2014.

Por último, se modifica el Real Decreto 57/2002, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, para adecuarlo a las prescripciones de SERA, y se deroga el Real Decreto 714/2009 sobre seguridad de las aeronaves de terceros países que utilizan aeropuertos situados en territorio español, y el Real Decreto 1749/1984 por el que se aprueban el Reglamento 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.

Aéreo. Seguridad aérea

Resolución de 30 de julio de 2014, de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, por la que se establecen los requisitos para el establecimiento de un mecanismo equivalente al sistema de gestión de la seguridad operacional por parte de las organizaciones de mantenimiento (BOE de 28 de agosto de 2014)

Esta resolución entró en vigor el pasado 31 de agosto de 2014 y establece el marco para la implantación y el mantenimiento de un mecanismo equivalente (según lo dispuesto en el Real

Decreto 995/2013, de 13 de diciembre), de aplicación a las organizaciones aprobadas por la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA) para la realización de trabajos de mantenimiento de aeronaves que realizan actividades de transporte aéreo comercial.

El marco del mecanismo equivalente consta de los siguientes componentes y elementos que deberán ser implantados en el plazo máximo de seis meses: (i) política y objetivos de seguridad operacional; (ii) evaluación y control de los riesgos de seguridad operacional; (iii) promoción de la seguridad operacional, mediante la instrucción y educación del personal que participe en el mantenimiento, gestión o auditorías de calidad y la documentación y divulgación entre dichos empleados de la política de seguridad operacional, y (iv) mejora continua mediante la aplicación de los sistemas de evaluación establecidos en la resolución.

Aéreo. Seguridad aérea

Real Decreto 750/2014, de 5 de septiembre, por el que se regulan las actividades aéreas de lucha contra incendios y búsqueda y salvamento y se establecen los requisitos en materia de aeronavegabilidad y licencias para otras actividades aeronáuticas (BOE de 18 de septiembre de 2014)

El Real Decreto 750/2014 tiene por objeto aprobar las normas que regulan las actividades aéreas de lucha contra incendios, búsqueda y salvamento, y las aplicables en materia de aeronavegabilidad y personal de vuelo a las actividades de aduanas, policía, guardacostas y otras similares.

Aéreo y ferrocarril

Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE de 17 de octubre de 2014)

Esta Ley supera la regulación del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. En lo que a regulación en materia de transporte y puertos se refiere, contiene normas en diversos ámbitos: en primer lugar, la Ley precisa el régimen de la red de aeropuertos de interés general como servicio de interés económico general. Regula asimismo los ingresos del gestor aeroportuario ligados a los servicios aeroportuarios básicos. Establece que la gestión de los servicios aeroportuarios no esenciales, así como la gestión comercial de las infraestructuras o su explotación urbanística queda sujeta al libre mercado. Por último, se adecua al nuevo marco regulatorio el régimen jurídico de transparencia, consultas, no discriminación y supervisión en materia de tarifas aeroportuarias, adaptando el establecido en transposición de la Directiva 2009/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, relativa a las tasas aeroportuarias y vigente a la entrada en vigor de esta Ley.

Por otra parte, y a la espera del preceptivo desarrollo reglamentario, esta Ley establece las condiciones de explotación de drones para la realización de trabajos técnicos o científicos, así como para vuelos de prueba de producción y de mantenimiento, de demostración, para programas de investigación sobre la viabilidad de realizar determinada actividad con aeronaves civiles pilotadas por control remoto, de desarrollo de nuevos productos o para demostrar la seguridad de las operaciones específicas de trabajos técnicos o científicos.

Estas condiciones se completan con el régimen general de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, que se modifica para establecer el marco jurídico general para el uso y operación de las aeronaves civiles pilotadas por control remoto, y contempla, conforme a lo previsto en la normativa de la Unión Europea sobre operaciones especializadas, la doble posibilidad de someter la realización de la actividad a una comunicación previa o a una autorización.

En el ámbito portuario, las medidas van dirigidas a la mejora de la competitividad y la conectividad terrestre de los puertos de interés general. A tal efecto, se procede a introducir modificaciones en el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre. Así, las medidas que en este sentido se adoptan en la presente Ley van dirigidas, básicamente: a) al incremento del plazo de las concesiones demaniales portuarias, elevándolo al límite máximo de 50 años; b) a la introducción de un nuevo supuesto de prórroga extraordinaria asociada a la contribución para la financiación de infraestructuras de conectividad portuaria y mejora de las redes de transporte de mercancías; c) a la creación del Fondo Financiero de Accesibilidad Terrestre Portuaria, y d)

al levantamiento de la prohibición de destinar a uso hotelero, a albergues u hospedaje determinadas infraestructuras portuarias en desuso, situadas dentro del dominio público portuario y sujetas a protección por formar parte del patrimonio histórico, a fin de favorecer la preservación de dicho patrimonio, en los mismos términos previstos para los faros.

Transporte por carretera. Peaje en transporte de mercancías

Real Decreto 286/2014, de 25 de abril, por el que se establecen los criterios para la determinación de los peajes a aplicar a determinados vehículos de transporte de mercancías en autopistas en régimen de concesión de la Red de Carreteras del Estado (BOE de 8 de mayo de 2014)

Este Real Decreto establece los criterios y la metodología de cálculo que han de utilizarse para la determinación de peajes que se apliquen a los vehículos pesados en los recorridos que realicen por las autopistas en régimen de concesión de la Red de Carreteras del Estado, e impone además nuevos requisitos para descuentos, reducciones y modulaciones. Por otra parte, se regulan las comunicaciones que deberán efectuarse a la Comisión Europea cuando se implante un nuevo régimen de peajes o se modifique alguno existente, y la coordinación con otros Estados miembros cuando se prevea la aplicación de un sistema coordinado de peajes. La norma deroga el Real Decreto 713/2009 por el que se establecen los criterios para la determinación de los peajes a aplicar a determinados vehículos de transporte de mercancías en las autopistas en régimen de concesión de la Red de Carreteras del Estado incluidas en la Red Transeuropea de Carreteras.

Transporte terrestre. Accidentes ferroviarios

Real Decreto 623/2014, de 18 de julio, por el que se regula la investigación de los accidentes e incidentes ferroviarios y la Comisión de Investigación de Accidentes Ferroviarios (BOE de 19 de julio de 2014)

Esta norma regula la investigación de los accidentes e incidentes ferroviarios, con el objetivo de mejorar la seguridad en la red ferroviaria de interés general, favoreciendo la prevención de futuros accidentes ferroviarios mediante la realización de las investigaciones técnicas y el análisis de los accidentes e incidentes, a fin de determinar sus causas y establecer las medidas correctivas que resulten pertinentes. También establece la composición y las reglas de funcionamiento de la Comisión de Investigación de Accidentes Ferroviarios. Este Real Decreto completa, entre otros, la incorporación al Derecho español de la Directiva 2004/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Transporte aéreo. Retraso: concepto de hora de llegada

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de septiembre de 2014

La sentencia deriva de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal de Salzburgo. A la luz de los artículos 2, 5 y 7 todos del Reglamento (CE) n.º 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2009, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) n.º 295/91, a los efectos de conocer la magnitud del retraso sufrido, se dirige al Tribunal de Justicia de la Unión Europea el siguiente interrogante: ¿cuál es el momento determinante para fijar la hora de llegada de la aeronave? Son varias las posibilidades y entre ellas existe una franja temporal que puede resultar significativa: (i) «touchdown», esto es, en el momento en el que el avión toca suelo en la pista (contacto de las ruedas); (ii) cuando alcanza su posición de estacionamiento, se accionan los frenos de estacionamiento o se colocan los calzos de estacionamiento («hora en calzos»); (iii) momento en el que se abren las puertas del avión para la salida de los pasajeros; o, (iv) un momento contractualmente definido por las partes.

El Tribunal concluye que se entiende como hora de llega de la aeronave cuando el aparato abre al menos una de sus puertas. El Tribunal razona que solo cuando se permite salir a los pasajeros con la apertura de puertas se pone fin al retraso, toda vez que es a partir de ese momento cuando pueden reanudar sus actividades personales, familiares, sociales o profesionales, pues, con anterioridad a ese momento, permanecen incomunicados y bajo las instrucciones y control del transportista aéreo.

[España]

Transporte terrestre. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de julio de 2014*
Incoterms

En el marco de una compraventa en términos CIP («*carrier and insurance paid to*»), la aseguradora de la vendedora, previa indemnización a esta, interpone una demanda frente al transportista terrestre por los daños producidos a la mercancía durante su transporte. Se cuestiona su legitimación activa en el pleito.

El Incoterm CIP determina que el riesgo se traslada al comprador en el momento en el que las mercancías se cargan en los medios de transporte dispuestos por el primer transportista. Esa distribución del riesgo determina quién está legitimado activamente para reclamar el daño causado. Sin embargo, en el caso en cuestión existía una cesión de derechos de las compradoras al vendedor, de tal forma que la Audiencia Provincial resuelve reconociendo a la aseguradora de la vendedora legitimación activa suficiente para accionar frente al transportista.

MEDIO AMBIENTE*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Responsabilidad medioambiental

Ley 11/2014, de 3 de julio, por la que se modifica la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental (BOE 162/2014, publicado el 4 de julio)

La Ley 11/2014 modifica la Ley 26/2007 con el objetivo fundamental de reforzar aspectos preventivos del daño ambiental, simplificar y mejorar su aplicación y transponer lo dispuesto en el artículo 38 de la Directiva 2013/30/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, en el que se incluye el daño a las aguas marinas como daño medioambiental. Las principales novedades operadas por la Ley 11/2014 pueden resumirse de la siguiente manera:

Por un lado, se amplía el concepto de daño medioambiental a aquellos daños que produzcan efectos adversos significativos en el estado ecológico de las aguas marinas, según se define en la Ley 41/2010 de protección del medio marino. Estos daños no estaban incluidos en la redacción original de la Ley 26/2007.

Se amplía asimismo el ámbito de aplicación de la Ley a los daños que puedan producirse durante la ejecución y explotación de obras públicas de interés general que sean competencia de la Administración General del Estado.

Por otro lado, se incentiva la realización voluntaria de análisis de riesgos medioambientales entre los operadores de actividades susceptibles de ocasionar daños medioambientales como medida de minimización y gestión del riesgo medioambiental.

Vinculado con lo anterior, se modifica el régimen de garantías financieras, para lo que se establece: (a) el carácter voluntario de la garantía financiera para los operadores no obligados a su constitución de acuerdo con las exenciones del artículo 28 de la Ley 26/2007, (b) la determinación de la cuantía de la garantía financiera a partir del análisis de riesgos medioambientales de la actividad, (c) la ampliación de los sujetos garantizados, incluyendo a los titulares de las instalaciones en las que se realice la actividad que pueda ocasionar daños medioambientales, y (d) una remisión reglamentaria en la que se determina qué sujetos quedan exentos de constituir la garantía financiera obligatoria.

Por último, cabe resaltar que se modifica la disposición derogatoria única de la Ley 34/2007 de calidad del aire y protección de la atmósfera para precisar que, sin perjuicio del apartado primero de esa disposición, que derogaba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (RAMINP) para aquellas comunidades autónomas que hubiesen aprobado normativa propia en la materia, la regulación contenida en sus artículos 4, 11, 15 y 20 sobre emplazamientos y distancias no será de aplicación a las instalaciones de tratamiento de aguas, de depuración de aguas residuales, instalaciones desaladoras y desalinizadoras, siempre que la cuestión de la distancia a núcleos urbanos hubiera sido objeto de análisis y corrección, en su caso, mediante las medidas procedentes con arreglo a las mejores técnicas disponibles o que se ajusten a lo que al respecto determine la evaluación ambiental o la autorización ambiental integrada correspondiente o título administrativo equivalente.

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

Calidad del aire

Real Decreto 678/2014, de 1 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del aire (BOE 206/2014, publicado el 25 de agosto)

El Real Decreto 678/2014 modifica la disposición transitoria única del Real Decreto 102/2011 relativo a la mejora de la calidad del aire. La modificación introducida supone el aumento del límite máximo de concentración media en veinticuatro horas de sulfuro de carbono, de 10 microgramos por metro cúbico hasta los 70 microgramos por metro cúbico.

Andalucía. Unidad de mercado y medio ambiente

Decreto-ley 5/2014, de 22 de abril, de medidas normativas para reducir trabas administrativas para empresas (BOJA 82/2014, publicado el 30 de abril)

El Decreto-ley 5/2014 tiene como principal finalidad adaptar la normativa andaluza a la Ley 20/2013 de garantía de la unidad de mercado.

Por un lado, prevé una reserva de ley para el establecimiento de regímenes de autorización para el acceso a las actividades económicas y su ejercicio. Por otro lado, reduce el número de actividades actualmente sujetas al régimen de autorización y las somete al de declaración responsable, comunicación previa o libre acceso. La norma determina qué actividades habrán de seguir bajo el régimen de autorización.

Se regula asimismo el concepto de «actividades económicas inocuas», en referencia a un conjunto de actividades respecto de las cuales la intervención administrativa municipal habrá de ser mínima, y la puesta en marcha de la «Iniciativa @mprende+» para facilitar la creación de empresas de forma rápida y gratuita mediante la financiación de gastos notariales y de registro mercantil.

Comunidad Valenciana. Calidad y control ambiental de actividades

Ley 6/2014, de 25 de julio, de prevención, calidad y control ambiental de actividades en la Comunidad Valenciana (BOCV 7329/2012, publicado el 31 de julio)

La Ley 6/2014 tiene como finalidad renovar la regulación sobre el régimen jurídico al que se someten las actividades con posible incidencia ambiental. El principal objetivo de la norma es reducir y simplificar los trámites administrativos exigibles para el funcionamiento de actividades económicas, sin mermar con ello la adecuada protección del medio ambiente. Para ello, introduce algunas novedades que merece la pena destacar.

En primer lugar, la Ley 6/2014 determina que el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio no está sujeto a régimen de autorización previa, salvo cuando esté justificado por un interés imperioso de protección del medio ambiente. En consecuencia, se limita la autorización ambiental integrada a los proyectos con importantes repercusiones sobre el medio ambiente, sometiéndose el resto a licencia ambiental.

En segundo lugar, se regula íntegramente el procedimiento de concesión de la licencia ambiental, cuya tramitación y resolución compete a los ayuntamientos. Se establece en el Anexo II la relación de actividades sujetas a licencia ambiental.

Se regula también un nuevo régimen de declaración responsable ambiental o de comunicación de actividades inocuas para aquellas instalaciones con escasa o nula incidencia ambiental. Se aplicará comunicación para las actividades que cumplan todos los criterios del Anexo III y la declaración responsable en caso de que se incumpla alguno de ellos. La declaración responsable o comunicación de actividad deberá ir acompañada en todo caso de una certificación de la adecuación de la instalación o actividad que va a desarrollarse a los requisitos normativos sectoriales que resulten de aplicación.

Por su parte, y para actividades proyectadas en suelo no urbanizable, se exige disponer de declaración de interés comunitario o licencia urbanística municipal antes de solicitar la autorización o licencia ambiental.

Por otro lado, se coordinan los procedimientos de autorización ambiental integrada y licencia ambiental con el procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

Se reconoce el derecho de acceso a la información ambiental, el uso preferente de medios telemáticos en las relaciones interadministrativas y de la ciudadanía con la Administración y la

inexigibilidad de la presentación de originales, copias compulsadas o traducciones juradas, salvo exigencia normativa comunitaria o de orden público.

Finalmente, se excluye expresamente del ámbito de aplicación de la Ley a los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos abiertos a la pública concurrencia, que se sujetarán a lo dispuesto en su normativa específica.

Cataluña. Seguridad industrial

Ley 9/2014, de 31 de julio, de la seguridad industrial de los establecimientos, las instalaciones y los productos (DOGC 6679/2014, publicado el 5 de agosto)

La Ley 9/2014 tiene como objetivo armonizar la normativa autonómica catalana en materia de seguridad industrial con la normativa europea. Para ello, deroga la Ley 12/2008, hasta entonces vigente, e introduce las siguientes novedades más significativas:

Se sustituye la autorización de los organismos de control por la declaración responsable.

Se simplifican los requisitos para actuar como organismo de control. En primer lugar, se eliminan los requisitos que ya se verifican en el proceso de acreditación de competencia técnica. En segundo lugar, se elimina la exigencia de disponer de un número mínimo de oficinas o de dependencias de atención al público.

Finalmente, y en el ámbito de la seguridad industrial, se introducen una serie de medidas de simplificación administrativa y de reducción de cargas burocráticas.

2 · JURISPRUDENCIA

Fracking. Competencias de las CCAA

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 24 de junio de 2014 (Recurso de inconstitucionalidad n.º 498-2014)

La sentencia objeto de análisis enjuicia la constitucionalidad de la Ley cántabra 1/2013 por la que se regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria de la fractura hidráulica como técnica de extracción e investigación de gas no convencional. En síntesis, el Tribunal Constitucional concluye que el establecimiento de la regulación básica correspondiente a las actividades de explotación, investigación y explotación de hidrocarburos es competencia del Estado, por lo que las comunidades autónomas no pueden prohibir de forma unilateral y general el uso de la técnica de la fractura hidráulica o *fracking* (que no deja de ser una técnica de investigación y explotación de hidrocarburos) en su territorio.

La sentencia recuerda que, corresponde al Estado la competencia para regular la ordenación del sector energético, y dentro de este, el subsector gasístico, mediante la aprobación de la legislación básica. Corresponde a las comunidades autónomas, por su parte, la competencia ejecutiva y de desarrollo normativo, respetando en todo caso las bases establecidas por el Estado en esa normativa básica.

La sentencia considera acreditado que la Ley estatal 17/2013 para la garantía del suministro e incremento de la competencia en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, en la que se contempla la técnica del *fracking*, tanto en su aspecto formal como material, tiene carácter básico por resultar necesaria para preservar la garantía en materia energética, así como por su incidencia para el desarrollo de la actividad económica del país, y, por tanto, para la ordenación general de la economía.

Así, concluye la sentencia analizada que la contradicción que existe entre la normativa básica estatal y la Ley cántabra 1/2013 impugnada resulta radical e insalvable, y declara la inconstitucionalidad de ésta última por invadir competencias exclusivas del Estado.

Encaje de los PORN en el planeamiento urbanístico

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla de 17 de febrero de 2014 (Recurso n.º 167/2011)

El Decreto impugnado en el citado recurso reservaba a los Planes de Ordenación de Recursos Naturales (PORN) la regulación de la zonificación y usos del suelo de cada parque natural y esta-

blecía que los municipios afectados por un PORN estaban habilitados para regular los parámetros de edificación y características constructivas en el ámbito geográfico de aplicación de los PORN.

Sin embargo, la sentencia establece que los PORN se aplicarán de forma preferente hasta que el planeamiento urbanístico se adapte en este ámbito a las disposiciones del PORN. Una vez adaptado, será el planeamiento urbanístico el que se aplicará de manera prioritaria, quedando el PORN ineficaz, que no derogado a ese respecto.

Prospecciones petrolíferas

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2014 (Recurso n.º 353/2012)

El TS desestima un recurso contra una serie de permisos de investigación de hidrocarburos en aguas territoriales españolas.

Entre otras cuestiones, el TS basa su pronunciamiento en que no hay infracción de la Ley 9/2006, sobre evaluación de efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, al considerar que no era preceptiva en ese caso concreto una evaluación ambiental estratégica previa al acto autorizador porque se trataba de un proyecto específico de investigación de hidrocarburos, circunscrito a unas coordenadas geográficas y con una duración temporal determinada.

Además, el TS no aprecia consecuencia invalidante en los permisos por el hecho de que la zona afectada por las prospecciones petrolíferas pueda aspirar a ser calificada como Lugar de Importancia Comunitaria (LIC).

Tributos medioambientales

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de febrero de 2014 (recurso n.º 7215/2010)

Se interpone recurso contencioso-administrativo contra la Orden de 7 de enero de 2010, que aprueba el modelo de autoliquidación del canon eólico creado por la Ley 8/2009 por la que se regula el aprovechamiento eólico de Galicia y se crea el canon eólico de Galicia y el Fondo de Compensación Ambiental (la «Ley 8/2009»). El recurso considera que el canon es contrario al artículo 6.3 de la LOFCA y a la doctrina del Tribunal Constitucional, ya que existiría una duplicidad entre el hecho imponible del canon eólico y el de otros impuestos que establece la Ley reguladora de las Haciendas Locales.

La sentencia declara que no hay dudas sobre la diferencia entre los hechos imposables gravados por el canon eólico y por el IBI, en la medida en que este último grava la titularidad o derechos reales sobre inmuebles, mientras que el primero se refiere a la actividad de producción de energía mediante aerogeneradores.

Más complejo es el análisis respecto del IAE. Para determinar si se produce una duplicidad entre ambos tributos, el Tribunal analiza la naturaleza y contenido material de uno y otro. Así, la sentencia declara que no se pueden inferir del articulado de la Ley 8/2009 indicios suficientes que permitan afirmar que la estructura del canon eólico obedece efectivamente a una finalidad ambiental o extrafiscal. Todo ello porque tanto el hecho imponible como la base imponible parecen determinarse en función del ejercicio de la actividad de producción de energía (lo que coincidiría con el método de cálculo de la base imponible del IAE, que persigue un objetivo puramente fiscal). Además, según la sentencia, la Ley 8/2009 expresa de forma muy ambigua su supuesta finalidad protectora del medioambiente.

En vista de lo anterior, la sentencia analiza si la administración autonómica ha realizado alguna actividad en relación con los ingresos recaudados por el canon eólico que demuestre la persecución de un objetivo medioambiental. En este sentido, considera que la creación del Fondo de Compensación Ambiental por la propia Ley 8/2009, junto con la financiación de distintos proyectos medioambientales por parte de esa administración autonómica, suponen la efectiva ejecución de medidas de protección medioambiental, con lo que concluye el Alto Tribunal que no existe duplicidad impositiva entre ambos tributos por obedecer estos a finalidades distintas (uno, el IBI, puramente fiscal, y el otro, el canon eólico, medioambiental). A la luz de lo anterior, la sentencia desestima el recurso interpuesto contra la referida Orden.

MERCANTIL*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

— *Reglamento Delegado 528/2014/UE de la Comisión, de 12 de marzo de 2014, por el que se completa el Reglamento 575/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación para el riesgo distinto de delta de las opciones en el método estándar del riesgo de mercado (DOUE de 20 de mayo de 2014)*

— *Directiva 2014/56/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas (DOUE de 27 de mayo de 2014)*

— *Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 12 de junio de 2014)*

— *Reglamento de ejecución (UE) 591/2014 de la Comisión, de 3 de junio de 2014, relativo a la prórroga de los períodos transitorios relacionados con los requisitos de fondos propios por exposiciones frente a entidades de contrapartida central indicadas en el Reglamento (UE) n.º 575/2013 y el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 4 de junio de 2014)*

— *Reglamento (UE) 909/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, sobre la mejora de la liquidación de valores en la Unión Europea y los depositarios centrales de valores y por el que se modifican las Directivas 98/26/CE y 2014/65/UE y el Reglamento (UE) n.º 236/2012 (DOUE de 28 de agosto de 2014)*

— *Decisión del Banco Central Europeo, de 13 de agosto de 2014, que regula los criterios de identificación de TARGET2 como sistema de pago de importancia sistémica de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 795/2014 sobre los requisitos de vigilancia de los sistemas de pago de importancia sistémica (DOUE de 20 de agosto de 2014)*

— *Reglamento de ejecución 926/2014 de la Comisión, de 27 de agosto de 2014, por el que se establecen los modelos de formularios, plantillas y procedimientos relativos a las notificaciones para ejercer el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios con arreglo a lo dispuesto en los artículos 35.6, 36.6 y 39.5 de la Directiva 2013/36, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión (DOUE de 28 de agosto de 2014)*

* Esta sección ha sido elaborada por Javier Tortuero, Clara Muñoz, Leonor de Osma, Ricardo Lecaro, Joana Torres Ereño, Joana Mota, Helder Frias, Rita Themido y Miguel Stokes, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

Mercados de Instrumentos Financieros

— *Directiva 2014/91/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, que actualiza la Directiva 2009/65, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) teniendo en cuenta la evolución del mercado y la experiencia adquirida hasta ahora por los participantes en el mercado y los supervisores y, en particular, para resolver las divergencias entre las disposiciones nacionales en lo que atañe a las funciones y la responsabilidad de los depositarios, la política de remuneración y las sanciones (DOUE de 28 de agosto de 2014)*

— *Reglamento de ejecución (UE) 364/2014 de la Comisión, de 11 de septiembre de 2014, por el que se establecen las normas sobre las condiciones generales para los siguientes instrumentos financieros: (i) un préstamo de cartera con riesgos compartidos; (ii) una garantía de cartera con un límite máximo; y (iii) un préstamo para renovación (DOUE de 12 de septiembre de 2014)*

Directiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014 (JOUE L 173/349, de 12 de junho de 2014)

A presente diretiva tem por objetivo abranger as empresas que prestam regularmente serviços de investimento e/ou exercem regularmente atividades de investimento a título profissional. O seu âmbito de aplicação não deverá, portanto, incluir as pessoas que exercem uma atividade profissional diferente.

A aprovação da presente diretiva resulta da necessidade sentida de se estabelecer um regime regulamentar completo que regule a realização de transações em instrumentos financeiros, independentemente dos métodos de negociação utilizados para a sua conclusão, por forma a garantir uma elevada qualidade de execução das transações dos investidores e apoiar a integridade e a eficiência global do sistema financeiro.

De acordo com a Diretiva, todas as plataformas de negociação, nomeadamente os mercados regulamentados, os sistemas de negociação multilateral (MTF, multilateral trading facilities) e os OTF (organised trading facilities), deverão estabelecer regras transparentes e não discriminatórias em matéria de acesso ao sistema. No entanto, apesar de os mercados regulamentados e os MTF deverem continuar a estar sujeitos a requisitos semelhantes relativamente a quem podem admitir como membros ou participantes, os OTF deverão poder determinar e limitar o acesso com base, nomeadamente, no papel e obrigações que têm relativamente aos seus clientes. Para esse efeito, as plataformas de negociação deverão ser capazes de especificar os parâmetros que regem o sistema, como a latência mínima, desde que o façam de forma aberta e transparente e que os mesmos não impliquem discriminação por parte do operador da plataforma.

Uma contraparte central (CCP, central counterparty) é definida no Regulamento (UE) n.º 648/2012 como uma pessoa coletiva que se interpõe entre as partes envolvidas em contratos transacionados num ou mais mercados financeiros, que age como comprador perante todos os vendedores e como vendedor perante todos os compradores. As CCP não estão cobertas pelo conceito de OTF, tal como definido na presente diretiva.

Os internalizadores sistemáticos deverão ser definidos como empresas de investimento que, de modo organizado, frequente e sistemático e substancial, negociam por conta própria quando executam ordens de clientes fora de um mercado regulamentado, um MTF ou um OTF. A fim de assegurar a aplicação objetiva e efetiva dessa definição às empresas de investimento, deverá ser tomada em consideração qualquer negociação bilateral realizada com os clientes e deverão ser desenvolvidos critérios a fim de determinar as empresas de investimento que deverão ser registadas como internalizadores sistemáticos. Apesar de as plataformas de negociação serem um sistema em que múltiplas intenções de compra e venda de terceiros interagem no sistema, um internalizador sistemático não deverá ser autorizado a reunir intenções de compra e venda nos mesmos moldes, em termos funcionais, que uma plataforma de negociação.

Para os efeitos da presente diretiva e do Regulamento (UE) n.º 600/2014, que regulam os OTC e os derivados negociados em mercado regulamentado na aceção do Regulamento (UE) n.º 600/2014, as transações que sejam consideradas objetivamente mensuráveis relativamente à capacidade de reduzir riscos relacionados diretamente com a atividade comercial ou a

atividade de financiamento de tesouraria e as atividades intra-grupo, deverão ser consideradas de modo coerente no quadro do Regulamento (UE) n.º 648/2012.

A aplicação da presente diretiva às empresas de investimento e às instituições de crédito quando estas comercializam junto dos clientes depósitos estruturados ou os aconselham em relação a esses depósitos deverá ser feita considerando-se que as mesmas agem como intermediários em relação a esses produtos emitidos pelas instituições de crédito, que podem receber depósitos nos termos da Diretiva 2013/36/UE.

A obrigação de transposição da presente diretiva para o direito nacional deverá limitar-se às disposições que constituem uma alteração de substância em relação às diretivas precedentes.

[Espanña]

Mercado de Valores *Circular 2/2014, de 23 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el ejercicio de diversas opciones regulatorias en materia de solvencia para las empresas de servicios de inversión y sus grupos consolidables (BOE de 28 de junio de 2014)*

Bancario *Real Decreto 410/2014, de 6 de junio, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, y el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se regula la obligación de las instituciones financieras, tanto de suministrar información sobre cuentas financieras, como de identificar, conforme a las normas de diligencia debida, la residencia o, en su caso, la nacionalidad de las personas que ostenten la titularidad o el control de las mismas (BOE de 7 de junio de 2014)*

— *Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (BOE de 27 de junio de 2014)*

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

— *Real Decreto 579/2014, de 4 de julio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyos a los emprendedores y su internacionalización, en materia de cédulas y bonos de internacionalización (BOE de 16 de julio de 2014)*

Societario

Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley de Sociedades de Capital, cuyo fin es mejorar el gobierno corporativo de las empresas (BOCG de 30 de mayo de 2014)

Concursal

Proyecto de Ley por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (procedente del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo) (BOCG de 24 de julio de 2014)

Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal (BOE de 6 de septiembre de 2014)

Véase el comentario a esta norma que se incluye en esta misma sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» (Procesal Civil) de este mismo número de la Revista.

Otras materias

— *Resolución de 28 de abril de 2014, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se actualiza el anexo de la Resolución de 12 de febrero de 2014, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía que se acojan a la línea de financiación directa ICO-CCAA 2012 y al Fondo de Liquidez Autonómico (BOE de 6 de mayo de 2014)*

— *Reglamento de Ejecución (UE) Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo atendiendo a las últimas recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI) (BOE de 6 de mayo de 2014)*

— *Anteproyecto de Ley del Código Mercantil que sustituirá al actual Código de Comercio vigente desde 1885 (Ministerio de Justicia (www.mjusticia.gob.es), publicado el 30 de mayo de 2014)*

— *Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE de 5 de julio de 2014)*

— *Proyecto de Ley de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (procedente del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio) (BOCG de 16 de julio de 2014)*

— *Proyecto de Ley por el que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOCG de 18 de julio de 2014)*

Canarias

— *Ley 5/2014, de 25 de julio, de Fomento y Consolidación del Emprendimiento, el Trabajo Autónomo y las Pymes en la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC de 7 de agosto de 2014)*

Castilla y León

— *Decreto legislativo 2/2014, de 28 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Comercio de Castilla y León (BOCyL de 3 de septiembre de 2014)*

Islas Baleares

— *Resolución del director general de Industria y Energía de 28 de abril de 2014, por la que se dejan sin efecto resoluciones en materia de industria (BOIB de 8 de mayo de 2014)*

País Vasco

— *Decreto 111/2014, de 17 de junio, por el que se desarrolla un programa extraordinario de concesión de avales públicos para la financiación empresarial (BOPV de 2 de julio de 2014)*

— *Decreto 158/2014, de 29 de julio, por el que se establecen ayudas destinadas a la reestructuración y relanzamiento de empresas en crisis (BOPV de 7 de agosto de 2014)*

[Portugal]**Procedimento Cautelar de Suspensão de Deliberação Social**

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 30 de junho de 2014 (Processo n.º 1150/13.9TBBGC-A.P1)

Neste acórdão o TRP foi chamado a pronunciar-se sobre o recurso, por um sócio de uma associação civil, à providência cautelar de suspensão de deliberação social para reagir contra uma decisão da mesa da assembleia geral dessa associação.

A este respeito, veio o TRP esclarecer, dando razão ao apelante, que «efectivamente, o procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais regulado nos artigos 396.º e 397.º do CPCivil apenas pode ser requerido quanto a actos respeitantes a associações ou sociedades (...)» e que, nesta medida, «não é todo e qualquer acto que pode ser objeto de suspensão, mas apenas as deliberações em que os membros da associação ou os sócios da sociedade exprimam a vontade do ente colectivo o que, em regra, fazem numa assembleia (...)».

Em suma, de acordo com este acórdão, o procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais apenas pode incidir sobre deliberações dos sócios de uma sociedade ou dos membros de uma associação, as quais, por regra são tomadas em assembleia geral, não podendo, portanto, ser objeto deste procedimento as deliberações tomadas por outros órgãos (designadamente, direção, conselho fiscal, administração e gerência), as quais exprimem, não a vontade da sociedade ou associação, mas, apenas, a vontade do órgão de que emanam.

Ora, na data em causa não se realizara qualquer reunião da assembleia geral, mas, na verdade, apenas uma reunião da mesa da assembleia geral, cuja decisão é qualificada por este acórdão como «mero acto intercalar (...), componente da deliberação (...) que resultou apenas da votação realizada pelos sócios (...) na assembleia geral (...)».

Por outro lado, nos termos desta decisão do TRP, o deferimento da providência cautelar de suspensão de deliberação social depende da verificação cumulativa dos seguintes requisitos: (i) o requerente tem de ser sócio da sociedade (ou associação) que a tomou; (ii) a deliberação tem de ser contrária à lei ou aos estatutos; e (iii) da execução da deliberação tem de resultar dano apreciável.

Conforme referido neste acórdão, o terceiro requisito tem sido analisado com maior exigência pela doutrina e jurisprudência, de modo a permitir um equilíbrio no funcionamento da sociedade ou associação e no relacionamento desta com os seus sócios.

Por conseguinte, permite-se ao juiz, nos termos do CPC, que não suspenda a deliberação social em causa, «ainda que ilegal ou contrária aos estatutos ou ao contrato se o prejuízo resultante da suspensão for superior ao que pode advir da respectiva execução».

A este propósito, o TRP considerou que não estava verificado o requisito de «dano apreciável», na medida em que o apelante não alegara quaisquer factos concretos que permitissem concluir que a execução da deliberação iria acarretar, «com certeza, ou com uma probabilidade muito forte e séria, um prejuízo apreciável».

Extinção do Fundo de Garantia para a Titularização de Créditos

Decreto-Lei n.º 64/2014, de 7 de maio (DR 87, SÉRIE I, de 7 de maio de 2014)

O presente diploma estabelece as formalidades relativas à extinção e à determinação do destino de aplicação do produto da liquidação do Fundo de Garantia para a Titularização de Créditos («FGTC»), criado pelo Decreto-Lei n.º 188/2002, de 21 de agosto («DL 188/2002»).

Nos termos deste diploma, a extinção do FGTC deve respeitar as formalidades inerentes à boa governação do fundo, devendo os seus participantes dar instruções à entidade gestora para que esta prepare as contas de dissolução e liquidação imediata do FGTC para que possam deliberar a dissolução com liquidação imediata do mesmo.

O saldo positivo resultante da partilha do ativo existente do FGTC deverá ser afeto a iniciativas nacionais de apoio às pequenas e médias empresas.

À exceção do número 3 do artigo 2.º do DL 188/2002 que se mantém em vigor até à publicação do aviso sobre as deliberações acima referidas, o referido diploma foi revogado com efeitos imediatos.

Branqueamento de Capitais e Financiamento do Terrorismo

Aviso do Banco de Portugal n.º 2/2014 (DR 98, SÉRIE II, de 22 de maio de 2014)

Segundo o presente aviso, o Relatório de Prevenção do Branqueamento de Capitais/Financiamento do Terrorismo («RPB») deve ser considerado como um instrumento de supervisão dinâmico e sintonizado com as mutações legislativas e organizacionais que modelam o sistema financeiro e a realidade operativa das instituições. Nesse sentido, entende o Banco de Portugal

que se encontra justificada uma revisão, aperfeiçoamento, adaptação e modificação do Aviso do Banco de Portugal n.º 9/2012, de 29 de maio.

O presente aviso entrou em vigor no dia 23 de maio e as instituições deverão ter iniciado o cumprimento da obrigação de entrega do RPB a partir do dia 31 de agosto de 2014, em conformidade com os requisitos previstos no presente aviso e assim efetuar o reporte referente ao período compreendido entre 1 de junho de 2013 e 31 de maio de 2014.

Supervisão Complementar de Entidades Financeiras de um Conglomerado Financeiro

Decreto-Lei n.º 91/2014, de 20 de junho (DR 117, SÉRIE I, de 20 de junho de 2014)

O presente diploma transpõe parcialmente para a nossa ordem jurídica a Diretiva 2011/89/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de novembro e procede à alteração (i) do Regime Jurídico do Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora aprovado pelo Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de abril e (ii) do Decreto-Lei n.º 145/2006, de 31 de julho («DL 145/2006»).

A principal alteração introduzida no Regime Jurídico do Acesso e Exercício da Atividade Seguradora prende-se com a inclusão de referências a companhias financeiras mistas cuja definição consta do DL 145/2006.

No que concerne às principais alterações introduzidas ao DL 145/2006, estas consistem na alteração de diversas definições constantes do artigo 2.º do diploma e a inclusão das definições de (i) sociedade autorizada a gerir organismos de investimento coletivo em valores mobiliários, (ii) sociedade autorizada a gerir organismos de investimento alternativo, (iii) empresa de resseguros, (iv) controlo e (v) sociedade gestora de participações no setor dos seguros.

Com exceção de determinados critérios para a determinação das autoridades de supervisão consideradas relevantes, o presente diploma entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

Apoio aos Bancos no Contexto da Crise Financeira

Portaria n.º 140/2014, de 8 de junho (DR 129, SÉRIE I, de 8 de julho de 2014)

Na sequência da Comunicação da CE 2013/C 216/01 (a «Comunicação»), foram introduzidas alterações nas regras em matéria de auxílios estatais relativas às medidas de apoio aos bancos no contexto da crise financeira, designadamente passando a ser necessária a apresentação prévia de um plano de reforço de capitais, uma análise aprofundada da qualidade dos ativos e de uma apreciação prospetiva da adequação de fundos próprios.

Por forma a refletir estas alterações e proceder à definição dos procedimentos necessários à execução da Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro («L 63-A/2008»), a presente portaria prevê quais as medidas de reforço de capitais que devem constar do plano de reestruturação, bem como os elementos a ter em consideração na análise aprofundada dos ativos e na apreciação prospetiva da adequação de fundos próprios a apresentar pela instituição conjuntamente com o plano de reforço de capitais.

Procedeu-se ainda à revisão dos critérios de remuneração dos instrumentos financeiros utilizados pelo Estado na recapitalização de instituições de crédito, tendo em consideração o alargamento dos instrumentos admissíveis para o efeito.

Foram ainda adaptadas as regras relativas à remuneração dos membros dos órgãos de administração e fiscalização, alargando-se as restrições remuneratórias aos titulares de cargos de direção de topo das instituições de crédito beneficiárias de uma operação de capitalização.

De acordo com esta portaria, o acesso ao investimento público dependerá da apresentação de um plano de reestruturação, que deve incluir a identificação das metas estruturais para feitos da operação de capitalização e descrição da estratégia de gestão no que se refere ao contributo da instituição de crédito para o financiamento da economia.

De destacar que, no caso de subscrição ou aquisição pelo Estado de ações nos termos da L 63-A/2008, estas conferirão um dividendo prioritário correspondente à participação social do Estado, a retirar do total dos montantes distribuíveis gerados no exercício. Por outro lado, quando a operação de capitalização seja realizada através de outros instrumentos financeiros elegí-

veis para fundos próprios, o valor da remuneração do Estado é fixado por despacho do Ministro das Finanças, sob proposta do Banco de Portugal.

Nos termos deste diploma, considerar-se-á um incumprimento materialmente relevante a não execução das metas estruturais definidas como essenciais ou o não cumprimento das obrigações assumidas pela instituição de crédito suscetível de colocar em sério risco a consecução dos objetivos da operação.

O regime previsto na presente portaria não é aplicável às operações de recapitalização em curso que continuam a reger-se pela Portaria 150-A/2012, de 12 de maio.

Técnicas de Mitigação de Riscos para Contratos de Derivados de Balcão sem Câmaras de Compensação que atuem 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 relativa 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 atuem 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 decorreu 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 intra-grupo, incluindo os critérios que identificam impedimentos práticos e legais à transferência de fundos imediata.

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 visou assegurar que os requisitos de margens são implementados de forma proporcional. Desta forma, a consulta centrou-se em pontos específicos, tais como o impacto em pequenas e médias empresas 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.

Abuso de Mercado

Regulamento (UE) n.º 596/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de abril de 2014 (IOUE L-173/1, de 12 de junho de 2014)

O Regulamento estabelece um quadro regulatório comum em matéria de abuso de informação privilegiada, transmissão ilícita de informação privilegiada e manipulação de mercado (abuso de mercado – conceito que abrange condutas ilícitas nos mercados financeiros, nomeadamente as três formas *supra* mencionadas), bem como medidas para evitar o abuso de mercado, a fim de assegurar a integridade dos mercados financeiros na União e promover a confiança dos investidores nesses mercados.

A característica fundamental do abuso de informação privilegiada consiste na obtenção de um benefício indevido a partir de informação privilegiada em detrimento de terceiros que desconhecem tal informação e, por conseguinte, na fragilização da integridade dos mercados financeiros e da confiança dos investidores. A proibição do abuso de informação privilegiada será

aplicável quando a pessoa que dispõe de informação privilegiada retire um benefício indevido da vantagem obtida com essa informação, realizando com base na mesma operações no mercado de aquisição ou alienação, cancelamento ou alteração, de uma ordem, incluindo sob a forma tentada, por sua conta ou por conta de terceiros, direta ou indiretamente, de instrumentos financeiros a que essa informação diga respeito.

De acordo com o Regulamento, a utilização de informação privilegiada poderá também consistir na negociação de licenças de emissão e dos seus derivados e em licitar nos leilões de licenças de emissão ou outros produtos leiloados que neles se baseiem, realizados em conformidade com o Regulamento (UE) n.º 1031/2010 da Comissão.

Quando uma pessoa coletiva ou singular que disponha de informação privilegiada adquirir ou alienar, ou tentar adquirir ou alienar, por sua conta ou por conta de terceiros, direta ou indiretamente, instrumentos financeiros a que essa informação diga respeito, presume-se que essa pessoa «utilizou essa informação» (a utilização de informação privilegiada pode consistir na aquisição ou alienação de um instrumento financeiro, ou de um produto leiloados com base em licenças de emissão, ou no cancelamento ou alteração de uma ordem, ou na tentativa de adquirir ou alienar um instrumento financeiro ou de cancelar ou alterar uma ordem, por uma pessoa que sabe, ou devia saber, que a informação é informação privilegiada). Esta presunção não prejudica os direitos de defesa.

Uma vez que o abuso de mercado pode ocorrer a nível transfronteiriço e em diferentes mercados, o Regulamento vem exigir às autoridades competentes que cooperem e troquem informações com outras autoridades competentes e reguladoras, bem como com a ESMA, sobretudo no âmbito de atividades de investigação. Quando uma autoridade competente estiver convencida de que existe, ou existiu, abuso de mercado noutro Estado-Membro ou que afeta os instrumentos financeiros negociados noutro Estado-Membro, notifica desse facto a autoridade competente e a ESMA. Nos casos de abuso de mercado com efeitos transfronteiriços, a ESMA deverá poder coordenar a investigação se uma das autoridades competentes envolvidas assim o solicitar.

Para a aplicação do presente Regulamento, os Estados-Membros deverão tomar todas as medidas necessárias para assegurar que, até 3 de julho de 2016, o seu direito nacional cumpre as disposições do presente regulamento relativas às autoridades competentes e às suas competências, às sanções administrativas e outras medidas administrativas, à comunicação de violações e à publicação de decisões.

Mercados de Instrumentos Financeiros

Regulamento (UE) n.º 600/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014 (JOUE L 173/84, de 12 de junho de 2014)

O presente Regulamento, relativo aos mercados de instrumentos financeiros, e que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012, estabelece requisitos uniformes relativos i) à divulgação ao público de dados sobre transações; ii) à divulgação de informações sobre transações às autoridades competentes; iii) à negociação de instrumentos derivados em plataformas organizadas; iv) ao acesso não discriminatório à compensação e ao acesso não discriminatório à negociação de índices de referência; v) a poderes de intervenção das autoridades competentes, da ESMA e da EBA sobre produtos, e poderes da ESMA em matéria de controlos de gestão de posições e de limites às posições, e vi) à prestação de serviços de investimento ou exercício de atividades de investimento por empresas de países terceiros com ou sem sucursais, na sequência de uma decisão de equivalência aplicável adotada pela Comissão, com ou sem o estabelecimento de sucursais.

O presente regulamento é aplicável às empresas de investimento, autorizadas nos termos da Diretiva 2014/65/UE e às instituições de crédito autorizadas nos termos da Diretiva 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho que prestem serviços de investimento e/ou exerçam atividades de investimento e aos operadores de mercado, incluindo as plataformas de negociação que operem.

A Comissão apresenta, até 1 de junho de 2015, ao Parlamento Europeu e ao Conselho um relatório que avalia o tratamento das transações dos bancos centrais de países terceiros, os quais incluem o Banco de Compensações Internacionais. O relatório inclui uma análise das suas atribuições legais e dos seus volumes de transações na União. O relatório i) identifica as

disposições aplicáveis nos países terceiros relevantes relativos à divulgação regulamentar das transações do banco central, incluindo as transações efetuadas pelos membros do Sistema Europeu de Bancos Centrais nesses países terceiros, e ii) avalia o potencial impacto que os requisitos de divulgação regulamentar na União podem ter sobre as transações dos bancos centrais dos países terceiros.

2 · JURISPRUDENCIA

Acuerdo de exclusión de socio con participación igual o superior al 25 % en el capital social

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 17 de enero de 2014

Se debate sobre la interpretación que debe darse al artículo 99.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (hoy refundido en el artículo 352.2 de la Ley de Sociedades de Capital) en la parte que dispone, en lo que aquí interesa, que «*la exclusión de un socio con participación igual o superior al 25 % en el capital social requerirá, además del acuerdo de la Junta General, resolución judicial firme, siempre que el socio no se conforme con la exclusión acordada*».

Según la Sala, el requisito para la eficacia inmediata del acuerdo de exclusión que se desprende de la referida norma no es de naturaleza negativa (ausencia de expresión de disconformidad), sino positiva (presencia de declaración de conformidad). Es decir, el socio deberá expresar su conformidad con la exclusión para que el correspondiente acuerdo resulte válido. En este sentido, aunque el socio hubiese incurrido en la conducta de guardar absoluto mutismo en relación con el acuerdo de exclusión, esa actitud silente no podría haber sido considerada como equivalente a una declaración afirmativa y rotunda de conformidad con el acuerdo.

En el caso objeto de la sentencia, no consta en el acuerdo de exclusión la declaración de conformidad del socio afectado (el cual es titular del 50 % del capital social). Por lo tanto, la Audiencia Provincial considera que el acuerdo es nulo y carece por completo de aptitud para privar de la condición de socio y de la titularidad del capital social al socio que se pretende excluir.

Certificación de los acuerdos del Consejo de Administración

Resolución de 26 de marzo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 29 de abril de 2014)

Se discute si es posible la inscripción de una certificación de acuerdos del Consejo de Administración de una sociedad cuando no exista constancia en la certificación del nombre de los consejeros asistentes a la reunión.

La DGRN entiende que el artículo 97.4 del Reglamento del Registro Mercantil, al exigir la constancia de los nombres de los miembros del órgano colegiado de administración que asistieron a la reunión, se está refiriendo al contenido del acta respectiva, y que, en virtud de los artículos 107 y 112 del Reglamento del Registro Mercantil, aquellos datos y circunstancias que afecten a la validez y regularidad del acta han de transcribirse en la certificación. La validez y regularidad del acta presupone que los miembros del órgano colegiado de administración que asistieron a la reunión correspondiente —al menos los que forman el quórum de asistencia mínimo— han de tener sus cargos vigentes y debidamente inscritos en el Registro Mercantil, y estos extremos solo pueden ser calificados por el Registrador si en la certificación protocolizada se expresan, para su contraste con el contenido de los libros del Registro Mercantil, los nombres de los consejeros concurrentes a la reunión.

Fusión por absorción. Elaboración y protocolización del balance

Resolución de 21 de abril de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 30 de mayo de 2014)

Se discute (entre otras cuestiones) si, a la luz del artículo 45 de la Ley de Modificaciones Estructurales, resulta necesario que el balance de fusión se incorpore en la escritura pública de fusión.

Según el artículo 45 de la Ley de Modificaciones Estructurales, «*las sociedades que se fusionan elevarán el acuerdo de fusión adoptado a escritura pública, a la cual se incorporará el balance de fusión de aquéllas*». La DGRN entiende que, en el caso de que el balance de fusión sea el corres-

pondiente a las últimas cuentas aprobadas por la Junta General ordinaria y se encuentre depositado en el Registro Mercantil, no resulta razonable que una interpretación literal del artículo 45 de la Ley de Modificaciones Estructurales lleve al resultado de que su incorporación a la escritura pública pueda erigirse en requisito obstativo. No existe interés protegible que justifique dicha medida.

No obstante, en el caso de que el balance de fusión no coincida con el balance del último del ejercicio (de acuerdo con el artículo 36.1, segundo párrafo, de la Ley de Modificaciones Estructurales) o, coincidiendo con dicho balance, haya sufrido alteraciones de valoración que, en su caso, han de ser debidamente auditadas (*vid.* artículos 36.2 y 37 de la misma Ley), la situación es completamente distinta, ya que en tal caso la base fáctica sobre la que se lleva a cabo el negocio jurídico ha cambiado. Cobra así todo su sentido que el balance se incorpore a la escritura pública a fin de que comprenda adecuadamente la totalidad de elementos que integran el negocio jurídico que documenta y del que se predicen los efectos de la autorización notarial.

Escisión parcial. Simplificación de requisitos

Resolución de 8 de mayo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 3 de julio de 2014)

Se impugna la denegación de inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una sociedad de responsabilidad limitada en virtud de los cuales esta se escinde parcialmente con traspaso del patrimonio inmobiliario a otra sociedad de responsabilidad limitada de nueva creación. El socio único de ambas sociedades es la misma persona.

Se plantea si, a la luz del artículo 78 *bis* de la Ley de Modificaciones Estructurales, debe aprobarse e incorporarse el balance de la sociedad escindida a la escritura pública de escisión. A este respecto, el registrador considera que sí es necesario que se apruebe dicho balance y se incorpore a la escritura, ya que el artículo 78 *bis* de la referida ley únicamente exime de dicha obligación en el supuesto en que exista pluralidad de sociedades beneficiarias de la escisión.

Por el contrario, la DGRN entiende que, de acuerdo con una interpretación literal del precepto en cuestión, el ámbito de aplicación del artículo 78 *bis* de la Ley de Modificaciones Estructurales no puede restringirse al supuesto de escisión con creación de pluralidad de sociedades beneficiarias. El uso del plural abarca gramaticalmente tanto el supuesto de creación de una sola sociedad beneficiaria como el de creación varias sociedades, de suerte que con tal número lingüístico se pretende incluir tanto la escisión total con extinción de la sociedad escindida y creación de varias beneficiarias como el de escisión parcial con subsistencia de la escindida y creación de una o varias beneficiarias.

Desde el punto de vista de la finalidad de la norma, habida cuenta de la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias por las deudas de la escindida y la de esta en el caso de escisión parcial, el legislador considera que en los supuestos anteriormente referidos puede prescindirse del balance en tanto en cuanto no queda comprometida la solvencia de las sociedades de nueva creación frente a los acreedores de la sociedad escindida. Esta característica es apreciable tanto en el caso de pluralidad de sociedades beneficiarias de nueva creación como en el de una sola sociedad beneficiaria constituida a tal efecto.

Por otra parte, se plantea cuál debe ser la fecha de efectos contables de una escisión. Según el acuerdo de escisión, tales efectos contables se deben entender producidos desde la fecha de otorgamiento de la escritura pública. El registrador considera que la fecha de la retroacción contable solo puede ser la fecha de inicio del ejercicio si se trata de una operación «intragrupa» o la fecha de toma de control efectivo en el caso de escisiones «no intragrupa». Según la DGRN, el hecho de que una misma persona sea el socio único, tanto de la sociedad escindida como de la beneficiaria que se crea, no implica necesariamente que pueda calificarse a efectos contables como una operación «intragrupa». Por lo tanto, la cuestión ha de resolverse presuponiendo que se trata de una operación «no intragrupa». Para ello, el centro directivo resuelve la cuestión planteada mediante la aplicación de la norma de registro y de valoración contable 19.^a del Plan General de Contabilidad, según la cual se podrá fijar una fecha de efectos contables coincidente con la del otorgamiento de la escritura, sin perjuicio de que de ello no se deriven los efectos de eficacia frente a terceros, que solo pueden alcanzarse mediante la inscripción registral.

Fusión por absorción. Comunicación del derecho de oposición de los acreedores *Resolución de 9 de mayo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 3 de julio de 2014)*

El Registrador deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de fusión por absorción debido, entre otros motivos, a que debe especificarse la fecha y modo de llevar a cabo las notificaciones a los acreedores sociales, a los efectos del ejercicio de su derecho de oposición al amparo de los artículos 43.2 y 44.1 de la Ley de Modificaciones Estructurales. Resulta de la documentación presentada que el acuerdo de fusión ha sido notificado individualmente a los acreedores; no consta, sin embargo, ni la fecha de la notificación ni el medio empleado.

La DGRN considera que la obligación de publicar el acuerdo de fusión (en el que se haga constar el derecho de oposición que corresponde a los acreedores) o, alternativamente, de comunicar individualmente el acuerdo de fusión a los acreedores, tiene una gran trascendencia, en la medida en que su incumplimiento puede dar lugar a la impugnación de la fusión por contravención de las previsiones legales. En este sentido, es evidente que el documento presentado debe recoger debidamente los particulares que permitan al registrador calificar este extremo.

En consecuencia, el documento debe recoger la manifestación relativa tanto al modo concreto en que se ha llevado a cabo la comunicación individual en términos que respete las exigencias previstas en el artículo 43.2 de la Ley de Modificaciones Estructurales y el derecho de información consagrado en el artículo 43.1 de dicha ley, como la fecha en que se ha llevado a cabo la última comunicación; siendo este el único modo de que el Registrador pueda verificar la preceptiva manifestación relativa a la inexistencia de oposición por parte de los acreedores.

Cláusula estatutaria: retribución de administradores *Resolución de 12 de mayo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 11 de julio de 2014)*

Se discute si es inscribible en el Registro Mercantil una cláusula de los estatutos que hace referencia a la retribución de los administradores por la realización de servicios distintos a los inherentes a su condición, cuya redacción, conforme al acuerdo, es la siguiente: «*El cargo de administrador será gratuito, independientemente del sueldo que le corresponda en función del trabajo que desarrolle en la entidad. Independientemente de la retribución que le pudiera corresponder al órgano de administración por la realización de las funciones propias del cargo; por la prestación de servicios o trabajos a la sociedad distintos de los que le correspondan al órgano de administración, percibirá una retribución en función de dichos servicios o trabajos, que será aprobada en la Junta General (...)*».

La DGRN estima el recurso al entender que, al haberse determinado que el cargo de administrador es gratuito e inscrita dicha circunstancia, nada obsta a que en el ámbito de prestación de servicios de los administradores al que se refiere el artículo 220 de la Ley de Sociedades de Capital, los estatutos establezcan determinadas condiciones para el ejercicio de las facultades que la ley atribuye a la Junta General. Una previsión estatutaria como la analizada no solo es conforme a la ley y a los principios configuradores de la forma social escogida, sino que garantiza al titular del contrato de arrendamiento de servicios o de la relación laboral ordinaria que, salvo acuerdo en contrario de la Junta General, su remuneración se adecuará anualmente a la del sector del que forme parte.

Retribución de los administradores *Resolución de 2 de junio de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 25 de julio 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.

Renuncia al cargo del administrador único. Convocatoria previa de Junta

Resolución de 5 de junio de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 25 de julio de 2014)

Se plantea si es inscribible la renuncia que hace el administrador único de una sociedad de responsabilidad limitada sin que se lleve a cabo la previa convocatoria de la Junta para la designación del nuevo órgano de administración. La recurrente alega que no existe precepto legal que limite la libertad de los administradores de renunciar a su cargo y que tampoco existe norma de la cual se derive la obligatoriedad de convocar la Junta.

La DGRN desestima el recurso con base en la doctrina consolidada de la DGRN que sostiene que, si la sociedad se queda en situación de no poder ser debidamente administrada como consecuencia de la renuncia del administrador y no existe la posibilidad de que otro administrador con cargo vigente lleve a cabo la oportuna convocatoria de Junta para la provisión de vacantes en virtud del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital, no procede la inscripción de la renuncia sin que se acredite que el renunciante ha llevado a cabo la oportuna convocatoria de Junta con tal finalidad.

Obligatoriedad de la previsión estatutaria del concreto sistema de remuneración de administradores en la sociedad de responsabilidad limitada

Resolución de 17 de junio de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 29 de julio de 2014)

Se plantea la validez de una cláusula estatutaria de una sociedad de responsabilidad limitada que determina que el cargo de administrador será retribuido y que la concreta remuneración se determinará anualmente por la Junta General. La parte recurrente alega que el precepto estatutario modificado ha sido redactado de conformidad con el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital.

La DGRN desestima el recurso al entender que el concreto sistema de retribución de los administradores debe estar claramente establecido en los estatutos, determinando si dicho sistema consiste en una participación en beneficios (con los límites legalmente establecidos), en dietas, en un sueldo mensual o anual, en seguros de vida, en planes de pensiones, en la utilización en beneficio propio de bienes sociales, en entrega de acciones o derechos de opción sobre ellas o en cualquier otro sistema que se desee establecer. No puede dejarse al arbitrio de la Junta General la elección o la opción entre distintos sistemas retributivos, que pueden ser cumulativos pero no alternativos.

Acceso al registro de una sentencia

Resolución de 30 de junio de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 29 de julio de 2014)

La registradora entiende que no procede la inscripción de una sentencia firme por medio de la cual se declara la nulidad de los acuerdos adoptados por una sociedad porque la Audiencia ni ordena la cancelación del registro correspondiente ni hace previsión alguna respecto de la cancelación de eventuales asientos posteriores.

Según la DGRN, dicho criterio no puede mantenerse, ya que la sentencia firme presentada afirma con rotundidad la declaración de nulidad de los acuerdos, sin que exista duda razonable sobre cuál es el alcance esencial de la sentencia y sobre cuál es el asiento afectado. Si existen asientos posteriores que pueden quedar afectados por la declaración de nulidad y respecto de los que la sentencia nada dice, corresponderá a quienes en ello tienen interés instar la oportuna acción judicial a fin de que por medio de la correspondiente aclaración se determine la posible eficacia de la sentencia respecto de dichos asientos.

Adicionalmente, a modo de *obiter dicta*, la DGRN establece que no cabe duda de que la categoría civil de la nulidad radical y absoluta y sus consecuencias jurídicas no son de aplicación directa e inmediata al ámbito societario, en el que se tienen en cuenta otros principios susceptibles

de protección que conllevan la imposición de distintas consecuencias jurídicas. En el ámbito mercantil, el principio de protección del tráfico impone que el nacimiento de los actos societarios y su nulidad estén asociados a su publicación, de modo que la posición de los terceros sea respetada y la protección que el ordenamiento proclama en el artículo 20 del Código de Comercio no resulte ilusoria.

Facultades del administrador concursal para la cancelación de la inscripción de un poder otorgado por la sociedad concursada

Resolución de 24 de julio de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 10 de septiembre de 2014)

Se discute si es necesaria la intervención del administrador concursal para la cancelación de una inscripción de poder en el Registro Mercantil, habida cuenta de la situación de concurso de la sociedad. El recurrente alega que, cuando la administración societaria se encuentra en régimen de intervención, conserva las facultades distintas a las referidas en el artículo 40.6 de la Ley Concursal, esto es, aquellas que no se refieran a la administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso. Considera que la revocación del poder es un acto ajeno a la intervención de la administración concursal, pues no está comprendido en las facultades patrimoniales afectadas por el concurso.

La DGRN sostiene que las relaciones de representación se encuentran dentro del conjunto de relaciones de naturaleza patrimonial del deudor. Es por ello por lo que la restricción derivada de la intervención o suspensión afecta tanto a los órganos titulares del poder de representación, como a los representantes voluntarios, tal y como se establece en el artículo 48.3 de la Ley Concursal. Asimismo, corresponde a la administración concursal el ejercicio de acciones de responsabilidad contra los administradores sociales, así como la solicitud, como medida cautelar, del embargo de bienes y derechos de sus administradores, liquidadores y apoderados generales de la sociedad y de quienes hubieran tenido tal condición en los dos años anteriores a la declaración de concurso (*vid.* artículos 48 *quáter* y 48 *ter* de la Ley Concursal).

De acuerdo con lo anterior, la DGRN desestima el recurso al entender que la administración concursal está obligada a conocer y ejercer un control sobre los apoderamientos vigentes y también sobre los no vigentes comprendidos dentro del plazo previsto en la ley. En definitiva, el titular del poder de representación de la sociedad no puede ejercer las facultades inherentes a su poder para otorgarlo a terceros sin la intervención del administrador concursal, pero tampoco para revocarlo. De lo contrario, la administración concursal quedaría privada del conocimiento de la existencia de una relación representativa y, en consecuencia, frustrada su obligación de exigir, en su caso, la responsabilidad que corresponda en beneficio de los acreedores sociales.

Depósito de cuentas. Informe del auditor preceptivo

Resolución de 25 de julio de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 10 de septiembre de 2014)

Se deniega el depósito de las cuentas anuales de una sociedad de responsabilidad limitada al entender el registrador que no es posible presentar las cuentas anuales sin el informe del auditor de cuentas, cuando este haya sido nombrado como consecuencia del ejercicio por un socio del derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. La parte recurrente alega que el informe de verificación no es necesario, pues, por un lado, el socio que instó el nombramiento de auditor ha renunciado a su derecho y, por otro, ha perdido la condición de socio como consecuencia de determinados pactos.

La DGRN entiende que es posible tanto desistir del procedimiento de nombramiento de auditor como renunciar al derecho una vez nombrado. Sin embargo, para poder proceder al depósito de las cuentas sin acompañar el informe exigido por el artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital, la sociedad debe destruir la presunción que deriva de la inscripción de nombramiento de auditor en el Registro Mercantil. Para ello, debe dirigirse al registrador mercantil por los trámites previstos en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, solicitando la revocación del nombramiento de auditor que en su día se llevó a cabo y la pertinente cancelación de los asientos que en su día se practicaron y acreditando debidamente que el interés protegible ha decaído. La DGRN desestima el recurso, pues no se acredita que se haya destruido la presunción del nombramiento vigente.

**Consejo de
Administración de
sociedad anónima.
Cooptación**

Resolución de 31 de julio de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 23 de septiembre de 2014)

Se discute si es válido el acuerdo del Consejo de Administración de una sociedad anónima (relativo a la designación de administradores por el sistema de cooptación) cuando el número de componentes que toma la decisión es inferior a la mayoría. El órgano de administración de la sociedad tiene seis miembros, de los cuales, en la fecha de adopción del acuerdo, han renunciado tres. El registrador considera que el acuerdo de los tres consejeros restantes no puede inscribirse, ya que el artículo 247.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que para la válida constitución del Consejo de Administración se necesita que concurren a la reunión «la mayoría de los vocales».

La recurrente alega que, cuando el citado artículo hace referencia a la mayoría de los vocales, lo hace con respecto a los miembros con cargos vigentes que forman parte del Consejo en el momento del acuerdo, con exclusión de aquellos miembros de los cuales conste su renuncia.

La DGRN considera que dicho criterio no puede mantenerse. Como resulta del precepto legal, la mayoría del 247.2 solo puede referirse al número de consejeros previsto por los estatutos o determinado por el acuerdo de nombramiento de administradores, sin que sea posible admitir excepciones a esta regla general.

PROCESAL CIVIL*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal

Modificación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

El Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal («RDL») ha sido publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el día 6 de septiembre de 2014 y ha entrado en vigor el día siguiente. Tiene por objeto principal modificar la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («Ley Concursal»), y aprovecha el trámite para modificar preceptos de otras legislaciones. Sin embargo, algunos de sus preceptos no serán de aplicación a procedimientos concursales ya iniciados, según la fase en la que se encuentren en la fecha de entrada en vigor de este RDL.

Las reformas introducidas en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («Ley Concursal») por el RDL tienen por objeto el mantenimiento de la actividad empresarial de las empresas en concurso, lo que se pretende conseguir: (i) dotando de la flexibilidad necesaria a la figura del convenio concursal, eliminando ciertos obstáculos y rigideces que, hasta ahora, no evitaba que las empresas viables se viesan abocadas a la liquidación; o (ii) para el caso de que la liquidación sea inevitable, facilitando la transmisión de cualquiera de las unidades productivas del concursado, ya sea de la totalidad de su negocio, o de alguna de sus ramas de actividad.

En particular, el RDL se centra, por un lado, en la extensión de las medidas alternativas para reestructurar el pasivo previstas para los acuerdos de refinanciación a las que se refiere el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo («RDL 4/2014»), al convenio concursal y, por otro, en aclarar las circunstancias en las que se llevará a cabo la transmisión de cualquiera de las unidades productivas del concursado en la fase de liquidación, en especial mediante la adopción de un régimen de subrogación obligatoria —a opción, del adquirente de la unidad productiva— en los contratos, licencias y autorizaciones del concursado, tanto los de ámbito comercial como los de ámbito administrativo.

En síntesis, las principales modificaciones y novedades introducidas por el Real Decreto consisten en:

(i) Convenio concursal: las novedades introducidas por el RDL en materia de convenios concursales se centran en las siguientes:

— *Valoración de las garantías*: el RDL introduce en el ámbito concursal el concepto de «valor de la garantía» con alcance exclusivamente preconcursal por estar referido a la homologación de acuerdos de refinanciación. El valor de la garantía real de cada acreedor, que no podrá ser inferior a cero ni superior al importe del crédito garantizado, se determinará de conformidad con la siguiente fórmula:

$$\frac{9}{10} \text{ del valor razonable del activo objeto de la garantía} \quad - \quad \text{deudas con garantía preferente sobre el activo (p. ej., otras garantías reales de rango preferente)} \quad - \quad \text{Valor de la Garantía}$$

* Esta sección ha sido coordinada por Eduardo Trigo Sierra y Cristina Ayo Ferrándiz, y en su elaboración han participado Guillermo García Berdejo, Sonia Borges Fernández, Miguel Ángel Cepero Aranguez, Javier Sánchez-Lozano Velasco, Jorge Azagra Malo, Gloria Torres Zabaleta, Efrén Pérez Borges, Mandy Goyos Ball, Álvaro Rifá Brun, 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).

- *Quorum de la junta de acreedores*: una de las novedades más destacables del RDL es la ampliación del *quorum* de la junta de acreedores. Esta ampliación trae causa de dos circunstancias:
 - a) Por un lado, por la aplicación de la nueva definición de «valor de la garantía», que implica atribuir derecho de voto a algunos acreedores que hasta ahora no lo tenían, esto es, a aquellos acreedores privilegiados que han perdido este carácter por exceder el valor de su crédito el valor de la garantía.
 - b) Por otro lado, porque el RDL reconoce derecho de voto en general a los acreedores que hubiesen adquirido sus derechos de crédito con posterioridad a la declaración de concurso, si bien con la única excepción de aquellos acreedores que tengan una vinculación especial con el deudor.
 - *Mayorías para la aprobación del convenio*: el RDL regula el régimen de mayorías necesario para la aprobación de los convenios concursales, que dependerá, en último término, del contenido de la propuesta de convenio que se vote:
 - a) Si la propuesta consiste en (i) el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o (ii) el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al 20 %, bastará con que vote a su favor una porción del pasivo superior a la que vote en contra.
 - b) Si la propuesta consiste en (i) quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito, (ii) esperas (independientemente del concepto) con un plazo no superior a cinco años o (iii) conversión de deuda en préstamos participativos (excluyendo, en todo caso, a los acreedores públicos y laborales) durante un plazo no superior a cinco años, bastará con que vote a su favor, al menos, un 50 % del pasivo ordinario.
 - c) Si la propuesta consiste en (i) quitas superiores a la mitad del importe del crédito, (ii) esperas con un plazo de más de cinco años, pero en ningún caso superior a diez, (iii) conversión de deuda en préstamos participativos (excluyendo, en todo caso, a los acreedores públicos y laborales) durante un plazo de entre cinco y diez años, o (iv) cualquier otra medida recogida en el artículo 100 de la Ley Concursal (por ejemplo, dación en pago de ciertos bienes y bajo determinadas circunstancias), bastará con que vote a su favor, al menos, el 65 % del pasivo ordinario.
 - *Propuesta de enajenación de la unidad productiva*: el RDL profundiza en el contenido de las propuestas de convenio a este respecto, si bien remitiéndose al régimen general de transmisión de unidades productivas dispuesto en el artículo 146 *bis* de la Ley Concursal, lo que adquiere una especial relevancia a efectos de la purga de deudas preexistentes para el adquirente de la unidad productiva.
 - *Régimen transitorio para los convenios aprobados antes del RDL e incumplidos con posterioridad*: el RDL dispone un régimen transitorio para los convenios concursales aprobados en virtud de la regulación anterior al RDL y cuyo incumplimiento tenga lugar dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigor del RDL. Para este supuesto, el deudor o los acreedores que representen al menos el 30 % del pasivo total existente al producirse el incumplimiento podrán solicitar que se modifique el convenio y se apliquen las medidas introducidas por el RDL.
- (ii) Enajenación de unidades productivas en fase de liquidación:
- *Subrogación en la posición contractual del concursado sin consentimiento de los acreedores*: el RDL introduce la subrogación automática del adquirente de la unidad productiva en los contratos, licencias y autorizaciones administrativas de que fuera titular el concursado sin necesidad de consentimiento del acreedor, siempre que (i) se trate de contratos, licencias o autorizaciones administrativas que se encuentren afectos a la continuidad de la actividad empresarial o profesional, y (ii) que el adquirente no haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse en ellos.
 - *Exención de responsabilidad por deudas previas*: el RDL exime al adquirente de la unidad productiva de subrogarse en las deudas del concursado anteriores a la transmisión

(independientemente de su calificación como créditos concursales o contra la masa), salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese una norma legal que estipulase lo contrario.

Respecto de las deudas laborales, sigue rigiendo la norma que permite al juez del concurso acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA.

— *Actualización de reglas supletorias al plan de liquidación*: con el fin de fomentar la transmisión de la empresa como un todo, o al menos de alguna de sus unidades productivas, como solución a la situación de insolvencia, y para el caso de que se haya abierto la fase de liquidación, el RDL modifica consecuentemente el artículo 149, que recoge las reglas supletorias al plan de liquidación.

Así, en primer lugar, se permite que el juez opte, incluso con carácter preferente a la subasta, por la transmisión de la unidad productiva a través de persona o entidad especializada, si considera que es la forma más idónea para salvaguardar los intereses del concurso. En este caso, los honorarios de la persona o entidad especializada se atenderán con cargo a la retribución de la Administración Concursal.

En segundo lugar, se dota de discrecionalidad al juez del concurso para que, en caso de que las ofertas que se presenten para la adquisición de la unidad productiva difieran en su importe en menos de un 10 %, pueda autorizar la transmisión al oferente cuya oferta garantice en mayor medida la continuidad de la empresa o, en su caso, los puestos de trabajo y/o la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores.

En último lugar, el RDL regula de forma distinta a la actual las consecuencias de la transmisión de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, cuando estos formen parte de la unidad productiva que se transmite, diferenciando si subsiste o no la garantía. Destaca el hecho de que puede autorizarse la venta de este tipo de activos por un precio inferior al valor de la garantía si lo acuerdan los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, o representen, al menos, el 75 % del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y pertenezcan a la misma clase.

(iii) Otras novedades:

— *Concurso de empresas concesionarias o contratistas de las Administraciones públicas*: el RDL articula, mediante la creación de la disposición adicional segunda *ter*, un régimen aplicable a empresas concesionarias de obras y servicios públicos o contratistas de las Administraciones públicas.

— *Clases de acreedores y formación de la sección de calificación*: el RDL trata de clarificar el concepto de «clases» del artículo 167 de la Ley Concursal (relativo a la apertura de la fase de calificación como consecuencia de la aprobación judicial de un convenio). Para ello se remite a la definición que del citado concepto lleva a cabo el nuevo artículo 94.2 de la Ley Concursal, que diferencia entre acreedores «laborales», «públicos», «financieros» y «resto de acreedores».

— *Otras novedades en fase de liquidación*: el RDL introduce la posibilidad de que se incluyan cesiones en pago o para pago en el plan de liquidación, siempre que (i) no afecte a acreedores públicos y (ii) se respete el régimen de realización de bienes afectos a créditos con privilegio especial establecido en el artículo 155.4 de la Ley Concursal.

Por otro lado, y con el objetivo de agilizar la fase de liquidación, se permite que el juez retenga en la cuenta del Juzgado hasta un 10 % de la masa activa del concurso con el fin de satisfacer futuras sentencias de apelación motivadas por discrepancias con acreedores en relación con actos de liquidación.

(iv) Normas afectadas por la reforma:

— *Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio*: se modifica la disposición transitoria del texto refundido de la

Ley de Sociedades de Capital, que queda redactada en los siguientes términos: «Se suspende, hasta el 31 de diciembre de 2016, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 348 bis de esta ley».

- *Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito*: se añade una nueva letra k) al artículo 36.4, con la siguiente redacción: «k) Los créditos transmitidos a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria se tendrán en cuenta, a efectos del cómputo de las mayorías indicadas en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, aun cuando la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria tuviera la consideración de persona especialmente relacionada con el deudor conforme al apartado 2 del artículo 93 de la Ley Concursal».
- *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*: se sustituye el apartado 4 del artículo 695, que queda redactado en los siguientes términos: «4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.⁹ anterior, podrá interponerse recurso de apelación. Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten», dando, con ello, respuesta a las consideraciones de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 2014.

**Reglamento
912/2014/UE del
Parlamento Europeo
y del Consejo, de 23
de julio de 2014**

Aprobación del Reglamento por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados

Véase el comentario a esta norma que se incluye en esta misma sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» (Arbitraje y Mediación) de este mismo número de la *Revista*.

**Proyecto de Ley de
Asistencia Jurídica
Gratuita**

Reforma del sistema de asistencia jurídica gratuita

El Proyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita tiene por objeto reformar la actual Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, por la vía de la incorporación al Anteproyecto de Ley que el Gobierno remitió a las Cortes Generales. Aunque en esencia el proyecto de ley mantiene los rasgos fundamentales de la legislación vigente y del anteproyecto, durante la fase de tramitación parlamentaria se han introducido algunas menciones que merece la pena poner de relieve.

Por lo que se refiere a los *beneficiarios* de la asistencia jurídica gratuita, el artículo 3 del Proyecto ha ampliado el número de personas a quienes se otorga acceso al beneficio de la asistencia jurídica gratuita. Así, partiendo de la base de que las tasas judiciales han supuesto un incremento significativo de los costes de litigación y que esta circunstancia podría dificultar el acceso a la justicia a personas en riesgo de exclusión social, se ha considerado oportuno ampliar los supuestos en los que un determinado ciudadano podrá acogerse a este beneficio.

En ese sentido, durante el trámite parlamentario, el artículo 3 del Proyecto ha venido a ahondar en las medidas de equidad reforzando un tratamiento diferenciado de cada solicitud, no solo en atención a la renta declarada por el solicitante, sino también por las circunstancias personales y familiares de quien pretende acceder al beneficio de la asistencia jurídica gratuita. Así, por ejemplo, (i) se aumenta la cobertura del sistema en el caso de que el solicitante tenga reconocida su condición de miembro de una familia numerosa, en cuyo caso se amplía el umbral de referencia, que pasa automáticamente a establecerse en tres veces el IPREM, (ii) se incide en el acceso a la cobertura cuando el solicitante es una persona con discapacidad; y (iii) se amplían los supuestos de *solicitud extraordinaria* de la asistencia jurídica gratuita previstos en el artículo 5, de modo que ahora podrá reconocerse excepcionalmente el derecho a los ciudadanos que cuya renta sea inferior a cinco veces el IPREM, frente al multiplicador actual, que se fijó en cuatro veces el IPREM.

Esta ampliación de los supuestos en que procederá conceder el beneficio de la asistencia jurídica gratuita contrasta, sin embargo, con un *endurecimiento de las medidas de control* del cumplimiento de los requisitos exigibles para acceder a la cobertura. Así, a pesar de que el Anteproyecto ya previó una serie de mecanismos encaminados a aumentar las facultades de

averiguación patrimonial de los solicitantes por parte de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, el Proyecto de Ley incide en el artículo 18 en las capacidades de los Colegios de Abogados para llevar a cabo una averiguación más completa del patrimonio del solicitante y de su unidad familiar. Más concretamente, el Proyecto de ley asigna a los Colegios de Abogados la consideración de *Administración pública*, lo que les permitirá tener acceso telemático inmediato a las bases de datos de la Administración Tributaria, del Catastro, de la Tesorería General de la Seguridad Social y de los Registros Mercantiles y de la Propiedad.

Instrumento de ratificación del Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la Cooperación Internacional sobre Sistemas de Justicia, hecho en Mar de Plata el 3 de diciembre de 2010

Ratificación por parte de España de un tratado internacional que fomenta y regula el uso de la videoconferencia en pleitos con componente internacional

De resultas de la existencia de crecientes relaciones comerciales entre los países Iberoamericanos, y siendo voluntad de dichos países reforzar y fortalecer la cooperación internacional para lograr una administración de justicia ágil, eficiente y eficaz, el 3 de diciembre de 2010 se aprobó el Convenio Iberoamericano sobre el uso de videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia, hecho en Mar de Plata, cuya ratificación por parte de España ha aparecido publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 13 de agosto de 2014.

El Convenio tiene por objeto favorecer el uso del sistema de videoconferencia (esto es, del mecanismo interactivo de comunicación, simultánea y en tiempo real, de imágenes, sonido y datos a distancia) como medio para fortalecer y agilizar la cooperación mutua de los sistemas judiciales de los países Iberoamericanos en materia civil, mercantil y penal. Así, en virtud del Convenio, una autoridad judicial de un país Iberoamericano puede solicitar a otro órgano jurisdiccional ubicado en otro Estado, en el marco de la cooperación existente entre ellos, que se emplee el sistema de videoconferencia para examinar en el marco de un procedimiento judicial a una parte, testigo o perito que se encuentre en el ámbito de la jurisdicción del órgano requerido.

A tal efecto, el convenio regula aspectos tales como los siguientes:

(i) *Los cauces procesales para la tramitación de la solicitud*, comprometiéndose cada uno de los Estados firmantes del Convenio a designar uno o varios *puntos de contacto técnicos*, es decir, una autoridad gubernamental o judicial que reciba las solicitudes de cooperación internacional, y esta será la que determine qué concreto órgano jurisdiccional deberá atender la petición de comparecencia de la parte, del testigo o del perito a través de videoconferencia.

(ii) *Cuál debe ser el contenido mínimo de la solicitud de videoconferencia*. El Convenio recoge que el órgano requirente deberá exponer al órgano requerido el nombre de las partes involucradas en el proceso; una descripción sucinta de la naturaleza, objeto y hechos del procedimiento judicial; una identificación completa de la persona a la que se pretende oír, la indicación de su domicilio y una descripción de los extremos de su declaración; y la advertencia de las consecuencias de la negativa a declarar.

(iii) *Cuáles pueden ser los motivos invocables por el órgano requerido para la denegación de la solicitud de videoconferencia*, que se reducen básicamente a supuestos en que la intervención en juicio por videoconferencia del compareciente resulte contraria al Derecho nacional de las partes litigantes, cuando la solicitud de videoconferencia no cumpla los requisitos formales anteriormente exigidos, o cuando la realización de la videoconferencia no sea técnicamente realizable.

(iv) *Cómo se desarrollará la diligencia*. El convenio establece que la videoconferencia tendrá lugar bajo la dirección del órgano requirente y bajo las normas de su Derecho nacional, con la asistencia de la autoridad del Estado requerido, que se comprometerá a asegurar la protección del compareciente —si procediera— o la asistencia al compareciente (se encargará, por ejemplo, de facilitarle un intérprete, si fuera necesario).

(v) Y, finalmente, *cómo se documentará la realización de la diligencia*. La autoridad requerida se obligará a levantar acta de la diligencia de comparecencia en juicio por medio de videoconferencia, donde conste la fecha y lugar de la diligencia, la identidad y firma del compareciente, la eventual prestación de juramento o promesa, y la descripción de los medios técnicos empleados para llevar a cabo la declaración.

Anteproyecto de ley de modificación del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual

Modificación del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000 en materia de propiedad intelectual

Las industrias de creación y difusión cultural, como la edición de libros o música, son uno de los pilares básicos de la economía española, al representar actualmente más del 4 % de nuestro producto interior bruto. Sin embargo, la viabilidad de un sector económico tan vital se está viendo comprometida por la imposibilidad de proteger los derechos de autor con la vigente Ley de Propiedad Intelectual de 1996, que se muestra incapaz de responder a los retos que para la protección de los derechos de los creadores plantea internet y el desarrollo de las nuevas tecnologías. Esta necesidad de reforzar la protección conferida a los titulares de los derechos de propiedad intelectual, así como la de trasponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 2011/77/UE, es lo que ha impulsado al legislador español a reformar la ley actualmente vigente y a promover este Anteproyecto de Ley.

Por medio del Anteproyecto de Ley, se operan algunas reformas en el sistema legal relativo a la protección de derechos de propiedad intelectual, tales como:

(i) Una *ampliación de la protección de los derechos de protección intelectual* que se confiere a los artistas, intérpretes o ejecutantes de obras. Concretamente, se prevé extender la protección de los derechos de propiedad intelectual durante toda la vida del autor y setenta años desde la muerte o declaración de fallecimiento del último coautor.

(ii) Una *reforma del sistema con el que se financia la retribución al autor de la compensación generada por la reproducción o copia privada de sus obras*. Así, la retribución deja de depender de la recaudación que las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual obtienen de los intermediarios en el mercado de equipos, aparatos y soportes de reproducción, y pasa a financiarse directamente con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, para lo que se reservará una partida específica para esta finalidad.

(iii) Un *régimen especial relativo a la divulgación de obras con finalidades educativas*, al quedar el profesorado de educación reglada autorizado para reproducir y distribuir fragmentos de obras, sin consentimiento del autor, siempre que estos actos se lleven a cabo en el marco de una actividad de enseñanza sin ánimo de lucro, y siempre que la obra reproducida no tenga la condición de libro de texto o manual universitario.

(iv) *La creación de una Comisión de Propiedad Intelectual*, adscrita al Ministerio de Educación y Cultura, como órgano colegiado de ámbito nacional para el ejercicio de las funciones de mediación, arbitraje, determinación de tarifas para la remuneración de los autores y salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, así como para el ejercicio de funciones de asesoramiento al Ministerio de Educación y Cultura en materia de propiedad intelectual.

Según el Anteproyecto, la Sección Primera de la Comisión —formada por entre tres y siete miembros designados por los ministerios de Educación, Economía y Justicia—, asumirá las siguientes funciones:

- *Mediación*, consistente en colaborar en las negociaciones que se produzcan en aquellas materias relacionadas con la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual entre los titulares de derechos y quienes pretendan explotar tales derechos.
- *Arbitraje*, dando solución, previo sometimiento voluntario de las partes, a los conflictos relacionados con la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual y fijando tarifas sustitutorias de las generales, cuando exista controversia sobre su cuantía.
- *Determinación de tarifas* para la explotación de los derechos de gestión colectiva obligatoria de las entidades de gestión, estableciendo el importe de la remuneración exigida por la utilización de las obras, la forma de pago y las condiciones necesarias para hacer efectivos los derechos de remuneración equitativa cuando no haya acuerdo sobre estos puntos entre las entidades de gestión y un usuario (como una entidad de radiodifusión).
- *Control*, velando por el carácter equitativo y no discriminatorio de las tarifas establecidas por las entidades de gestión y garantizando el equilibrio de las partes en la negociación de tarifas, para que las entidades de gestión, en abuso de su posición, impidan la iniciación o

prosecución de las negociaciones, impongan condiciones desiguales en la celebración de contratos o subordinen la celebración de contratos a contraprestaciones que no guarden relación con el objeto de los contratos.

Por su parte, la Sección Segunda se compondrá por un vocal de los ministerios de Educación, Economía, Industria y Presidencia, respectivamente, y tendrá por misión adoptar todas aquellas medidas destinadas a interrumpir la prestación de servicios de la sociedad de la información que vulneren los derechos de propiedad intelectual, tales como la exigencia de que una determinada persona física o jurídica deje de explotar o divulgar contenidos que vulneren derechos de propiedad intelectual, cuando esta explotación o divulgación se produzca con ánimo de lucro y tenga por objeto causar un daño patrimonial al autor.

En concreto, y como novedad, el Anteproyecto prevé que la Sección Segunda de la Comisión pueda requerir al prestador de servicios de la sociedad de la información para que, en un plazo de 48 horas, retire voluntariamente (por ejemplo, de una página *web*), contenidos que infrinjan derechos de propiedad intelectual, quedando en caso contrario facultada la Sección Segunda para resolver en el plazo de 3 días si se ha producido infracción del ordenamiento jurídico y aplicar la correspondiente sanción, tales como bloquear la financiación del prestador de servicios de la sociedad de la información o aplicar sanciones pecuniarias de hasta 300.000 euros.

Además de las reformas introducidas en la antigua Ley de Propiedad Intelectual, el Anteproyecto de Ley introduce igualmente cambios en la Ley de Enjuiciamiento Civil, para permitir a quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual pueda iniciar un procedimiento de diligencias preliminares.

[Portugal]

Processo de Insolvência – Direito de retenção do promitente-comprador para garantia do crédito ao reembolso do sinal

Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 4/2014 (DR 95 Série I de 2014-05-19)

O presente acórdão veio uniformizar jurisprudência quanto à questão de saber se, em processo de insolvência, o promitente-comprador que tenha obtido a tradição do imóvel objeto do contrato-promessa goza de direito de retenção sobre esse mesmo imóvel para garantia do seu crédito ao reembolso do sinal.

Apesar de a questão não ser pacífica, a jurisprudência maioritária vai no sentido de reconhecer ao promitente-comprador o direito de retenção sobre o imóvel, o que significa que o seu crédito é graduado e pago com preferência sobre os créditos hipotecários.

O Supremo Tribunal de Justiça considerou que o legislador, ponderando os interesses conflituantes do promitente-comprador e do credor hipotecário, optou por proteger o promitente-comprador consumidor através do reconhecimento do direito de retenção, por considerar que o mesmo era a parte mais débil e mais carecida de proteção.

O Supremo Tribunal de Justiça considerou também que o direito de retenção era apenas uma dentre outras garantias (v.g. os privilégios creditórios) tão ou mais onerosas com que o credor hipotecário se poderia defrontar no âmbito de um processo de insolvência, acrescentando ainda que o direito de retenção era, de todas as garantias reais não sujeitas a registo, a mais transparente, dado que a tradição do imóvel para o promitente-comprador implicava naturalmente um certo grau de publicidade.

O Supremo Tribunal de Justiça afastou o argumento segundo o qual o crédito do promitente-comprador ao reembolso do sinal não poderia beneficiar de direito de retenção pelo facto de, numa situação de insolvência, o incumprimento do contrato-promessa não ser imputável nem culposo. Muito pelo contrário, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que «a insolvência não surge do nada» e radica, à partida, no comportamento da entidade insolvente, pelo que se justifica considerar que o incumprimento do contrato-promessa lhe é «reflexamente imputável».

Tudo ponderado, o Supremo Tribunal de Justiça uniformizou jurisprudência no sentido de que «no âmbito da graduação de créditos em insolvência o consumidor promitente-comprador em

contrato, ainda que com eficácia meramente obrigacional com traditio, devidamente sinalizado que não obteve o cumprimento do negócio por parte do administrador da insolvência, goza do direito de retenção nos termos do estatuído o artigo 755º nº 1 alínea f) do Código Civil».

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

Amparo constitucional. Vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 10 de abril de 2014

El Tribunal Constitucional ha estimado la demanda de amparo interpuesta contra un auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 16 de Madrid, por el cual se señalaba la vista de un procedimiento abreviado para una fecha situada más de dos años después del momento de la interposición del recurso contencioso-administrativo.

El debate de este procedimiento se centró en determinar si se había producido o no una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Toda vez que se trata de un concepto jurídico indeterminado, al igual que anteriores ocasiones, el Tribunal Constitucional considera que resulta necesario examinar el supuesto a la luz de criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si esta puede considerarse justificada. En este sentido, recuerda el Tribunal que no toda infracción de los plazos procesales supone una vulneración del mencionado derecho.

Así, la prohibición de retrasos injustificados en la marcha de los procesos judiciales impone a jueces y tribunales el deber de obrar con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada en litigios de la misma naturaleza. En el supuesto analizado, el recurrente en amparo había interpuesto recurso contencioso-administrativo contra una resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, por la que se decretaba su expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada por un periodo de tres años como consecuencia de su estancia irregular en España. Se trataba, por tanto, de un asunto que no revestía especial complejidad, puesto que el demandante no discutía su carencia de documentación, pero proponía como medida alternativa a la expulsión la imposición de una multa.

Recuerda el Tribunal Constitucional que para determinar si se otorga o no el amparo deben considerarse otros factores, como son el interés que arriesga el recurrente y su conducta procesal. En el caso enjuiciado, no solo medió una conducta diligente por parte del demandante, sino que, además, el interés que este arriesgaba en el procedimiento estaba directamente relacionado con la organización de su vida familiar y social, afectando por tanto a un ámbito preferente de sus derechos e intereses legítimos.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional finalmente concede el amparo solicitado, con independencia de que el retraso experimentado hubiera sido consecuencia de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales o del abrumador trabajo que sobre ellos pesa, tal y como alegaba la Abogacía del Estado. A este respecto la sentencia afirma que, si bien la carga de trabajo puede excluir de responsabilidades a las personas intervinientes en el procedimiento, de ningún modo altera el carácter injustificado del retraso.

Civil General. Efecto del acuerdo de las partes de un contrato sometido a condición suspensiva, dando esta por cumplida aun cuando posteriormente no se cumpla. Doctrina de los actos propios

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de abril de 2014

En el conflicto analizado, las partes enfrentadas habían firmado un contrato de compraventa futura de acciones, sujeto a una condición suspensiva en virtud de la cual debía aprobarse la financiación solicitada por la compradora para la adquisición de las mencionadas acciones, representativas del 100% del capital social de una sociedad que estaba construyendo un complejo comercial.

En un momento dado, la sociedad compradora comunicó a los vendedores que la financiación había sido aprobada, pero que se encontraba sujeta a una tasación, si bien les solicitó que acu-

saran recibo y confirmaran que la condición había sido satisfactoriamente cumplida, lo que fue aceptado por los vendedores.

Transcurrido más de un año del acuerdo referido entre las partes, la financiación esperada no fue finalmente concedida, lo que llevó a la compradora a remitir nuevas cartas para informar de la vigencia de la condición suspensiva y que, por tanto, ya no tenía carácter vinculante lo acordado.

Recuerda la Sala a la luz del caso enjuiciado su reiterada jurisprudencia en relación con los actos propios, con arreglo a la cual, para que un acto cause estado, es necesario que tenga carácter inequívoco, entendiéndose que no lo tiene cuando aparezca como ambiguo e incorrecto o cuando no manifieste con claridad lo querido por su autor.

Así las cosas, la Sala entiende que la compradora realizó un genuino acto propio al comunicar a los vendedores el fin de la condición suspensiva del acuerdo de compraventa y les generó confianza en el buen fin de la operación y la vigencia de la vinculación contractual. Igualmente, considera el alto Tribunal contrario a la buena fe y a la lealtad contractual que un año después la compradora pretendiese sostener lo contrario de lo afirmado fuera de toda duda a los vendedores, faltando así al compromiso que su propia actuación generó de confianza en la otra parte.

Por todo ello, considera la Sala que la condición suspensiva del contrato de venta entre las partes quedó cumplida y, en consecuencia, era plenamente vigente el acuerdo de compraventa suscrito entre las partes.

**Civil General.
Responsabilidad de
la promotora,
constructora,
arquitectos y
compañía de seguros
por daños materiales
en la edificación**

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de mayo de 2014

En el caso de autos, una comunidad de propietarios demandó a la promotora y constructora del edificio, así como a los arquitectos y a la compañía aseguradora, por defectos y daños constructivos. Al no ver sus intereses íntegramente satisfechos ni en la primera instancia ni en la posterior apelación, la parte actora acabó interponiendo recurso por infracción procesal y de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Constaban declarados como hechos probados en el procedimiento la falta de sectorización de viviendas y la falta de aislamiento ignífugo de las vigas metálicas y del forjado, por lo que el debate en el Tribunal Supremo se centró en determinar si estos vicios constituían o no daños materiales a los efectos de lo dispuesto en la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE).

A tal respecto, la Sala ha considerado que no se trataba de un mero defecto de habitabilidad o de terminación o acabado en el sistema de seguridad contra incendios, sino que se trata de un déficit en la edificación que afecta a la seguridad estructural, constituyendo por ello un auténtico daño material por el infravalor de las viviendas, que carecen de un elemento de seguridad básico.

Contra este criterio, un magistrado formuló su voto particular al entender que la Ley distingue entre el daño o vicio constructivo y la falta a las condiciones del contrato, siendo esta la que debe apreciarse en el caso de autos. Dicha falta no da lugar a la responsabilidad propia de la LOE, sino a acciones y a responsabilidades distintas, vinculadas al cumplimiento contractual. Además, entiende el magistrado disidente que el daño debe existir en el momento de la interposición de la demanda, sin que sea suficiente el riesgo razonable de que se produzca.

Sin perjuicio de lo anterior, la postura mayoritaria de la Sala es que sí hay daños materiales en el caso enjuiciado, a pesar de que no se haya producido incendio alguno, puesto que, aunque no se hayan materializado los daños, basta con que se ponga en riesgo la estabilidad y resistencia del edificio para que los defectos de construcción se puedan incluir en el concepto de daños materiales, en tanto que la subsanación o reparación tiene un coste cierto y evaluado económicamente.

Por tanto, concluye la Sala que existe un menoscabo patrimonial que se deriva además de la pérdida de valor de las viviendas por su falta de seguridad contra incendios, sin que pueda exigirse al comprador que espere a que tales daños alcancen un determinado grado de intensidad. En consecuencia, condenó a las codemandadas al pago de las reparaciones necesarias.

Civil General. El TS fija doctrina jurisprudencial sobre la obligación del avalista de devolver al comprador las cantidades pagadas a cuenta del precio de la vivienda una vez incumplido el plazo de entrega

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de mayo de 2014

En el presente procedimiento, el comprador de una vivienda en construcción demandó exclusivamente a la entidad de crédito constituida en avalista de conformidad con el deber legal que en tal sentido impone la Ley 57/1968, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

En este sentido, la parte actora consideraba que la referida norma impone a los avalistas el deber de devolución de las cantidades entregadas a cuenta en ejecución del aval otorgado para el caso de que la obra no se entregara en los plazos convenidos en el contrato de compraventa.

El planteamiento que se hace la Sala consiste en decidir si, transcurrido el plazo de entrega de una vivienda adquirida con los condicionantes de la Ley 57/1968, puede reclamarse automáticamente el importe al avalista, sin necesidad de valorar si el retraso ha sido o no excesivo, o si se ha frustrado o no la finalidad del contrato, lo que daría lugar a un incumplimiento esencial del contrato justificativo de su resolución.

Así, en el caso analizado no se pretende la resolución frente al promotor o vendedor, habiéndose dirigido la demanda exclusivamente contra el avalista. Lo que pretende la Ley con la exigencia de constituir dicho aval es asegurar a los compradores frente a los incumplimientos de los vendedores en cuanto a la entrega de la obra en plazo, exigiendo a la promotora la inversión de las cantidades entregadas en la obra concertada. Así las cosas, la Sala destaca la necesidad de esta previsión legal en situaciones de crisis económica, momento en el que se refuerza más si cabe la esencialidad de esta garantía.

En relación con lo anterior, el TS hace hincapié en que la referida Ley establece que el avalista responderá cuando la construcción no llegue a buen fin «*por cualquier causa*». De este modo, se está estableciendo un claro criterio objetivo en torno a la exigencia del aval, por lo que el avalista no puede oponer al comprador los motivos que pudieran corresponder al avalado (el promotor o vendedor) en base al artículo 1853 del Código Civil.

En consecuencia, entiende la Sala que la Ley 57/1968 regula la posición del avalista como una figura autónoma, que no solo deberá responder en cuanto se le reclamen debidamente las cantidades entregadas al producirse un retraso por cualquier causa en el cumplimiento de la obligación garantizada por el aval, sino que deberá hacerlo sin que proceda oponer ninguna de las excepciones derivadas del artículo 1853 del Código Civil, estableciéndose esto como doctrina jurisprudencial para futuros casos.

Civil General. Abandono de la antigua fundamentación de la cláusula rebus sic stantibus según reglas de equidad y justicia en pro de la objetivación de su fundamento técnico de aplicación

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2014

La cuestión de fondo en el caso enjuiciado se centra en la valoración del régimen de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, en virtud de la cual una alteración extraordinaria y sobrevenida de las circunstancias puede justificar una modificación de los contratos y un reequilibrio de sus obligaciones dimanantes.

En concreto, la empresa recurrente había formulado en su día demanda por la que solicitaba que se declarase una alteración imprevisible de las circunstancias que sirvieron de base para la formación de la voluntad negocial de un contrato de explotación de publicidad en el exterior de los autobuses de la demandada. Así, la parte actora alegaba que, debido a la imprevisible crisis de mercado en inversiones publicitarias y los descensos de su facturación, se había generado un desequilibrio entre las prestaciones contractuales de las partes que imposibilitaba que la compañía demandante pudiese abonar el canon inicialmente pactado con la contraparte.

Para resolver el conflicto, la Sala de lo Civil del TS llama la atención sobre el cambio progresivo que en la actualidad se ha producido en la concepción tradicional de la figura referenciada, la cual ha estado siempre caracterizada por su aplicación restrictiva y excepcional, atendiendo al criterio subjetivo de la equidad y con una formulación rígida de sus requisitos de aplicación: alteración extraordinaria, desproporción desorbitante y circunstancias radicalmente imprevisibles.

Sin embargo, señala la sentencia que la aplicación de la cláusula no supone una ruptura de la regla preferente de la lealtad a la palabra dada (*pacta sunt servanda*), ni tampoco de la estabilidad o mantenimiento de los contratos. Por el contrario, la progresiva objetivación de su fundamento técnico de aplicación resulta perfectamente compatible con nuestro sistema codificado, particularmente con la regla de la conmutatividad del comercio jurídico.

En virtud de la citada regla, todo intercambio de bienes y servicios que se realice onerosamente tiene que estar fundado en un equilibrio entre las prestaciones y con el principio de buena fe que rige todo contrato. Por tanto, ni el acreedor puede pretender más de lo que le otorgue su derecho, ni el deudor puede pretender dar menos de aquello que el sentido de la probidad exige en función de la naturaleza y finalidad del contrato.

Así, para determinar una posible alteración causal del contrato, se debe valorar la incidencia de la mutación de las circunstancias de un modo objetivado mediante dos criterios de concreción. Con el primero se contrasta el alcance de dicho cambio respecto del sentido o finalidad del contrato y de su conmutatividad o equilibrio prestacional, de tal manera que desaparecerá la base del negocio cuando la finalidad económica del contrato se frustre, o cuando la conmutatividad del contrato prácticamente desaparezca. Con el segundo criterio se determinan las consecuencias que dicho cambio de circunstancias tiene para las partes implicadas, atendiendo al marco de riesgo establecido o derivado del negocio, el denominado «riesgo normal del contrato». En este sentido, la mutación debe quedar excluida del riesgo normal inherente o derivado del contrato para que la cláusula analizada resulte de aplicación.

En atención a todo lo expuesto, considera el alto Tribunal que se puede reconocer como hecho notorio que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido. No obstante, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* no se produce de forma generalizada ni de modo automático, pues resulta necesario examinar que el cambio operado comporte una significación jurídica digna de atención en cada caso concreto.

En el supuesto analizado, acreditado el presupuesto general de la alteración de las circunstancias económicas por el hecho notorio de la actual crisis económica y su significativa incidencia en el mercado de la publicidad del sector del transporte, caracterizada por las notas de imprevisibilidad del riesgo derivado y de la excesiva onerosidad resultante para la recurrente, la Sala decide estimar el recurso de casación interpuesto, declarando la procedencia de modificar el contrato de explotación de publicidad.

Consumo. Los consumidores que contratan un préstamo en divisa extranjera deben poder evaluar las consecuencias económicas aplicables a la devolución del préstamo, en concreto, aquellas derivadas de la diferencia de valor de cotización de la divisa en su compra y en su venta, relevantes para calcular adecuadamente el importe pendiente de devolución

Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril de 2014

La Directiva sobre las cláusulas contractuales abusivas prevé que no vincularán al consumidor las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional. No obstante, la Directiva permite a los Estados miembros excluir del control de abusividad determinadas cláusulas siempre que se redacten de manera clara y comprensible a través de su legislación nacional. Por una parte, se permite la exclusión en las cláusulas que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. La legislación húngara que transpuso la Directiva previó esa exclusión.

Partiendo de esa base, el supuesto de hecho enjuiciado versaba sobre un préstamo hipotecario concedido a un matrimonio por un banco húngaro en francos suizos.

El contrato estipulaba que la determinación de la cuantía del préstamo se realizaría al tipo de cotización de compra de esa divisa aplicado por el banco el día de la entrega de los fondos. No obstante, según el contrato, el importe en forintos húngaros de cada una de las cuotas mensuales adeudadas, debía fijarse en función de la cotización de venta del franco suizo aplicada por el banco el día anterior al del vencimiento de las cuotas.

El matrimonio prestatario impugnó ante los tribunales la cláusula que facultaba al banco para calcular las cuotas mensuales sobre la base de la cotización de venta del franco suizo. Alegaron que esa cláusula era abusiva porque aplicaba a la devolución del préstamo una cotización diferente (la de venta) de la aplicada para su entrega (la de compra).

El Tribunal Supremo de Hungría (Kuria), que conoce del litigio, planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial: (i) si la cláusula sobre los tipos de cambio aplicables a un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera afectan al objeto principal del contrato o a la relación calidad/precio de la prestación; (ii) si la cláusula impugnada podía considerarse redactada de manera clara y comprensible para excluir su control de abusividad; y, por último, (iii) si, en el caso de que el contrato no pudiera subsistir tras suprimir la cláusula abusiva, el juez nacional está facultado para modificarlo o completarlo.

En respuesta a dicha consulta, el Tribunal de Justicia observa, en primer lugar, que no puede excluirse la cláusula del control de abusividad conforme dispone la Directiva. La cláusula se limita a determinar el tipo de conversión del franco suizo al forinto húngaro con vistas al cálculo de las cuotas de devolución, sin que el prestamista realice ningún servicio de cambio. Pues bien, a falta de tal servicio, la carga económica derivada de la diferencia entre la cotización de venta y la de compra que debe soportar el prestatario no puede considerarse una retribución debida como contrapartida de un servicio.

En segundo lugar, el Tribunal considera que la claridad de la cláusula no puede reducirse solo al carácter comprensible en un plano formal y gramatical, sino que debe exponer de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera. En cualquier caso, corresponde al tribunal nacional determinar si, a la vista de la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, un consumidor medio, normalmente informado, razonablemente atento y cuidadoso podía no solo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, sino también evaluar las consecuencias de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución y para el coste total de su préstamo.

Por último, concluye que, en el caso de que la supresión de una cláusula abusiva hiciera imposible ejecutar el contrato, como en el asunto planteado, la Directiva no se opone a que el juez nacional la sustituya por una disposición supletoria del Derecho nacional.

Consumo. Los Estados miembros pueden comprobar si las sociedades que prestan servicios de comunicaciones electrónicas en su territorio, a pesar de estar establecidas en otro Estado miembro, respetan las normas sobre protección de los consumidores

Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril de 2014

El supuesto de hecho de la sentencia parte de una sociedad luxemburguesa que ofrece, desde Luxemburgo, paquetes de servicios de difusión de programas radiofónicos y audiovisuales sujetos a acceso condicional y que se captan vía satélite. Esos servicios se prestan a abonados residentes en otros Estados miembros, entre ellos Hungría.

A raíz de unas quejas formuladas por abonados de esa sociedad, las autoridades húngaras pidieron a la entidad que les facilitara información sobre su relación contractual con uno de sus clientes. La sociedad prestadora se negó a facilitar esa información alegando que, al hallarse su domicilio social en Luxemburgo, las autoridades húngaras no eran competentes para iniciar procedimientos de vigilancia contra ella. Al no haber recibido la información solicitada, las autoridades húngaras le impusieron una sanción.

A consecuencia de la multa, la sociedad luxemburguesa emprendió acciones legales para impugnar su imposición, dando lugar a que el Tribunal de Budapest elevase una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia preguntando si el Derecho de la Unión autorizaba a las autoridades húngaras a vigilar las actividades de una sociedad comunitaria en Hungría.

En su sentencia, el Tribunal de Justicia destaca que el servicio prestado por la sociedad constituye un «servicio de comunicaciones electrónicas». A este respecto, el Tribunal de Justicia recuerda que la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas permite a los Estados miembros exigir que se registre el inicio de la prestación de un servicio de ese tipo en su

territorio. Asimismo, la Directiva autoriza a un Estado miembro en cuyo territorio residan los destinatarios del servicio a someter su prestación a determinadas condiciones específicas del sector de las comunicaciones electrónicas.

Así pues, cuando reciban una reclamación o emprendan una investigación por iniciativa propia, las autoridades nacionales pueden exigir a las empresas que les faciliten la información necesaria para comprobar que se respetan las condiciones de protección del consumidor. En este contexto, los Estados miembros pueden iniciar procedimientos de vigilancia sobre la actividad desarrollada en su territorio por proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea.

En cambio, el Tribunal de Justicia Europeo recuerda que los Estados miembros no pueden exigir a dichos proveedores que creen una sucursal o una filial en su territorio, ya que esa obligación sería contraria a la libre prestación de servicios.

Consumo. Se declara no conforme al Derecho de la Unión Europea la anterior redacción del artículo 695.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no permitía al ejecutado apelar el auto que desestimaba un motivo de oposición basado en el carácter abusivo de una cláusula contractual

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de julio de 2014

Por medio de esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dio respuesta a la cuestión prejudicial elevada por la Audiencia Provincial de Castellón a propósito del artículo 695.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En concreto, la Audiencia Provincial de Castellón planteó al TJUE si era compatible con el Derecho de la Unión Europea una norma procesal que, como se recogía en la anterior redacción del artículo 695.4 Ley de Enjuiciamiento Civil, permita al ejecutante apelar el auto que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva, pero que, en cambio, no permita al ejecutado apelar en el caso que se rechace su oposición.

En su sentencia, el TJUE concluyó que la anterior redacción del artículo 695.4 Ley de Enjuiciamiento Civil lesionaba los principios de efectividad y de igualdad de armas y que, en consecuencia, vulneraba el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El reciente Real Decreto-ley 11/2014 ha modificado el artículo 695.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para adecuarlo al fallo de esta sentencia. Con ello, se prevé expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil la posibilidad de que el deudor pueda interponer recurso de apelación contra el auto que desestime su oposición a la ejecución, si esta se basaba en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o la cantidad exigible.

Consumo. Se declara conforme al Derecho de la Unión Europea un procedimiento de venta extrajudicial, siempre que este procedimiento no haga imposible o excesivamente difícil en la práctica la salvaguardia de los derechos atribuidos al consumidor por la Directiva 93/13/CEE

Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de septiembre de 2014

El Tribunal regional de Prešov (Eslovaquia) elevó cuestión prejudicial al TJUE planteando si una cláusula contractual para la ejecución extrajudicial de la garantía constituida sobre el bien inmueble ofrecido en garantía por el consumidor tiene carácter abusivo.

En su análisis, el TJUE pone de relieve que el bien afectado por la garantía constituye la vivienda familiar del consumidor y que el derecho a vivienda es un derecho fundamental garantizado por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que el tribunal nacional debe necesariamente tener en cuenta al aplicar la Directiva 93/13/CEE. Así, el Tribunal de Luxemburgo destaca que, teniendo en cuenta las consecuencias que genera el desahucio del consumidor, es necesario que el juez nacional competente disponga de las medidas cautelares necesarias que puedan suspender o contrarrestar un procedimiento ilícito de ejecución hipotecaria a fin de garantizar la efectividad de la protección pretendida por la Directiva 93/13/CEE.

En el caso de autos, el TJUE concluyó que el hecho de que el juez nacional competente pueda ordenar medidas provisionales que prohíban continuar la ejecución de la venta extrajudicial parece constituir un medio adecuado y eficaz de hacer cesar la aplicación de cláusulas abusivas, lo que le corresponde verificar al tribunal remitente.

Consumo. Una defectuosa información sobre el coste de la cancelación anticipada de un contrato de permuta financiera (swap) no es causa de un error esencial que provoque la anulación de todo el contrato

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2014

La Sala Primera del TS, con base en su sentencia de 21 de noviembre de 2012, casa la sentencia recurrida y desestima la demanda interpuesta frente a una entidad financiera, al entender que no concurre en el caso de autos la esencialidad en el error alegado, esencialidad que la Sala define como la necesidad de que el error de vicio denunciado se proyecte «sobre aquellas presuposiciones (...) que hubieran sido la causa principal de la celebración del contrato».

El TS entiende que una defectuosa información sobre el coste de la cancelación anticipada de un contrato de permuta financiera no constituye causa de un error esencial con entidad suficiente para provocar la anulación de todo el contrato. La Sala lo fundamenta señalando que, por un lado, el defecto denunciado no puede considerarse como una de las presuposiciones que hubieran sido la causa principal de la celebración del contrato y, por otro, que el ordenamiento posibilita la depuración de dicho defecto con remedios específicos que pueden operar sobre la propia cláusula o sobre sus efectos.

Consumo. Validez de la cláusula penal que autorizaba al vendedor de la vivienda a quedarse con las cantidades pagadas a cuenta del precio en caso de incumplimiento del comprador

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 15 de abril de 2014

En el caso de autos, dos ciudadanos británicos firmaron con una sociedad promotora un contrato de compraventa de vivienda destinada a segunda residencia. El contrato establecía que el incumplimiento por el comprador de su obligación de comparecer al otorgamiento de la escritura pública cuando así fuera requerido por la vendedora, facultaría a esta para resolver el contrato y percibir una pena convencional igual a las cantidades hasta entonces satisfechas por los compradores. Para ello, la promotora podría retener el primer pago y, en su caso, también el segundo «en concepto de pena civil que expresamente las partes pactan, y que engloba igualmente la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la vendedora».

Tras darse el supuesto de hecho previsto, la vendedora dirigió un requerimiento notarial a los compradores por el que resolvía el contrato de compraventa y les comunicaba que hacía suya la cantidad entregada hasta ese momento de conformidad con lo pactado entre las partes.

Los compradores demandaron a la promotora por considerar que la citada cláusula penal era abusiva. Sin embargo, el TS, al conocer la cuestión en casación, la considera válida porque la indemnización resultante es proporcionada a la cuantía de daños y perjuicios efectivamente sufridos por la promotora. En este sentido, el alto Tribunal recuerda doctrina jurisprudencial anterior según la cual no cabe moderar la cláusula penal cuando está establecida para un determinado incumplimiento, tal y como ha ocurría en este caso.

No obstante, en la sentencia se ha formulado un voto particular que, si bien no discrepa del sentido del fallo alcanzado, sí lo hace respecto de la fundamentación técnica, por considerar abusivo el establecimiento de una cláusula penal que permite al vendedor predisponente, sin reciprocidad alguna, retener todo o parte del precio pagado en caso de resolución de la compraventa por incumplimiento del comprador adherente, ya que ello da lugar, según entienden los magistrados que formularon el voto particular, a un claro desequilibrio entre las partes.

Consumo. Determinación del día a partir del cual se inicia el cómputo de quince años que tiene el actor para reclamar la cantidad derivada del préstamo que no ha sido objeto de pago a través del proceso de ejecución hipotecaria

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 26 de mayo de 2014

La sentencia se refiere a la determinación del día a partir del cual se inicia el cómputo de quince años (ex artículo 1964 del Código Civil) que tiene el acreedor para reclamar la cantidad derivada del préstamo que no ha sido objeto de pago a través del proceso de ejecución hipotecaria.

El TS mantiene que ese día, de acuerdo con el artículo 1969 del Código Civil, es aquel en el que el actor tuvo toda la información para poder ejercitarla y lo sitúa en el día de la subasta.

Considera la Sala que el banco ejecutante, al momento de la subasta, estuvo en situación de conocer el saldo deudor resultante de la adjudicación de los inmuebles, resultando una liquidación del préstamo por cantidad superior al precio de adjudicación de las fincas.

Por tanto, no era preciso aguardar al dictado del auto de aprobación del remate para conocer la correspondiente liquidación. Dicho auto solo es título hábil para la transmisión de los inmuebles e inscripción en el Registro de la Propiedad, pero no aporta legitimidad a la liquidación del saldo aportada por el banco, quien no puede reclamarlo en el seno del proceso de ejecución, sino que ha de instar el correspondiente procedimiento monitorio y/o declarativo.

Consumo. No responsabilidad de la entidad financiera por la pérdida de la inversión realizada por un particular —con experiencia en el ámbito de los servicios de inversión— como consecuencia de la quiebra de Lehman Brothers

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2014

La Sala Primera del TS confirma las sentencias de instancia y afirma que no existe un incumplimiento contractual de la entidad financiera que haya frustrado el fin del negocio y causado daños y perjuicios a la parte actora, pues los daños sufridos nada tienen que ver con la conducta contractual desplegada por la entidad financiera.

La sentencia de la Sala recuerda que, en la valoración de la conducta de la entidad que presta servicios de inversión y su relación con los daños y perjuicios que el inversor pueda haber sufrido por la inversión, deben valorarse como datos relevantes tanto el perfil del inversor como las características de la inversión. Asimismo, al analizar las particularidades del caso, la Sala incorpora como otro dato relevante a considerar si la comercialización del producto ha sido a iniciativa del inversor.

El TS concluye su argumentación señalando que la concurrencia en el caso de autos de los tres datos relevantes antes referidos conlleva que no baste con invocar y acreditar la infracción de la normativa legal por parte de la entidad que presta servicios de inversión, sino que además debe justificarse que estas infracciones tengan relevancia en la generación de un quebrantamiento patrimonial para el inversor.

Consumo. 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

Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 y 8 de julio de 2014

El Pleno 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.

Estas dos nuevas sentencias de la Sala insisten en que, si bien la 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.

Consumo. La Sala declara aplicable la cláusula *rebus sic stantibus* a un contrato de préstamo hipotecario en atención a la alteración sobrevinida de la situación existente al tiempo de la celebración del contrato

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 27.ª, de 15 de abril de 2014

La parte actora solicita que se declare la concurrencia de los requisitos jurisprudenciales exigidos para la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* al contrato de préstamo hipotecario suscrito para adquisición de su vivienda y que, en consecuencia, se modere el interés remuneratorio variable previsto en él.

Comienza la Sala manifestando que la crisis económica en la que se halla inmerso nuestro país es un hecho notorio. Y sostiene que la alteración que la crisis económica ha producido en el mercado de trabajo y sus consecuencias en el caso concreto de autos —en el que es un hecho acreditado que la actora y sus dos hijos adultos se encuentran en situación de desempleo, con un menor a su cargo— no pudo ser prevista por la actora, ni lo fue por las grandes instituciones económicas mundiales.

La Sala reconoce que la cláusula *rebus sic stantibus* no se encuentra aún regulada en nuestro ordenamiento, pero que, no obstante, sí se incluye en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (*Principles of European Contract Law* o «PECL»). Dichos principios vienen siendo utilizados por la jurisprudencia con cierta frecuencia como criterios interpretativos de las normas de Derecho interno, aun a pesar de carecer de carácter vinculante.

La Sala entiende que la aplicación de la cláusula coloca al juez en el ámbito de la interpretación integradora o de la integración de los contratos, y en la medida en que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* se vincule a la interpretación de los contratos —sea ésta interpretación en sentido estricto o interpretación integradora— estaríamos en un terreno en el que el juez puede ejercitar en plenitud sus funciones jurisdiccionales.

En ejercicio de tal función integradora, la Audiencia se refiere al apartado 3 del artículo 6:111 de los Principios antes mencionados, que habilita a los jueces a (i) poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado, o (ii) adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa. En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura.

Al entender la Sala que concurren los presupuestos para la aplicación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* y de lo dispuesto en el referido artículo 6:111 apartado 3, resuelve dar a las partes un plazo de 30 días para la renegociación del tipo de interés remuneratorio variable previsto en el contrato de préstamo hipotecario, plazo durante el cual las partes contratantes podrán adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre ellas de forma equitativa y justa.

Consumo. La Sala declara la nulidad, por abusiva, de la cláusula del préstamo hipotecario que acuerda la sumisión al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria del artículo 129 de la Ley Hipotecaria

Sentencia de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 12 de mayo de 2014

La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca enjuicia la abusividad de una cláusula contenida en un préstamo con garantía hipotecaria que permite al acreedor acudir a un procedimiento de ejecución extrajudicial, de conformidad con el artículo 129 de la Ley Hipotecaria.

La Sala destaca, en primer lugar, que, de los cuatro procedimientos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil (ordinario, ejecutivo, ejecución hipotecaria y venta extrajudicial ante notario —todos ellos previstos en la escritura de constitución de la hipoteca—), el de ejecución notarial es el único que precisa de un pacto expreso y que es el que menos garantías de contradicción presenta para el deudor, tanto en los motivos de la oposición como en la facultad de suspensión por alegaciones de posibles cláusulas abusivas.

Se sostiene, respecto del control de transparencia de la cláusula, que no consta el menor indicio de que se advirtiese expresamente al prestatario de que con la estipulación objeto del pleito se permitía a la acreedora acudir al procedimiento de ejecución más expeditivo de la legislación vigente, con práctica inexistencia en la normativa entonces vigente de toda posibilidad de que el prestatario consumidor pudiese alegar en dicho procedimiento objeción o excepción alguna, tales como cláusulas abusivas e incluso error en la cuantía reclamada, de modo que la única opción que le queda es interponer un procedimiento declarativo ordinario, el cual, además, tampoco suspendía la ejecución.

Respecto del control de contenido de la cláusula de sumisión, considera que, en el caso concreto y con la regulación legal y reglamentaria entonces vigente, se trata de una cláusula capaz de suprimir u obstaculizar el ejercicio de la acción judicial o de recursos por parte del comprador, esto es, en este caso, un consumidor que concierta como prestatario un préstamo hipotecario.

En el caso concreto, la Audiencia Provincial entiende que se produce un desequilibrio entre las posiciones jurídicas de las partes, en perjuicio del consumidor y correlativo beneficio de la entidad bancaria, al permitirle a la entidad bancaria acudir a este procedimiento y considerar que se ha inducido al consumidor a suscribir el contrato, sin darle la suficiente explicación de la relevante disminución de sus derechos de defensa. Considera la Sala que el presente supuesto guarda alguna analogía con aquellos en los cuales la jurisprudencia ha considerado la nulidad de sumisión a cláusulas arbitrales.

Por lo anterior, declara la nulidad, por abusiva, de la cláusula del préstamo hipotecario que acuerda la sumisión al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria.

Consumo. Nulidad de los contratos de adquisición de aportaciones financieras subordinadas (AFS) de Eroski y de Fagor, siendo obligación de la Caja intermediaria restituir las prestaciones contractuales

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 1 de septiembre de 2014

Unos inversores interesaban la declaración de nulidad de los contratos firmados con la entidad financiera intermediaria, por considerar que no se les proporcionó suficiente información previamente a su contratación y que, en consecuencia, medió un error en el consentimiento contractual que prestaron.

Ante las alegaciones de los demandantes, la Caja demandada formula una serie de argumentos que la Audiencia Provincial de Álava rechaza. Así, por un lado, no acepta la caducidad de la acción de nulidad, recordando que el cómputo del plazo de cuatro años para el posible ejercicio de la pretendida acción se produce a partir de la consumación del contrato, momento que identifica con la realización de todas las obligaciones exigibles a ambas partes.

Por otro lado, la Caja demandada argumenta que actuó como mera intermediaria entre el emisor de los productos financieros contratados y los inversores que decidieron adquirirlos. Sin embargo, la sentencia concluye que en estos casos no se trata de colocar una emisión de valores previamente anunciada, en la que el cliente demanda la compra al banco, sino que existe una labor profunda del intermediario financiero, quien carga con una serie de obligaciones de información. Ante la falta de prueba de que esta información se aportó de manera efectiva, debe entenderse que no fue así.

En el caso concreto, los demandantes firmaron una orden de valores directamente con una entidad financiera, que operaba como mandataria de Eroski y Fagor, sin expresar en la orden que actuaba en nombre de ellos, de tal manera que la Sala considera que quedó obligada directamente con los demandantes. Además, la Sala también concluye que los demandantes incurrieron en error debido al incumplimiento de la entidad financiera de su obligación de asegurarse de que los inversores entendían la operación suscrita en su integridad, no considerando lógico exigir a los emisores cargar con las consecuencias de este incumplimiento.

Por todo ello, la Sala concluye que la condición de intermediario no exime de la responsabilidad de restituir las prestaciones, incluidos los títulos y sus intereses, en caso de que el contrato celebrado se declare nulo. No se acepta como argumento que el dinero pagado por los inversores haya sido entregado al emisor o al anterior titular de las AFS adquiridas, puesto que, en su caso, el intermediario tendrá que hacer valer sus intereses a través de las acciones que le asisten para ello.

Consumo. Dos sentencias desestiman acciones de nulidad contra las cláusulas de contratos de préstamo hipotecario que vinculaban los intereses ordinarios al Euríbor

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Barcelona, de 17 de junio de 2014, y del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia, de 5 de septiembre de 2014

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona resuelve sobre la demanda interpuesta por dos personas físicas contra una entidad financiera por considerar abusivas distintas cláusulas del contrato de préstamo hipotecario de su vivienda habitual.

Por su parte, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Valencia resuelve sobre la acción de nulidad interpuesta por el fiador de un préstamo hipotecario contra determinadas cláusulas del contrato acordado entre una sociedad mercantil (de la que el actor es administrador) y una entidad financiera.

En ambos procedimientos, los actores impugnaban, entre otras, la cláusula que vincula los intereses ordinarios a la evolución del índice euríbor por considerarla abusiva.

Con carácter previo, debe reseñarse que ambas sentencias consideran que el índice euríbor forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario y, por tanto, afecta a un elemento principal del contrato. En consecuencia, siguiendo la doctrina del TS, ambos Juzgados consideran que solo se pueden entrar a valorar la abusividad de la cláusula si, previamente, esta no ha superado el control de transparencia.

Expuesto lo anterior, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia estima una excepción de falta de legitimación activa por entender que la prestataria, entidad mercantil, carece de la condición de consumidor necesaria para denunciar la abusividad de las cláusulas (y por ende también el actor/fiador). A pesar de ello, valora el fondo del asunto y considera que no es posible señalar el índice euríbor, y la referencia a él, como una condición general de la

contratación porque su utilización en este tipo de préstamos viene obligada por la normativa del regulador bancario español.

No obstante lo anterior, el Juzgado analiza la transparencia de la cláusula desde las dos perspectivas alegadas por el actor para justificar su falta: (i) que el consumidor no puede comprobar el cálculo del euríbor y (ii) que el índice ha sufrido manipulaciones.

De este modo, la sentencia concluye que (i) aunque el cálculo del euríbor resulta complicado para un particular, cualquier interesado puede conocerlo a través del *BOE*; y (ii) a pesar de que han existido prácticas anticompetenciales de manipulación del índice, no hay indicio alguno de que estas hayan afectado a los tipos de interés en los préstamos hipotecarios concedidos en España ni de que la entidad demandada hubiese intervenido en ellas.

Por su parte, la sentencia del Juzgado de Barcelona añade al razonamiento expuesto que las eventuales manipulaciones de dicho índice son conductas cuyo enjuiciamiento no procede por la vía jurisdiccional activada por los demandantes y que su control corresponde, en cambio, a otras instituciones de la Unión Europea y del Estado.

En definitiva, ambas sentencias consideran que la cláusula que vincula los intereses ordinarios al euríbor es clara y comprensible, por lo que no puede entrar a valorarse su abusividad. En consecuencia, ambas sentencias desestiman la acción de nulidad ejercitadas por los demandantes.

Arrendamientos. El Tribunal Supremo fija doctrina jurisprudencial sobre la moderación judicial de la pena pactada para el caso de desistimiento unilateral de las partes cuando la cláusula penal se declara abusiva

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 11 de marzo de 2014

La sentencia se refiere al alcance de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas en contrato de arrendamiento de servicios referidas a la pena convencional para el caso de desistimiento unilateral y, en particular, a la posible moderación judicial de la pena establecida en el contrato. El contrato enjuiciado es un contrato de servicios con prestación de mantenimiento de aparatos elevadores, celebrado bajo condiciones generales de la contratación.

A estos efectos, se plantea la existencia de sentencias contradictorias de las Audiencias Provinciales, existiendo posturas favorables a la validez con derecho a indemnización, por un lado, posturas contrarias a dicha validez sin derecho a indemnización, por otro, y posturas intermedias, en las que partiendo de la nulidad de las cláusulas abusivas, las sentencias establecen un mínimo de indemnización, en atención a las facultades moderadoras del artículo 1103 del Código Civil.

A la vista de la divergencia existente al respecto, el TS fija como doctrina jurisprudencial que la declaración de abusividad de las cláusulas predispuestas bajo condiciones generales de la contratación, que expresamente prevean una pena convencional para el caso del desistimiento unilateral de las partes, no permite la facultad judicial de moderación equitativa de la pena convencionalmente predispuesta, sin perjuicio del posible contenido indemnizatorio que, según los casos, pueda derivarse de la resolución contractual efectuada.

Arrendamientos. Sentencias del Tribunal Supremo que fijan doctrina jurisprudencial sobre el contenido del requerimiento resolutorio por impago de las rentas

Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28 de mayo y 23 de junio de junio de 2014

Las citadas sentencias enjuician supuestos de hechos muy similares y sirven al alto Tribunal para fijar doctrina jurisprudencial sobre el contenido del requerimiento resolutorio por impago de las rentas de un arrendamiento previo al desahucio.

La primera de las sentencias pone fin a un procedimiento verbal de desahucio por impago de cantidades asimilables a la renta —en concreto, el IBI—. Tras obtener un fallo desestimatorio en la instancia, la Audiencia Provincial dictó sentencia por la que declaró resuelto el contrato de arrendamiento. Frente a esa decisión, la representación procesal de la arrendataria interpuso recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Consideraba la recurrente en casación que se había conculcado el artículo 22.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula el requerimiento de pago previo al desahucio, sobre el que existe jurisprudencia menor contradictoria.

La segunda sentencia también resuelve sobre un procedimiento de desahucio instado contra el arrendatario por falta de pago de las rentas. Las sentencias de instancia y apelación consideraron enervado el desahucio por parte del demandado y no ordenaron su lanzamiento. Asimismo, consideraron que el requerimiento de pago fehaciente y previo efectuado por el arrendador era insuficiente para vedar la posibilidad de enervación dispuesta en el artículo 22.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Frente a esta decisión, el arrendador interpuso recurso de casación por considerar que el contenido de ese requerimiento fue suficiente y que existe jurisprudencia menor contradictoria al respecto.

En ambos casos, el alto Tribunal finalmente ordenó desahucio y estimó suficiente el contenido del requerimiento de pago previo conforme al artículo 22.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Al tratarlo en ambas sentencias, la Sala sienta doctrina jurisprudencial sobre su contenido y concreta que las exigencias del precepto son que (i) la comunicación contenga un requerimiento de pago de renta o cantidad asimilada; (ii) ha de ser fehaciente; (iii) ha de referirse a rentas impagadas; (iv) debe haber transcurrido el plazo legalmente previsto; y (v) el arrendatario no debe haber puesto a disposición del arrendatario las rentas debidas con anterioridad.

En cambio, al TS considera que no se puede exigir al arrendador que comunique (i) que el contrato va a ser resuelto y (ii) que no procederá enervación de la acción de desahucio si no se paga en el plazo indicado. La Sala afirma que la ley no obliga al arrendador a constituirse en asesor del arrendatario y que es comúnmente sabido que el impago de rentas genera la resolución del contrato. La posibilidad de enervación del desahucio no es un derecho del arrendatario que pudiera conllevar la necesaria información, sino que el derecho es el del arrendador a que le abonen las rentas impagadas.

Concursal. El fraude exigible para la calificación del concurso como culpable con base en el artículo 162.2.5.º de la Ley Concursal

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2014

La Sala del TS confirma las sentencias de instancia que califican el concurso como culpable y, en consecuencia, inhabilitan al administrador y socio único de la concursada por un plazo de dos años junto con la condena a abonar a la masa 296.700 euros en concepto de daños y perjuicios.

El TS reitera que el carácter fraudulento que exige el ordinal 5.º del apartado segundo del artículo 164 de la Ley Concursal para que la salida de bienes o derechos del patrimonio del concursado sea determinante del carácter culpable del concurso no proviene de su clandestinidad, que justificaría un alzamiento de bienes tipificado en el artículo 164.1.4.º de la Ley Concursal. El elemento de fraude en la salida de bienes o derechos ha de relacionarse con el exigido en el artículo 1291.3 del Código Civil para la acción rescisoria por fraude. Así, para que concurra el fraude no es precisa la existencia de un *animus nocendi*, un propósito de dañar o perjudicar y sí únicamente la *scientia fraudis*, es decir, la conciencia o el conocimiento de que se origina un perjuicio. Por tanto, aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, para que concurra fraude basta con la simple conciencia de causarlo porque el resultado perjudicial para los acreedores fuera conocido por el deudor o este hubiera debido conocerlo.

En el caso objeto del recurso, la sociedad deudora, a través de su administrador y socio único, realizó una reducción de capital de 296.700 euros que no cumplió los requisitos legalmente exigidos, no fue inscrita en el Registro Mercantil y tuvo como consecuencia que el activo social en que estaba invertida la práctica totalidad de la ampliación del capital social ejecutada anteriormente se destinara a la cancelación del préstamo personal solicitado por el administrador social.

Determina, por tanto, el TS que concurre el elemento del fraude dado que el administrador y socio único de la sociedad concursada aplicó un activo social a cancelar una deuda personal propia y además lo hizo mediante una reducción de capital ilícita en la que los acreedores no pudieron intervenir y ni siquiera conocer ya que no fue inscrita en el Registro Mercantil. Por ello, los hechos son suficientes para mostrar la existencia de fraude, al menos como conciencia de perjudicar a los acreedores, sin que pueda exigirse la prueba sobre la concurrencia de malicia o propósito de causar efectivo daño a los acreedores.

Concursal. No hay perjuicio patrimonial cuando las operaciones de reestructuración y refinanciación no imponen sacrificio patrimonial injustificado

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2014

En el supuesto de autos, uno de los acreedores de la concursada presentó demanda de incidente concursal ejercitando las acciones de reintegración previstas en el artículo 71 de la Ley Concursal. Con ello, solicitaba, en concreto, la rescisión de determinados pagos efectuados por la concursada con anterioridad a su declaración de concurso y derivados de un acuerdo de refinanciación acordado entre la concursada y determinadas entidades financieras acreedoras. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y fue confirmada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra.

Frente a esta decisión, se interpuso oportuno recurso de casación. En su primer motivo de casación, la parte recurrente considera que, con base en el artículo 71.3.2.º de la Ley Concursal, existe perjuicio patrimonial injustificado cuando se garantizan con hipoteca obligaciones preexistentes y, además, supone conceder un privilegio a unos acreedores en contra de la *par conditio*. Señala la recurrente, por tanto, que tales operaciones son objetivamente perjudiciales para la masa.

Sin embargo, la Sala considera que la recurrente olvida que el precepto que se dice infringido por las sentencias de instancia dice literalmente que «salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume (...)» y, por tanto, las consideraciones de la recurrente deben hacerse proyectadas al caso concreto, en función de los hechos acreditados y probados en el procedimiento en orden a destruir la presunción del perjuicio. Ante este planteamiento, el TS determina que en realidad la recurrente pretende imponer su propia percepción de la realidad, alterando la base fáctica de la sentencia recurrida y forzando un interés casacional artificioso para construir una infracción de jurisprudencia inexistente, por lo que acuerda su desestimación.

En su segundo motivo de casación, la recurrente denuncia la infracción de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal por considerar que las operaciones deben ser objeto de rescisión concursal porque, si hubo un plan de viabilidad, este no se habría ajustado a las exigencias establecidas en el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. A este respecto, la Sala señala que este Real Decreto-ley pretendía proporcionar seguridad jurídica a las partes a determinadas operaciones de reestructuración y de financiación, o ambas, con el fin de que, si se daban ciertos requisitos, fueran irrevocables frente a las acciones de reintegración. Por ello, en modo alguno puede pensarse que la norma supuso que todos los acuerdos de refinanciación o de reestructuración debían ajustarse a los requisitos que en ella se establecen, so pena de poder ser rescindidos inevitablemente. Por tanto, ni la norma que introduce los acuerdos de refinanciación (la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 3/2009) ni las posteriores reformas concursales que los ha modificado (Ley 38/2011 y Real Decreto-ley 4/2014) impiden que, para los acuerdos de refinanciación que no se acojan a la protección específica prescrita recientemente en la disposición adicional cuarta y en el artículo 71 *bis* de la Ley Concursal, deba seguir examinándose caso por caso si existe o no sacrificio patrimonial injustificado como venía haciéndose hasta ahora, pues, aunque los acuerdos no se ajusten a los requisitos exigidos por las nuevas normas, pueden ser igualmente inmunes si no comportan perjuicio concursal en el sentido del artículo 71 de la Ley Concursal.

En definitiva, el TS considera que los acuerdos de refinanciación alcanzados con el deudor, distintos a los contemplados en la disposición adicional cuarta y los especiales regulados en el nuevo artículo 71 *bis* introducidos por el Real Decreto-ley 4/2014 nada impiden que pueda probarse que no ha existido perjuicio, destruyendo la presunción *iuris tantum* del artículo 71.3 de la Ley Concursal.

Concursal. Créditos contingentes: Créditos resultantes de la resolución extrajudicial de un contrato sin que se haya iniciado proceso alguno para decidir la procedencia de la resolución

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2014

En el caso de autos, dos sociedades habían entregado a una tercera empresa cantidades de dinero en concepto de arras penitenciales en el momento de celebrar sendos precontratos de compraventa de las participaciones en que se dividía el capital de una sociedad brasileña. Posteriormente, las dos sociedades compradoras declararon resueltas las respectivas relaciones contractuales por causa de incumplimiento que imputaron a la sociedad vendedora, la cual, a su vez, consideró incumplidoras a las dos primeras, sin que mediara demanda judicial alguna.

Tras la declaración de concurso de la sociedad vendedora, los créditos de las sociedades compradoras sobre las arras fueron incluidos como contingentes en el informe presentado por la administración concursal debido a su carácter litigioso.

Tras haber sido desestimadas las demandas incidentales en primera instancia y los correspondientes recursos de apelación en segunda instancia, el TS resolvió desestimar también los recursos de casación interpuestos por las sociedades compradoras por entender que el eventual derecho de una u otra parte a recibir las sumas correspondientes a las arras depende de cuál de ellas haya incumplido y de que el incumplimiento tenga entidad resolutoria, lo que requiere una decisión judicial que constituye una suerte de *condicio iuris*. De esta forma, hasta que no exista tal pronunciamiento, los créditos mantendrán el carácter de expectativa, siendo análogos a los sometidos a condición suspensiva.

Concursal. Medidas cautelares en el marco de un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores

Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona de 24 de enero de 2014

Una persona física solicita como medida cautelar la imposibilidad de que puedan iniciarse o continuarse ejecuciones singulares sobre su patrimonio hasta la formalización del expediente notarial de nombramiento de mediador concursal para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

El Juzgado Mercantil n.º 3 de Barcelona estima la medida cautelar solicitada y ordena la suspensión de los procedimientos de ejecución singular contra el patrimonio del deudor hasta la designación de mediador concursal por el notario ante el que se inició el expediente extrajudicial de pago y la publicación de su inicio en los instrumentos correspondientes.

A pesar de que la suspensión de las ejecuciones, salvo en aquellos casos de ejecuciones reales, únicamente es posible una vez publicado el inicio del expediente extrajudicial —la cual se produce tras haberse designado por el notario a mediador y que este haya aceptado el cargo—, el Juzgado considera que la demora en el nombramiento del mediador y en la publicación de la apertura del expediente supone una clara vulneración de los principios de celeridad y flexibilidad que persigue la Ley de emprendedores que compromete seriamente las posibilidades de alcanzar el acuerdo extrajudicial pretendido por dicha norma, puesto que pueden iniciarse cualesquiera procedimientos ejecutivos contra el deudor que mermarían su patrimonio y colocaría a los acreedores que han iniciado la ejecución en una posición mejor a la del resto de acreedores.

Por este motivo, y en atención a la protección de los acreedores, el juez mercantil concluye que resulta razonable «forzar» la interpretación de la ley concursal, permitiendo la anticipación de alguno de los efectos de la publicación del expediente extrajudicial, debido a la evidente situación excepcional en la que se encuentra el deudor.

Varios. Las costas judiciales deben incluir las cuotas del IVA

Consulta tributaria vinculante VO888-14, de 31 de marzo de 2014

En su resolución de 31 de marzo de 2014, la Dirección General de Tributos concluye que, como las prestaciones de servicios profesionales contratadas por la parte ganadora en un procedimiento judicial deberían haber estado sujetas y no exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), el importe de las costas judiciales debe incluir las cuotas devengadas por dicho Impuesto.

Esta decisión, como recoge la propia Dirección General de Tributos, sigue la argumentación expuesta por el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de noviembre de 2005.

PROCESAL PENAL*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del Delito

Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del Delito, aprobado por el Consejo de Ministros el día 1 de agosto de 2014

El pasado 1 de agosto de 2014, el Consejo de Ministros remitió a las Cortes Generales el Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del Delito.

Este Estatuto parte de un 'concepto amplio' de víctima, más allá de la dimensión procesal, y tiene por finalidad «ofrecer, desde los poderes públicos, una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, y no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral».

El Proyecto transpone la normativa comunitaria en la materia y parece articular una respuesta al reclamo social construida sobre tres grandes ejes: (i) pretensión de máxima amplitud en la solución jurídica y social; (ii) ofrecimiento de mayores facilidades para el ejercicio y tutela de los derechos de la víctima; y (iii) individualización del trato dispensado a cada víctima.

Las principales previsiones de este Proyecto de Ley son las siguientes:

- (i) Se introduce la prohibición a abogados y procuradores de ofrecer a las víctimas de grandes catástrofes sus servicios profesionales hasta transcurrido un mes desde el suceso.
- (ii) Asimismo, se reconocen una serie de derechos procesales y extraprocesales a las víctimas, estén o no personadas en el proceso penal. Entre ellos se encuentran el derecho a la traducción de las resoluciones que se adopten y el derecho a estar acompañada y a ser informada sobre la causa abierta por el delito que sufrió; derechos ambos que, hasta la fecha, se hallaban reservados exclusivamente a las víctimas personadas en el proceso.
- (iii) El Proyecto modifica también los artículos 636 y 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, previendo la notificación del auto de sobreseimiento a las víctimas del delito, por correo o comunicación electrónica, y la posibilidad de que las mismas, personadas o no, puedan recurrir dicho auto en los 20 días siguientes.
- (iv) Por último, con el objetivo de evitar una segunda victimización, el Proyecto desarrolla el régimen de medidas de protección de las víctimas. A modo de ejemplo, en el caso de los menores perjudicados, sus declaraciones podrán ser grabadas para reproducirlas posteriormente durante el acto del juicio.

2 · JURISPRUDENCIA

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se aparta de la jurisprudencia establecida por la Sala de lo Social en materia de secreto de las comunicaciones en el ámbito empresarial

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal (Sección 1.ª), de 14 de junio de 2014

La Sala de lo Penal del TS, en un pronunciamiento *obiter dictum* —y, por tanto, sin carácter de precedente jurisprudencial— entra a analizar la eficacia probatoria, en el ámbito penal, de las comunicaciones interceptadas por la empresa a sus empleados.

* 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 y Carlos Morales Ruíz, del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid y Valencia).

Esta cuestión ya había sido objeto de debate jurisprudencial, si bien en el orden social, debate al que pusieron fin, al menos aparentemente, las sentencias de 26 de septiembre de 2007 y de 6 de octubre de 2011 de la Sala de lo Social del TS, al delimitar el alcance del control por el empresario sobre los medios informáticos puestos a disposición de sus empleados. En concreto, la sentencia de 26 de septiembre de 2007 establecía en su fundamento jurídico tercero que *«el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario ‘como propietario o por otro título’ y éste tiene, por tanto, facultades de control de la utilización, que incluyen lógicamente su examen»*. Para llevar a cabo este examen, continuaba esta línea jurisprudencial, la empresa debía *«establecer previamente las reglas de uso de esos medios –con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales– e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso»* (fundamento jurídico cuarto de la sentencia de 26 de septiembre de 2007 y fundamento jurídico cuarto de la sentencia de 6 de octubre de 2011). Es decir, de conformidad con estas sentencias, el empresario podía intervenir las comunicaciones del empleado realizadas a través de medios informáticos de la empresa, siempre y cuando hubiera establecido previamente una política (i) eliminando o limitando la expectativa de privacidad del empleado y (ii) especificando las posibilidades de control, y la hubiera comunicado al trabajador con anterioridad a la intervención. Esta doctrina fue también respaldada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 17 de octubre de 2012 y de 7 de octubre de 2013.

En la resolución ahora analizada, la Sala de lo Penal del TS estima que estos criterios deben quedar restringidos al orden social; es decir, parece admitir su aplicación a efectos de controlar el uso laboral de estos equipos, pero niega que estas conclusiones sean extrapolables al ámbito penal. En este sentido afirma que, para poder otorgar valor y eficacia probatoria en la jurisdicción penal a la interceptación de las comunicaciones por el empresario, *«resultará siempre necesaria la autorización e intervención judicial»*.

La nueva doctrina recogida en esta sentencia puede resumirse en los puntos siguientes:

(i) La Sala de lo Penal del TS aborda esta cuestión más desde la óptica del artículo 18.3 CE (derecho al secreto de las comunicaciones), que desde el artículo 18.1 CE (derecho a la intimidad). El primero de estos artículos exige expresamente una resolución judicial para que pueda ceder el derecho fundamental protegido, cuestión que, sin embargo, no contempla el tenor literal del artículo 18.1 CE.

(ii) Esta resolución rechaza la eficacia de una ‘renuncia-autorización’ por el empleado para validar la intervención de sus comunicaciones por el empresario. Es decir, niega la eficacia del consentimiento del propio empleado para suplir la ausencia de autorización judicial. Quedaría por ver si esta ineficacia sería predicable también de un consentimiento otorgado *ad hoc*, ante la situación concreta en que vaya a producirse una intervención.

(iii) La Sala de lo Penal del TS busca proteger no solo el secreto de las comunicaciones del empleado, sino también de terceros ajenos a la empresa que hayan podido participar en esas comunicaciones. Pues la interceptación de las comunicaciones por el empresario *«produce automática e inmediatamente la injerencia en el correspondiente derecho al secreto de los terceros»* que se comunican con el empleado inspeccionado.

(iv) En última instancia, la Sala de lo Penal del TS, al exigir al empresario una previa autorización judicial, le somete al mismo régimen y requisitos aplicables, en materia de intervención de comunicaciones, a la Policía y al Ministerio Fiscal.

(v) Esta resolución establece finalmente una serie de excepciones, unos supuestos que no estarían amparados por el secreto de las comunicaciones y para los que, por tanto, no regiría *«la exigencia absoluta de la intervención judicial»*. Son los llamados ‘datos de tráfico’, la posible utilización del equipo informático para acceder a otros servicios de la red, como páginas web, o —y esta puede ser la excepción más relevante— *«los mensajes que, una vez recibidos y abiertos por su destinatario, no forman ya parte de la comunicación propiamente dicha»*.

De esta última exclusión parece deducirse, por tanto, que en el orden jurisdiccional penal no será necesaria la previa autorización judicial para intervenir las comunicaciones de un empleado cuando se trate de mensajes que ya ha recibido y abierto. Esta conclusión supondría que la

nueva doctrina recogida en la resolución de referencia no aplicaría al supuesto más habitual de intervención de comunicaciones en el ámbito empresarial.

Como vemos, son muchas las dudas suscitadas por esta sentencia, por lo que serán necesarias ulteriores resoluciones para aclarar la compatibilidad de este único pronunciamiento de la Sala de lo Penal del TS con la doctrina imperante en el orden jurisdiccional social, así como para comprobar su seguimiento por nuestros tribunales.

Distinción entre personas jurídicas imputables e inimputables, a la vista de que tengan un sustrato organizativo real o sean un simple instrumento para la comisión de hechos delictivos

Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 19 de mayo de 2014

En relación con el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, este auto de la Audiencia Nacional distingue, por primera vez, entre personas jurídicas imputables e inimputables. Esto es, entre personas jurídicas que pueden llegar a ostentar la condición de imputado en el proceso penal, con los correspondientes derechos y garantías que se derivan de dicha condición (arts. 118 y 119 LECrim.), y las que no.

El auto indica que las personas jurídicas que sean meros instrumentos para delinquir o pantallas para ocultar tras ellas actividades delictivas no son imputables. Este sería el caso de las personas jurídicas que carecen de una actividad legal o que la tienen de manera únicamente residual y aparente, para el cumplimiento de sus propósitos delictivos. Son, por tanto, personas jurídicas simuladas, no reales, simples instrumentos del delito. En cambio, sí serían imputables las personas jurídicas que cuentan con un verdadero sustrato organizativo, que tienen una actividad legal, incluso aunque dicha actividad sea menos relevante que su actividad ilegal.

La Sala de lo Penal afirma en su auto que el órgano instructor debe pronunciarse fundada y motivadamente sobre si la persona jurídica es o no imputable, debiendo asimismo permitir su personación en el procedimiento para que pueda ejercitar su derecho de defensa, incluso para que se le impute formalmente llegado el caso (y ello aunque la decisión del Juzgado sea que la persona jurídica es inimputable, por tratarse de un simple instrumento).

Así, en el supuesto de autos, la Sala de lo Penal acordó revocar la decisión del órgano instructor de denegar la personación en el procedimiento de una persona jurídica, por haberla considerado (tácitamente) inimputable, estimando la Sala que procede tenerla por personada para que pueda ejercitar su derecho de defensa. En este caso en particular, se trataba de una persona jurídica sobre la que el Juzgado había acordado la adopción de ciertas medidas cautelares reales, pudiendo por tanto ser responsable civil de los hechos investigados.

Condena a cuatro ex directivos de una caja de ahorros por delito continuado de administración desleal

Sentencia del Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 29 de mayo de 2014

En esta sentencia, el Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional condena a cuatro exdirectivos de una caja de ahorros por la comisión de un delito continuado de administración desleal, del que habían sido acusados por la contratación y dotación de dos pólizas de seguro, con la finalidad de cobrar una pensión por jubilación mediante pago único, al cesar su relación laboral con la caja por cualquier motivo. Todo ello fue llevado a cabo con la participación de un quinto exdirectivo, fallecido poco después de cobrar los derechos económicos consolidados a través de la póliza de seguro, habiendo sido llamados al proceso sus herederos como responsables civiles a título de partícipes lucrativos. En total, tres de los cinco exdirectivos percibieron las prestaciones aseguradas.

El órgano jurisdiccional fundamenta su sentencia en las consideraciones siguientes:

- (i) Pese a que los hechos fueron llevados a cabo de forma sucesiva por los acusados entre los años 2001 y 2010, los cuatro exdirectivos deben responder como coautores en virtud del principio de imputación recíproca de sus distintas contribuciones. En efecto, actuaron de común acuerdo, siguiendo un plan preconcebido.
- (ii) Los exdirectivos actuaron anteponiendo sus intereses particulares a los de la caja, violando los deberes de fidelidad y lealtad que les imponían sus cargos y las leyes.
- (iii) Con la contratación de las pólizas, en evidente conflicto de interés y de espaldas a la caja, los exdirectivos contrajeron obligaciones fraudulentas en perjuicio de esta, desapoderándola de parte de su patrimonio.

(iv) Para la consumación del delito de administración desleal basta con que se cause un daño a la integridad del patrimonio administrado, sin que sea necesario que lo distraído ingrese en el patrimonio del autor.

(v) Además de haber procedido a la contratación de las pólizas sin conocimiento ni consentimiento de la caja, los exdirectivos se procuraron derechos pasivos que no se hallaban reconocidos en sus respectivos contratos de alta dirección: la consolidación de sus derechos económicos en cualquier caso de cese o extinción de la relación laboral con la caja, incluidos, pues, los casos de despido procedente o disciplinario.

(vi) Los miembros de la Asamblea General, el Consejo de Administración y las diversas Comisiones de la caja carecían de los conocimientos económico-financieros para comprender las implicaciones de las maquinaciones urdidas por los exdirectivos para otorgarse derechos de los que carecían. Con base en ello y en la ilimitada confianza que les tenían, los exdirectivos, administradores de hecho, consiguieron manipular a los órganos de control de la caja.

En atención a la reparación del daño, llevada a cabo por los acusados a plena satisfacción de la entidad perjudicada, el Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional condena a uno de los exdirectivos a la pena de dos años de prisión, por su papel preeminente en el delito, y a la pena de un año de prisión a los tres restantes.

El Tribunal Supremo condena por delito de blanqueo de capitales en grado de tentativa al abogado contratado por los jefes de una organización criminal a fin de que diseñara una estrategia para recuperar parte del dinero incautado en el aeropuerto

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal (Sección 1.ª), de 6 de febrero de 2014

En esta resolución, el TS confirma en casación las condenas por delito de blanqueo de capitales a los integrantes de un grupo que se dedicó durante años a recoger, custodiar, empaquetar y trasladar físicamente dinero en metálico a Colombia. El dinero había sido generado en el mercado clandestino de cocaína. El alto Tribunal condena también por delito de blanqueo de capitales a los colaboradores de la organización criminal, distinguiendo entre coautores y partícipes en el blanqueo de capitales, en función de las actuaciones que realiza cada colaborador.

Entre los condenados en concepto de autores, resulta especialmente interesante el análisis que realiza el TS de la conducta llevada a cabo por el abogado contratado por miembros de la organización para que preste servicios legales de asesoramiento. En concreto, la conducta del letrado consiste en diseñar un plan para recuperar los más de 750.000 euros que habían sido intervenidos en la aduana del aeropuerto a dos pasajeros con destino a Colombia. El dinero pertenecía a una tercera persona y eran ganancias procedentes del tráfico de drogas.

El TS examina, en primer lugar, los requisitos para la apreciación del elemento subjetivo en el delito de blanqueo de capitales, en la modalidad del artículo 301.2 CP.

El alto Tribunal, siguiendo la jurisprudencia de la Sala, considera que la obtención de prueba directa será prácticamente imposible dada la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de «lavado» de dinero. Por ello, admite la posibilidad de recurrir a prueba indiciaria y la necesidad de inferir de los hechos el elemento subjetivo del tipo, a través de inferencias lógicas y racionales. A la vista de los hechos probados, el TS afirma que el abogado decide la realización de la acción, a pesar de tener sospechas claras de que la procedencia del dinero era ilícita. En estos supuestos, no cabe alegar un error o ignorancia relevantes para la exclusión del dolo.

En segundo lugar, la sentencia establece el límite entre las actividades de asesoramiento legal de los abogados contratados que se consideran «conductas neutras» y aquellas que superan el umbral de la neutralidad y deben considerarse ilícitas y típicas a efectos del delito de blanqueo de capitales del artículo 301.2 CP. En este sentido, no entra dentro de las funciones de asesoramiento legal de un letrado diseñar estrategias para la recuperación de un dinero a través de conductas dirigidas a la ocultación de la naturaleza u origen de la ilicitud del bien sobre el que se actúa. Así, debe aplicarse el delito de blanqueo si, para un potencial infractor, la posibilidad de contar con la conducta del letrado después del hecho (*ex post*) puede valorarse como un incentivo para realizar el delito previo que disminuya la capacidad disuasoria de la pena prevista para dicho delito. Es decir, 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.

PROPIEDAD INTELECTUAL, INDUSTRIAL Y COMPETENCIA DESLEAL*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Procedimiento para la restitución de bienes culturales clasificados o definidos por un Estado miembro como patrimonio nacional que han salido de forma ilegal del territorio de dicho Estado miembro

Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) N.º 1024/2012 (refundición)

La Directiva regula el procedimiento y las condiciones para que los bienes culturales clasificados o definidos por un Estado miembro como patrimonio nacional que hayan salido de forma ilegal del territorio de dicho Estado miembro puedan ser restituidos.

La Directiva prevé que el Estado requirente podrá interponer contra el poseedor y, en su defecto, contra el tenedor, ante los tribunales competentes del Estado requerido, una acción de restitución del bien cultural sacado ilegalmente de su territorio. Con carácter general, el tribunal competente ordenará la restitución del bien cultural. No obstante, cuando se ordene la restitución, el tribunal competente del Estado miembro requerido concederá al poseedor una indemnización equitativa, siempre que el poseedor pruebe que ha actuado con la diligencia debida en el momento de adquisición. Tanto esta indemnización como los gastos derivados de la ejecución de la decisión por la que se ordene la restitución del bien cultural serán sufragados por el Estado miembro requirente, sin perjuicio del derecho de este último a reclamar el reembolso de dichos importes a las personas responsables de la salida ilegal del bien cultural de su territorio.

La Directiva no afectará a las acciones civiles o penales de las que dispongan, de conformidad con la legislación nacional de los Estados miembros, el Estado miembro requirente y/o el propietario del bien cultural robado.

[España]

Derecho de remuneración de los autores por préstamos de sus obras realizados en determinados establecimientos

Real Decreto 624/2014, de 18 de julio, por el que se desarrolla el derecho de remuneración de los autores por préstamos de sus obras realizados en determinados establecimientos (BOE de 1 de agosto de 2014)

El Real Decreto 624/2014 tiene por objeto el desarrollo reglamentario del derecho de remuneración a los autores por los préstamos de sus obras en determinados establecimientos abiertos al público, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 37 y en la disposición transitoria vigésima del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Su objeto es regular el procedimiento de pago y los criterios objetivos para el cálculo de la cuantía de esa remuneración.

En primer lugar, se establece que la obligación de remuneración se aplica a los préstamos de obras realizados en museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español (todos ellos, conjuntamente, los «Establecimientos», y cualquiera de ellos considerado individualmente, el «Establecimiento»). No obstante, quedan exentos de esta obligación (i) los estableci-

* Esta sección ha sido coordinada por Agustín González. Para su elaboración ha contado con la colaboración de Álvaro Bourkaib, Nora Oyarzabal y María García, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

mientos de titularidad pública que presten servicios en municipios de menos de 5.000 habitantes; y (ii) las bibliotecas de las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español.

Respecto al hecho generador de la compensación, el Real Decreto aclara que los Establecimientos no pagarán por el acto de consulta de obras en el Establecimiento, por los préstamos de obras entre Establecimientos ni por el préstamo en beneficio de personas con discapacidad.

Por otro lado, se establece que los Establecimientos efectuarán el pago de la remuneración a través de las entidades de gestión de derechos de autor. Estas entidades podrán actuar para la recaudación a través de un representante único que actuará en representación de todas ellas.

En caso de que las entidades de gestión no actuaran mediante representante único, deberán establecer y aportar a los Establecimientos obligados al pago un acuerdo sobre los porcentajes o sistema de reparto acordados por todas las entidades concurrentes en la gestión de derechos de un mismo tipo de obra. Si no alcanzaran dicho acuerdo, la determinación de porcentajes o sistema de reparto podrá fijarse mediante laudo de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual o de otro órgano arbitral, previa suscripción del convenio arbitral por todas las entidades afectadas. Si finalmente las entidades concurrentes no alcanzaran dicho acuerdo, se establece que las cantidades debidas podrán ser consignadas por los Establecimientos.

El Real Decreto también se encarga de prever los mecanismos de colaboración entre la Administración General del Estado, las comunidades autónomas y las corporaciones locales para promover el cumplimiento efectivo de las obligaciones de remuneración que afecten a los establecimientos de titularidad pública. A este fin, dispone que el Consejo de Cooperación Bibliotecaria asumirá la misión de reunir y difundir cuanta información le suministren sus miembros en relación con la remuneración por préstamo.

Con respecto al cálculo de la cuantía de la remuneración, la norma regula que, siendo el préstamo la actividad que genera el derecho a la remuneración, los dos criterios utilizados serán: (i) los ejemplares de las obras sujetas a derechos de autor; y (ii) las personas que hacen uso efectivo del servicio de préstamo. El primero de ellos se sustanciará a través del cálculo del número de obras protegidas que ponga a disposición el Establecimiento mediante préstamo, mientras que el segundo se concretará en la determinación del número de ciudadanos que hagan uso efectivo del servicio de préstamo en el Establecimiento en cuestión.

Finalmente, el Real Decreto regula la distribución de la remuneración entre los autores, que se realizará a través de las entidades de gestión y con arreglo a criterios de proporcionalidad, objetividad y publicidad.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Las copias en pantalla y las copias en caché, efectuadas por un usuario final durante la consulta de un sitio de Internet, pueden realizarse sin autorización de los titulares de derechos de autor

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de junio de 2014 (as. C-360/13)

Las cuestiones prejudiciales que resuelve el Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») en esta sentencia se plantean en el marco de un litigio entre una organización que agrupa a profesionales de las relaciones públicas (la «PRCA») y un organismo creado por los editores de prensa de Reino Unido para conceder las autorizaciones colectivas relativas al contenido de periódicos (el «NLA»).

Los profesionales de las relaciones públicas que forman parte de la PRCA hacen uso de un servicio de seguimiento de medios de comunicación prestado por el grupo de sociedades Melwater que pone a su disposición, en línea, informes de seguimiento de artículos de prensa publicados en Internet elaborados en función de las palabras clave que les proporcionan los clientes. El NLA consideró que Melwater y sus clientes debían obtener una autorización de los titulares de derechos de autor para proveer y recibir el servicio de seguimiento de medios de comunicación, respectivamente. Melwater aceptó suscribir una licencia de base de datos procedentes de Internet. Sin embargo, la PRCA continuó sosteniendo que sus miembros no requieren autorización.

La posición del NLA es que esta actividad requiere autorización de los titulares de derechos de autor en la medida en que la consulta del sitio de Internet tiene como resultado la realización de copias en la pantalla del ordenador del usuario («copias en pantalla») y copias en el «caché» web del disco duro de dicho ordenador («copias en caché»). A juicio de NLA, estas copias constituyen reproducciones en el sentido del artículo 2 de la Directiva 2001/29, 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, que no están incluidas en la excepción prevista en el artículo 5, apartado 1 de esa Directiva.

En este contexto, el tribunal de Reino Unido plantea al TJUE, en esencia, si el artículo 5 de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que las copias en pantalla y las copias en caché, efectuadas por un usuario final durante la consulta de un sitio de Internet, cumplen los requisitos de ser provisionales, tener carácter transitorio o accesorio y formar parte integrante y esencial de un proceso tecnológico, y, por lo tanto, si estas copias pueden realizarse sin autorización de los titulares de derecho.

El TJUE responde afirmativamente, añadiendo que estas copias no perjudican injustificadamente los intereses legítimos de los titulares de derechos de autor. A este respecto, señala que los editores de los sitios de Internet son los que están obligados a obtener autorización de los titulares de los derechos de autor de que se trate, ya que son quienes ponen las obras a disposición de los internautas. De este modo, los intereses legítimos de los titulares de los derechos de autor afectados están correctamente protegidos.

La aplicación de la excepción por parodia debe respetar el equilibrio entre, por un lado, los titulares de derechos de propiedad intelectual y, por otro, la libertad de expresión del usuario de la obra protegida

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2014 (as. C-201/13)

El TJUE resuelve en esta sentencia tres cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal belga en el marco de un procedimiento relativo a la excepción por parodia prevista en el artículo 5.3, letra k) de la Directiva 2001/29 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.

Los hechos son los siguientes. Los derechohabientes del autor de unos famosos tebeos belgas demandaron a un miembro de un partido político por haber distribuido un calendario en el que se reproducía un dibujo que guardaba parecido con el representado en la portada de uno de los tebeos. En este último dibujo aparecía uno de los protagonistas del tebeo lanzando monedas a una muchedumbre que se afana por recogerlas. En la versión distribuida por el político, el protagonista es el alcalde de la ciudad de Gante y quienes recogen las monedas llevan burka o son personas de color. El demandado defiende que el dibujo controvertido es una caricatura política, permitida por la excepción de parodia prevista en la legislación belga. Por su parte, los titulares de derechos del tebeo alegan que en el caso no se dan los requisitos de la parodia.

En este contexto, la primera cuestión prejudicial que se plantea es si el concepto de «parodia» es un concepto autónomo de Derecho de la Unión, a lo que el TJUE responde afirmativamente.

Mediante las cuestiones segunda y tercera se pregunta al TJUE de qué modo debe entenderse la excepción de parodia. En particular, se pregunta si el concepto de parodia depende del cumplimiento de ciertos requisitos. El TJUE responde que la parodia tiene por características esenciales, por un lado, evocar una obra existente, si bien diferenciándose perceptiblemente de esta, y, por otro, plasmar una manifestación humorística o burlesca. Por tanto, el concepto de «parodia» en el sentido de la Directiva 2001/29 no se supedita a requisitos que impliquen la necesidad de que la parodia tenga un carácter original propio, más allá de la presencia de diferencias perceptibles con respecto a la obra original parodiada, pueda razonablemente atribuirse a una persona que no sea el propio autor de la obra original, incida sobre la propia obra original o mencione la fuente de la obra parodiada.

No obstante, el TJUE matiza que la aplicación en una situación concreta de la excepción por parodia debe respetar un justo equilibrio entre, por un lado, los intereses de los autores y otros titulares de derechos de propiedad intelectual y, por otro, la libertad de expresión del usuario de una obra protegida que invoque la excepción por parodia.

Para el litigio en concreto, el TJUE recuerda que la sustitución de los personajes que recogían las monedas en la obra original por personas con burka o personas de color podría transmitir un mensaje discriminatorio que llevase a que la obra protegida se asociara a tal mensaje. Si eso sucediese efectivamente, cuestión que corresponde apreciar al tribunal belga, los derechohabientes del autor de los tebeos tendrían en principio interés legítimo en que la obra protegida no se asociase a ese mensaje.

Por tanto, corresponde al tribunal belga valorar si la aplicación de la excepción por parodia, suponiendo que el dibujo controvertido responde a las características esenciales de la parodia, respeta el justo equilibrio de intereses en juego.

Las bibliotecas pueden digitalizar obras de sus colecciones para ponerlas a disposición de los usuarios a través de puntos de lectura digital

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 11 de septiembre de 2014 (as. C-117/13)

El Tribunal de Justicia resuelve tres cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal alemán en el marco de un procedimiento que enfrenta a una universidad y a una editorial de libros científicos. La editorial había demandado a la universidad por la digitalización y puesta a disposición de los usuarios de la biblioteca de la universidad de uno de sus manuales, que formaba parte de la colección de la biblioteca, de tal forma que los usuarios podían consultar el manual desde los puestos de lectura electrónica instalados en la biblioteca —no podían consultarse simultáneamente un número de ejemplares de la obra superior a los que figuraban en la colección de la biblioteca—. Los usuarios podían además imprimir la obra total o parcialmente y guardarla en una memoria USB.

El artículo 5.3, letra n) de la Directiva 2001/29 de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información dispone que los Estados miembros pueden establecer excepciones al derecho exclusivo de comunicación pública cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, en los locales de bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que «no son objeto de condiciones de adquisición o licencia». Por su parte, la legislación alemana permite la digitalización y puesta a disposición de obras de fondos de bibliotecas, museos o archivos para su consulta electrónica siempre que no se oponga a ello ninguna estipulación contractual.

A estos efectos, la editorial había tratado infructuosamente que la universidad adquiriese sus manuales en formato *e-book* bajo licencia y trató de hacer valer en su demanda esa oferta como fundamento para impedir que jugara la excepción para bibliotecas.

En este marco, el tribunal alemán planteó como primera cuestión si una obra es objeto de condiciones de adquisición o licencia, en el sentido del artículo 5.3, letra n) de la Directiva 2001/29, cuando el titular de los derechos ofrece a los establecimientos allí citados la celebración en condiciones adecuadas de contratos de licencia sobre la utilización de la obra. El TJUE responde negativamente y alega que, para ello, el titular de derechos y la biblioteca deberían haber celebrado un contrato de licencia o de utilización de la obra en el que se especificaran sus condiciones de uso de la obra. No basta la mera propuesta de celebración de un contrato.

En segundo lugar se plantea si ese precepto faculta a los Estados miembros para conceder a los establecimientos citados en él el derecho a digitalizar las obras que figuren en sus colecciones, cuando esto sea necesario para poner dichas obras en los terminales a disposición de los usuarios. El TJUE responde afirmativamente, siempre y cuando este acto de reproducción sea necesario para poner tales obras a disposición de los usuarios, a través de terminales especializados, en los locales de esos establecimientos.

A través de la tercera pregunta, el tribunal alemán plantea al TJUE si la excepción para las bibliotecas objeto del litigio ampara actos tales como la impresión en papel de las obras o su almacenamiento en memorias USB por los usuarios. El TJUE resuelve que estos son actos que están fuera del alcance de la excepción del artículo 5.3, letra n) de la Directiva 2001/29. Sin embargo, no hay inconveniente en que los Estados miembros autoricen esos actos a través de otras excepciones o limitaciones previstos por la Directiva 2001/29, en este caso, al derecho de reproducción (entre ellas, la «copia privada»).

Un periódico online cuyo contenido es enteramente controlado por la editora de prensa no es un prestador de servicios de intermediación de la sociedad de la información y no cabe aplicarle el régimen especial de responsabilidad de la Directiva 2000/31 de Comercio Electrónico

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Séptima, de 11 de septiembre de 2014 (as C-291/13)

Esta sentencia del TJUE resuelve varias cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal chipriota en el marco de un litigio que enfrenta a un particular, el Sr. Papasavvas, con una editorial de prensa, el redactor jefe de un periódico de la editorial y un periodista del mismo periódico. El Sr. Papasavvas alega que los artículos publicados por las demandadas en la versión *online* del periódico que editan constituyen actos de difamación. El tribunal chipriota considera que la solución del litigio del que conoce depende en parte de la interpretación de la Directiva 2000/31/ de Comercio Electrónico.

En la primera de las cuestiones prejudiciales resueltas se plantea al TJUE si el artículo 2, letra a) de la Directiva 2000/31 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «servicios de la sociedad de la información», definido en dicha disposición, incluye los servicios que ofrecen información en línea y por los cuales el prestador del servicio obtiene su remuneración, no del destinatario, sino de los ingresos generados por la publicidad que figura en una página de Internet. El TJUE responde afirmativamente a esta cuestión.

A continuación, el TJUE afirma que la Directiva 2000/31 de Comercio Electrónico no se opone a que un Estado miembro adopte un régimen de responsabilidad civil por difamación aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en su territorio. No obstante, matiza que el artículo 3.2 de la Directiva 2000/31 establece la regla de no restricción a la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información procedentes de otro Estado miembro, si bien en el caso no entra a examinar su posible incidencia ya que los servicios son prestados en el propio Estado miembro que plantea las cuestiones.

En respuesta a otra de las cuestiones prejudiciales planteadas, el TJUE destaca que una sociedad editora como la demandada, que publica en su página de Internet la versión digital de su periódico, tiene conocimiento de la información que se pone a disposición del público y ejercita un control sobre ella. Por tanto, no se puede considerar que se trate de un prestador de servicios de intermediación en el sentido de los artículos 12 a 14 de la Directiva 2000/31 ni, por ello, cabe aplicarle el régimen de exención de responsabilidad previsto en esos artículos.

Finalmente, el TJUE dispone que los artículos que regulan la responsabilidad de los intermediarios no permiten que el prestador de un servicio de la sociedad de la información se oponga al ejercicio de una acción judicial por responsabilidad civil en su contra y, por consiguiente, incluso a la adopción de medidas provisionales por parte de un órgano jurisdiccional nacional. Las limitaciones de la responsabilidad previstas en esos artículos pueden ser invocadas por el prestador de servicios con arreglo a las disposiciones del Derecho nacional que las transpongan o, de no existir estas, a efectos de interpretación conforme de dicho Derecho.

[España]

El procedimiento para reclamar la vulneración de derechos de propiedad intelectual no puede dirigirse solo contra un prestador de servicios de intermediación, sino que debe estar incurrido un responsable del servicio de la sociedad de información

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 22 de julio de 2014

La Audiencia Nacional ha estimado un recurso contencioso-administrativo y ha declarado la nulidad de la resolución de 6 de septiembre de 2012 (la «Resolución») de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, sobre salvaguardia de derechos de propiedad intelectual en Internet (la «Comisión»).

La Resolución recurrida tuvo su origen en una solicitud del Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO) de iniciación del procedimiento de salvaguardia de derechos de propiedad intelectual del titular de una serie de obras literarias (las «Obras»). La Comisión acordó el inicio del procedimiento contra 10DENCEHISPAHARD, S.L., como responsable del servicio de la sociedad de la información, por tener disponible en su página web www.linksol.com las Obras y contra el prestador de servicios de intermediación, esto es, la sociedad responsable de la página www.quedelibros.com —parte recurrente de la Resolución— (el «Intermediario»).

La Resolución declaró a 10DENCEHISPAHARD, S.L., a los solos efectos del artículo 158.4 del TRLPI, responsable de una vulneración de derechos de propiedad intelectual, ordenándole la retirada de los contenidos que vulneraban estos derechos. Asimismo, añadió que para el caso de incumplimiento de la orden de retirada por parte del responsable del servicio de la sociedad de la información, se consideraba necesario que el Intermediario procediese a eliminar permanentemente cualesquiera enlaces en su página web www.quedelibros.com a las Obras, siempre que continuasen ofreciéndose en vulneración de derechos de propiedad intelectual. 10DENCEHISPAHARD interpuso recurso de reposición contra esa Resolución, que fue estimado al apreciarse que dicha sociedad no ostentaba la condición de titular de la página web www.linksole.com, manteniéndose el resto del contenido.

El prestador del servicio de intermediación interpone recurso contra la Resolución alegando que el procedimiento administrativo en cuestión no puede seguirse sin la existencia de un prestador de servicios de la sociedad de la información.

A estos efectos, la Audiencia Nacional recuerda que el artículo 158.4 TRLPI y el artículo 8 de la Ley de Comercio Electrónico son suficientemente claros haciendo referencia exclusivamente a los responsables de servicios de la sociedad de información. Por ello, el procedimiento no puede dirigirse formalmente contra los intermediarios, sin perjuicio de que se pueda exigir a estos últimos, con carácter subsidiario, determinados comportamientos a fin de asegurar la eficacia de las medidas que finalmente se adopten. Consecuentemente, la Audiencia declara la nulidad de la Resolución.

El Tribunal Supremo eleva dos cuestiones prejudiciales ante el TJUE en relación con la compatibilidad de un sistema de compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado con el Derecho de la Unión Europea

Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de septiembre de 2014

El alto Tribunal ha dictado un auto en el marco de un procedimiento en el que tres entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual (EGEDA, DAMA y VEGAP) impugnan el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, que regula el procedimiento para el pago de la compensación por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. El Real Decreto 1657/2012 desarrolla la disposición adicional 10.^a del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. Esta disposición adicional modifica el régimen de compensación equitativa por copia privada, disponiendo que se establecerá reglamentariamente el procedimiento de pago a los perceptores de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

Entre otros, en el procedimiento se discute si la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado es compatible con la Directiva 2001/29, de 22 de mayo de 2001, 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. En concreto, el debate se centra en si esa forma de compensación es compatible con el criterio de que sea el usuario de la copia privada quien soporte, aunque sea indirectamente, el coste de la compensación equitativa, por ser quien causa el perjuicio a los titulares de derechos de autor afectados, y si es admisible la restricción formal de que la cantidad total destinada a la compensación equitativa por copia privada se haga «dentro de los límites presupuestarios establecidos para cada ejercicio».

En el contexto de este debate, el TS eleva dos cuestiones prejudiciales al TJUE, con suspensión del señalamiento para deliberación y fallo del recurso contencioso-administrativo. Las cuestiones prejudiciales son las siguientes:

(i) ¿Es conforme al artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29 un sistema de compensación equitativa por copia privada que, tomando como base de estimación el perjuicio efectivamente causado, se sufraga con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sin que resulte por ello posible asegurar que el coste de dicha compensación sea soportado por los usuarios de copias privadas?

(ii) Si la anterior cuestión recibiese una respuesta afirmativa, ¿es conforme al artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29 que la cantidad total destinada por los Presupuestos Generales del Estado a la compensación equitativa por copia privada, aun siendo calculada con base en el perjuicio efectivamente causado, deba fijarse dentro de los límites presupuestarios establecidos para cada ejercicio?

Desestimada la demanda de una entidad de gestión que solicitaba el cese de las emisiones de televisión en los hoteles por no haber pedido la condena al pago de sus tarifas, sustrayendo del procedimiento judicial el debate sobre su equidad

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona, de 30 de septiembre de 2014

La entidad de gestión colectiva de los derechos de los productores audiovisuales (EGEDA) interpuso demanda contra varias sociedades titulares de la explotación de distintos hoteles, solicitando que fueran condenadas a cesar en las actividades de comunicación pública de las obras y grabaciones audiovisuales contenidas en las emisiones de televisión de terceras entidades de radiodifusión, así como otra serie de medidas complementarias, como es el precinto de los aparatos utilizados para la emisión de la señal de televisión.

EGEDA alegaba que los hoteles no habían obtenido la licencia requerida para comunicar públicamente su repertorio a través de sus televisiones. Por su parte, las demandadas, si bien reconocían que carecían de la autorización de EGEDA, se oponían a la demanda interpuesta, argumentando, entre otros, que al haber optado EGEDA por la pretensión más gravosa eludiendo otras más adecuadas al caso, como sería la de la petición de indemnización, se vulneraba el principio de proporcionalidad y su pretensión suponía un abuso de derecho.

El Juzgado destaca que, en los términos en los que se ha ejercitado la acción, no ha sido objeto de valoración si la tarifa exigida por EGEDA es equitativa ni se ha solicitado la imposición de una tarifa concreta, de manera que se ha conculcado por parte de la entidad de gestión la obligación de contratar la concesión de autorizaciones en condiciones razonables. La estimación de la demanda supondría imponer a las demandadas la obligación de contratar en cualquier circunstancia, aun en el caso de que la solicitud de la actora no fuera razonable. Por todo ello, el Juzgado desestima finalmente la demanda

PROTECCIÓN DE DATOS*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Modificaciones y propuestas legislativas

Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (BOE de 10 de mayo de 2014)

A efectos de protección de datos personales, la nueva ley general de telecomunicaciones («LGTel») supone los siguientes cambios (además de derogar las anteriores leyes generales de telecomunicaciones, esto es, la Ley 11/1998, de 24 de abril, y Ley 32/2003, de 3 de noviembre):

- (i) Reagrupa preceptos antes dispersos relacionados con la protección de los datos de tráfico y de localización.
- (ii) Modifica ligeramente el régimen de comunicación de brechas de seguridad, mencionado expresamente entre las facultades de la Agencia Española de Protección de Datos las de inspección de las medidas de seguridad impuestas por los operadores y las de dictar instrucciones sobre las circunstancias en que se requiere que el proveedor notifique la violación de los datos personales.
- (iii) Modifica el régimen del *spam* y de las *cookies* de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico («LSSI»):

Spam

Se elimina la obligación de incluir al comienzo del mensaje la palabra «publicidad» o la abreviatura «publi» en comunicaciones comerciales a través de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente.

Para las comunicaciones comerciales por correo electrónico, se debe incorporar una dirección de correo electrónico así como «*otra dirección electrónica válida*» para poder manifestar la oposición a recibirlas.

Se considera como infracción grave el envío insistente o sistemático de comunicaciones comerciales no deseadas a un mismo destinatario (se elimina la referencia al envío de más de tres comunicaciones en el plazo de un año).

Cookies

En relación con el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones, se elimina la referencia a que «*deba proceder a su configuración durante su instalación o actualización mediante una acción expresa a tal efecto*».

Se tipifica como infracción de carácter leve la instalación de estos dispositivos sin el consentimiento del usuario y sin haberle informado previamente, y como infracción grave la reincidencia en la comisión de esta infracción leve cuando así se hubiera declarado por resolución firme dictada en los tres años inmediatamente anteriores a la apertura del procedimiento sancionador.

Con respecto a los responsables de infracciones, se incluye como responsable a la red publicitaria o agentes en los casos en los que no adopten medidas para exigir al editor o servicio de la sociedad de la información el cumplimiento de los deberes de información y la obtención del consentimiento del usuario, como consecuencia de la cesión de espacios propios para mostrar publicidad.

(iv) Modifica la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, en cuestiones de orden técnico respecto de las ordenes de cesión a los agentes facultados y el régimen sancionador.

* Esta sección ha sido elaborada por Cecilia Álvarez, Reyes Bermejo, Ana Irune, Helder Frias, Joana Torres Ereio, Joana Mota, Maria Goreti Rebêlo y Miguel Stokes, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona y Lisboa).

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Google Spain y el derecho al olvido

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014

El 13 de mayo de 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») dictó la sentencia por la que se resolvían las cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Nacional española. Estas cuestiones se referían al proceso contencioso-administrativo que la Audiencia Nacional debía resolver como consecuencia del recurso interpuesto por Google Inc. y su filial española Google Spain frente a la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos («AEPD»).

En aquella resolución de la AEPD, un particular solicitó a Google que, como empresa indexadora y motor de búsquedas, procediese a la desindexación de los datos relativos a un embargo que le afectaba y que había sido legalmente publicado en un periódico español, de tal forma que tras la aplicación de su solicitud la noticia relativa a dicho embargo no apareciese como resultado de una búsqueda relacionada con su nombre.

En primer lugar, el TJUE reconoce que los motores de búsqueda como Google (que extraen, registran, organizan, conservan y comunican información) tienen la consideración de responsables del tratamiento al determinar los fines y medios del tratamiento de los datos, sin perjuicio de que el mismo tratamiento se realice a través de un logaritmo matemático y con independencia de que no ejerza Google control alguno sobre los datos personales publicados en la páginas web de terceros.

En segundo lugar, considera que Google Inc. —compañía estadounidense— está sujeta a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal («LOPD») y a su normativa de desarrollo, al considerar que cuenta con un establecimiento en España en el marco del cual se realiza el tratamiento de datos. Esto se debe a que las actividades de la filial española de Google están indisociablemente ligadas a la promoción y venta en España de espacios publicitarios y que supone una vía imprescindible para rentabilizar la actividad de la matriz. El TJUE no entra a analizar el segundo supuesto en virtud del cual podría haber aplicado la normativa española a Google Inc. —que utilice medios de tratamiento en España—.

Por último, el TJUE en consonancia con la AEPD reconoce el «derecho al olvido» en Internet, como traducción en Internet del derecho de cancelación y oposición reconocidos tanto en la Directiva 95/46/CE como en la LOPD. El TJUE reconoce este derecho sin vincular la causa legítima del tratamiento de la fuente de la información y la del tratamiento del buscador, siendo en todo caso necesario realizar una previa ponderación de los intereses en juego. *El TJUE resuelve una cuestión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva de servicios de la sociedad de la información y su compatibilidad con procedimientos civiles.*

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2014

El litigio principal versa sobre una acción de indemnización interpuesta por un particular frente a una sociedad de prensa chipriota y su redactor jefe, con motivo de la publicación de artículos que el demandante consideraba difamatorios en dos páginas web de prensa nacional.

A la vista de la demanda, el tribunal competente de Chipre planteó una serie de cuestiones prejudiciales relacionadas con la interpretación y aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio del 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior («Directiva SSI»), aún no transpuesta en Chipre, que consideraba relevantes para resolver la acción.

El pasado 11 de septiembre de 2014 el TJUE dictó sentencia para resolver las cuestiones prejudiciales planteadas. En primer lugar, el TJUE declaró que el concepto de «servicios de la sociedad de la información» de la Directiva SSI incluye también los servicios que, constituyendo una actividad económica, no son remunerados por sus destinatarios (en particular, los servicios como los periódicos *online* que ofrecen información en línea y por los cuales el prestador del servicio obtiene su remuneración de las entidades cuyos anuncios se publican en la página web).

Por otro lado, el TJUE aclara que la Directiva SSI no se opone a la aplicación de un régimen de responsabilidad civil por difamación en un asunto como el que se examina en el litigio principal.

En cuanto a las limitaciones a la responsabilidad civil que establece la Directiva SSI para los prestadores de servicios intermediarios, el TJUE entiende que la sociedad editora de prensa no puede ser considerada como tal, ya que tiene conocimiento de la información publicada en su publicación digital, ejerce un control sobre ella y obtiene una remuneración con los ingresos de publicidad, y ello con independencia de que el acceso a la página web sea o no gratuito.

Por último, y aunque no resulta de aplicación al caso, el TJUE entra a valorar la compatibilidad de dichas limitaciones a la responsabilidad civil con los procedimientos de responsabilidad civil por difamación. El TJUE concluye que las limitaciones de responsabilidad para los prestadores de servicios intermediarios previstas en la Directiva SSI podrían aplicarse en procedimientos entre particulares siempre que se dieran los requisitos para ello, pero que dichas limitaciones de responsabilidad no permiten al prestador de servicio oponerse al ejercicio de una acción de responsabilidad civil en su contra ni a la adopción de medidas provisionales.

[España]

El Supremo entiende que los datos profesionales de un abogado están incluidos en el ámbito de aplicación de la LOPD, y que los responsables de los ficheros de morosos deben atender las solicitudes de cancelación cuando existan indicios razonables de que los datos comunicados por el acreedor no son pertinentes

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de mayo de 2014

En la sentencia objeto de recurso, la Audiencia Nacional confirmó la condena a una empresa a pagar una indemnización de 5.000 euros a un abogado, en concepto de daño moral por la intromisión ilegítima en su derecho fundamental al honor por su inclusión indebida en un fichero de morosos, y, por otra parte, la absolución de la entidad responsable del fichero de morosos en el que se incluyeron sus datos, por entender que esta había cumplido con las obligaciones que le impone el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que desarrolla la Ley Orgánica de Protección de Datos («RLOPD»), en relación con la solicitud de cancelación de los datos que le comunicó el abogado, al haberla trasladado al acreedor.

El abogado interpuso recurso de casación alegando que la actitud pasiva de la responsable del fichero de morosos, que no procedió a la cancelación de los datos pese a que le envió pruebas suficientes de la falta de pertinencia de su inclusión en el fichero, vulneró su derecho a la protección de datos.

Sorprendentemente, el TS, a diferencia de las sentencias de instancia, parte de la premisa de que el tratamiento de datos del abogado no está excluido del ámbito de aplicación de la LOPD por el hecho de tratarse de un profesional, sin perjuicio de que algunos de los datos, tales como el nombre comercial o la actividad comercial, sí queden excluidos de la ley.

Sobre esta base, el alto Tribunal entiende que la entidad responsable del fichero de morosos, en tanto que responsable de dicho fichero y del tratamiento de los datos de los «morosos», está obligada al cumplimiento de los principios generales de la LOPD en relación con la calidad de los datos y la cancelación o rectificación de los datos que no respondan a estos principios.

El hecho de que los ficheros de morosos tengan su tratamiento específico en la LOPD (que permite el tratamiento de los datos de los deudores sin su consentimiento si se cumplen los requisitos para ello) y en el RLOPD (que obliga al responsable del fichero a trasladar la solicitud al acreedor en cuestión) no implicaría que el responsable del fichero solo pueda rectificar o cancelar los datos del interesado si así se lo indica el acreedor, lo que según el Tribunal supondría una restricción injustificada del derecho a la protección de datos.

Por tanto, el Tribunal entiende que los responsables de los ficheros de morosos deben dar una respuesta fundada al ejercicio de los derechos de los interesados y cancelar los datos cuando el interesado haya aportado una justificación razonable de la falta de pertinencia de los datos incluidos en el fichero de morosos, sin que sea suficiente ampararse en la confirmación del acreedor de la pertinencia de los datos.

El Tribunal admitió este motivo de casación y condenó solidariamente a la entidad responsable del fichero de morosos al pago de la indemnización, ya que, con la vulneración del derecho de protección de datos del abogado, participó en la intromisión de su derecho al honor.

El empleador debe informar previamente a los trabajadores de la utilización de sistemas de videovigilancia para controlar la actividad laboral

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 13 de mayo de 2014

El TS desestima el recurso interpuesto por un supermercado frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, que confirmaba la nulidad del despido de una empleada basado en imágenes grabadas mediante un sistema de videovigilancia. La causa del despido fue que las cámaras captaron cómo la empleada, cajera del supermercado, no cobró determinados artículos a su pareja.

Haciéndose eco de la doctrina constitucional, el TS entiende que la utilización de las imágenes captadas por cámaras de videovigilancia para controlar la relación laboral debe respetar el principio de la protección de datos personales de información previa, expresa, clara e inequívoca a los trabajadores sobre las características y el alcance del tratamiento (en particular, sobre la posibilidad de utilizar las imágenes para imponer sanciones disciplinarias por incumplimientos laborales). Afirma el Tribunal que no existe ninguna habilitación legal que permita a los empleadores omitir la información a los empleados en estos casos.

En el caso de autos, el TS entiende que el supermercado incumplió este deber de información, ya que, cuando instaló el sistema de videovigilancia, informó a la representación de los trabajadores de que su fin era evitar robos de los clientes, negando expresamente su utilización para el control laboral. Esta irregularidad no queda subsanada por el hecho de que las cámaras fueran apreciables a simple vista, existieran distintivos o los empleados conocieran su instalación.

Además, el Tribunal diferencia los hechos objeto de la sentencia respecto de aquellos casos en los que los empleadores, una vez que han advertido irregularidades en el comportamiento de un empleado, instalan cámaras para comprobar dichas irregularidades de forma temporal y lo comunican a la representación de los trabajadores, en los que se ha admitido la utilización de las imágenes para imponer sanciones sin información previa a los empleados afectados.

La sentencia cuenta con un voto particular en el que el magistrado entiende que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del supermercado al denegarle la práctica de la prueba de las grabaciones y se plantea si, en supuestos de hallazgos casuales en los que las cámaras captaran delitos graves, dicha prueba sería o no aceptada por los tribunales pese a que no se hubiera informado.

Sanción de 600.000 por incumplir un requerimiento de la AEPD de inmovilizar un fichero

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de abril de 2014

La Audiencia Nacional desestima el recurso presentado por una empresa, dedicada a la explotación de bases de datos y su puesta a disposición a terceros, contra una resolución de la AEPD por la que se impone una multa de 600.000 euros por incumplimiento de la obligación de inmovilización de un fichero con datos de más de 36 millones de afectados (conforme le había ordenado la AEPD) y no cesar en el tratamiento ilícito de los datos personales contenidos en dicho fichero. Esta empresa recibió siete sanciones más entre 2007 y 2009 (que ascendían a casi cinco millones de euros), seis de ellas confirmadas por la Audiencia Nacional.

3 · DECISIONES DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

[Unión Europea]

El Grupo de Trabajo del artículo 29 emite una opinión sobre el «Internet De Las Cosas»

Opinión 8/2014 sobre los recientes avances en el Internet de las Cosas, de 16 de septiembre de 2014

El Grupo de Trabajo del Artículo 29 analiza en esta opinión el «Internet de las cosas» («*Internet of Things*» o «*IoT*»), que define como infraestructuras integradas en objetos o dispositivos del día a día («cosas»), a las que se incorporan miles de millones de sensores, que están diseñadas para grabar, procesar, almacenar y transmitir datos, y que, en la medida en que están asociadas con

identificadores únicos, interactúan con otros dispositivos o sistemas a través de Internet (p. ej., pulseras que tramiten tus pulsaciones a una página web de deporte).

Los interesados en el IoT pretenden ofrecer nuevas aplicaciones y servicios de IoT mediante la recogida y posterior combinación de los datos de los interesados, ya sea para analizar un ámbito concreto de ellos u observar sus hábitos de comportamiento. En consecuencia, con carácter general, el IoT implica el tratamiento de datos personales de sus usuarios.

El Grupo de Trabajo del Artículo 29 analiza el IoT bajo el prisma de la Directiva 95/46/CE y pone de relieve los distintos aspectos de esta tecnología que generan riesgos para la privacidad, tales como la falta de conciencia de muchos interesados del tratamiento de sus datos por estos dispositivos, la cada día mayor dificultad de identificación de estos dispositivos, las posibilidades de cruzar información para obtener perfiles de las personas, la falta de anonimato en el uso de estos dispositivos o la falta de control de la información.

Por último, el Grupo de Trabajo facilita una serie de recomendaciones para facilitar la aplicación de los requisitos de la legislación europea de protección de datos al IoT, dirigidas a la totalidad de los agentes, a los fabricantes y a los que desarrollan las aplicaciones, entre otros. El Grupo remarca que también resultan de aplicación las recomendaciones emitidas previamente en relación con los dispositivos inteligentes.

4 · AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

[España]

La AEPD estima el derecho de cancelación frente a la Dirección General de Tráfico

Resolución de tutela de derechos de la Agencia Española de Protección de Datos, de 21 de julio de 2014

La AEPD estima la reclamación realizada por una interesada contra la Dirección General de Tráfico («DGT») por no atender su derecho de cancelación. La interesada había sido objeto de un delito de estafa consistente en la adquisición de un vehículo por un tercero que usurpó su identidad, constando en los ficheros de la DGT que el vehículo era de su titularidad. El juzgado de instrucción competente dictó auto en el que, pese a entender que los hechos denunciados por la interesada eran constitutivos de delito, ordenaba el sobreseimiento provisional del proceso por no ser posible identificar a los culpables.

Al no haber recibido de la DGT comunicación de la anotación del procedimiento ordenada por el juzgado, la interesada procedió a ejercer su derecho de cancelación y, de forma subsidiaria, de rectificación frente a la DGT, indicando que no era la propietaria del vehículo, reclamación que no fue atendida por la DGT.

La AEPD declaró que, tras quedar acreditado mediante el auto del juzgado que los datos que constan en los ficheros de la DGT en relación con la titularidad del vehículo no son exactos, la DGT debe atender la solicitud de cancelación de los datos en el plazo de 10 días.

Sanción de 25.000 euros en materia de cookies

Resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 14 de mayo de 2014

La AEPD impone una sanción de 25.000 euros a Google Inc., por utilizar *cookies* no estrictamente necesarias sin cumplir con las obligaciones de información y consentimiento establecidas en la LSSI.

En el presente caso, la AEPD atribuye a Google la instalación de *cookies* en todos los blogs configurados a través de la plataforma Blogger (titularidad de Google) sin informar previamente a los editores ni a los usuarios de los blogs. Según la AEPD, la falta de información de Google sobre las *cookies* a los editores de los blogs impide que estos, a su vez, puedan trasladársela con anterioridad al inicio de la navegación a los visitantes que acceden a sus blogs para que puedan consentir, o no, su uso contando con la información adecuada para ello, y, por otro lado, Google tampoco

informa directamente a dichos visitantes. Además, Google no ofrece opciones de configuración que permitan a los editores bloquear el uso de las *cookies* que dicha compañía instala por defecto.

Cabe señalar que la AEPD aplica el principio de retroactividad tipificando la sanción conforme al nuevo régimen sancionador de la LSSI (recientemente modificado por la LGTel).

Cookies: su correcta presentación y su contenido

Informes jurídicos n.º 0093/2014, 0196/2014 y 0011/2014, de la Agencia Española de Protección de Datos

La AEPD ha contestado tres consultas distintas relativas al cumplimiento de las obligaciones de información y consentimiento en el uso de *cookies*.

En lo que se refiere al sistema de información por capas, la AEPD afirma que en la medida en que el sitio web contenga una primera capa (mediante un *banner* o sistema equivalente), cabe que dicha primera capa contenga un enlace a una segunda capa que no consista exclusivamente en una política de *cookies*: «Lo esencial para esta Agencia es que la segunda capa sea identificable, es decir, que indique claramente que contiene información sobre *cookies*, y que sea accesible, es decir, que pueda consultarse. Desde este punto de vista, es válida tanto una segunda capa denominada «Política de *cookies*» como una denominada «Política de privacidad y *cookies*», con el correspondiente contenido. En la segunda capa, en definitiva, lo esencial no es que conste únicamente la política de *cookies*, sino que dicha segunda capa sea identificable como tal, de forma que su denominación incluya el término «*cookies*» u otro equivalente que permita determinar su contenido, y que tenga el contenido mínimo enunciado en el apartado anterior del presente informe».

Respecto al contenido mínimo de la segunda capa, la AEPD señala que (i) no es necesario mostrar la segunda capa de información en una tabla o de otro modo en que se especifiquen los nombres de todas y cada una de las *cookies*; (ii) la información puede mostrarse por grupos de *cookies*, siempre que exista identidad entre ellas y ello no produzca ambigüedad; y (iii) en la medida en que pueda ofrecerse información suficiente sobre la identificación del tercero y describirse la finalidad, no es necesario u obligatorio incluir enlaces a las páginas de los terceros que determinen de forma suficiente la finalidad de tales *cookies*; pero, en caso de incluirlo, el editor habrá de asegurarse que el hipervínculo se dirige a páginas que estén en castellano (o en la lengua cooficial utilizada en el sitio web), pero no en inglés, y de que no están obsoletos ni rotos.

La AEPD también se pronuncia sobre el consentimiento, subrayando que este debe ser expreso.

5 · VARIOS: AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

[España]

La AEPD participa en un análisis coordinado sobre las condiciones de privacidad de las aplicaciones móviles

La AEPD ha participado en un análisis coordinado para examinar las condiciones de privacidad de las aplicaciones de móviles más populares organizado por la Red Global de Control de la Privacidad, y en el que han participado, entre otras, las autoridades de protección de datos de Alemania, Canadá, Francia, Italia o Reino Unido. El objeto del análisis es fomentar el cumplimiento de la normativa de privacidad y de protección de datos y promover la concienciación de los usuarios.

El análisis se ha realizado a partir del estudio de más de 1.200 aplicaciones, gratuitas y de pago, y se ha centrado en analizar indicadores tales como el tipo de permisos solicitados por las aplicaciones (*e. g.*, ubicación, cámaras, contactos, etc.). Los resultados publicados en septiembre de 2014 muestran que, en general, las *apps* ofrecen información poco clara sobre el tratamiento de los datos personales, dicha información es difícil de acceder y se solicitan permisos excesivos.

SALUD Y ALIMENTACIÓN*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Ensayos clínicos

Reglamento (UE) n.º 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano, y por el que se deroga la Directiva 2001/20/CE

El objetivo de este Reglamento es la armonización de las normas de realización de ensayos clínicos en la Unión Europea, la flexibilización de los procedimientos y la facilitación de la práctica de estos ensayos en varios Estados miembros, preservando siempre los derechos, la seguridad, la dignidad y el bienestar de los sujetos del ensayo, especialmente de aquellos colectivos más vulnerables, como son los menores, los incapacitados o las embarazadas. Asimismo, el Reglamento deroga la Directiva 2001/20/CE, cuyo fin era simplificar las disposiciones administrativas por las que se rigen los ensayos clínicos en la Unión Europea.

El Reglamento armoniza las normas de realización de ensayos clínicos en la Unión, garantizando así el funcionamiento del mercado interior con vistas a facilitar la realización de un ensayo clínico en varios Estados miembros. Por una parte, deberán ser aceptados los datos obtenidos en un ensayo clínico realizado en un Estado miembro que se presenten en otro Estado miembro al solicitar autorización para otro ensayo clínico o para la comercialización de un medicamento. Por otro lado, se garantiza la libre circulación de los medicamentos utilizados en un ensayo clínico.

Asimismo, el Reglamento fija niveles elevados de calidad y seguridad de los medicamentos utilizados en un ensayo clínico, garantizando así la seguridad de los sujetos del ensayo.

El ámbito de aplicación del Reglamento abarca todos los ensayos clínicos realizados en la Unión Europea y no se aplica a los estudios no intervencionales. Asimismo, no podrán realizarse ensayos clínicos de terapia génica que produzcan modificaciones en la identidad genética germinal del sujeto.

El Reglamento aclara la definición de «ensayo clínico» de la Directiva 2001/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo e introduce el concepto más amplio de «estudio clínico», del cual el ensayo clínico es una categoría. Así, a efectos del presente Reglamento, se entiende por estudio clínico toda investigación relativa a personas destinada a:

- (i) descubrir o comprobar los efectos clínicos, farmacológicos o demás efectos farmacodinámicos de uno o más medicamentos;
- (ii) identificar cualquier reacción adversa a uno o más medicamentos, o
- (iii) estudiar la absorción, la distribución, el metabolismo y la excreción de uno o más medicamentos, con el objetivo de determinar la seguridad y/o eficacia de dichos medicamentos.

Se entiende por «ensayo clínico» el estudio clínico que cumpla cualquiera de las siguientes condiciones:

- (i) se asigna de antemano al sujeto de ensayo a una estrategia terapéutica determinada, que no forma parte de la práctica clínica habitual del Estado miembro implicado;
- (ii) la decisión de prescribir los medicamentos en investigación se toma junto con la de incluir al sujeto en el estudio clínico, o
- (iii) se aplican procedimientos de diagnóstico o seguimiento a los sujetos de ensayo que van más allá de la práctica clínica habitual.

* Esta sección ha sido redactada por José Solís, Antonio Javier Montoro y María Victoria Moreno, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez.

El capítulo II desarrolla el procedimiento de autorización de un ensayo clínico, que requiere la presentación de un expediente de solicitud que se somete a un examen científico y ético. El examen ético lo llevará a cabo un comité ético de conformidad con la legislación del país en cuestión e involucrará la opinión de personas legas, como pacientes u organizaciones de pacientes. Posteriormente, se presentará la solicitud en el «Portal de la UE» y se someterá al examen conjunto de los distintos Estados miembros implicados en el ensayo, emitiendo una decisión única que conceda —con o sin condiciones— o deniegue la autorización.

De este modo, el llamado «Portal de la UE» cobra especial relevancia como instrumento de coordinación, ya que todas las comunicaciones entre los promotores y los Estados miembros se canalizarán por este medio. Asimismo, se crea una base de datos de la UE en la que quedarán almacenados todos los documentos e información relativos a los ensayos clínicos y se harán públicos salvo cuando se justifique lo contrario por razones de confidencialidad.

El capítulo V del Reglamento se ocupa de la protección de los sujetos del ensayo y del consentimiento informado, y recoge medidas específicas de protección para determinados colectivos, como los sujetos incapaces, los menores o las mujeres embarazadas o en período de lactancia.

En cuanto a la seguridad de los ensayos clínicos, el Reglamento establece que la Agencia Europea de Medicamentos establecerá y mantendrá una base de datos electrónica para la notificación de acontecimientos adversos. El Reglamento regula también el sistema de notificación de reacciones adversas que deberán seguir tanto los investigadores en sus notificaciones al promotor como los promotores en las notificaciones a la Agencia.

Por último, el Reglamento también regula la fabricación, importación y etiquetado de los medicamentos en investigación y de los medicamentos auxiliares.

[España]

Agencia de Información y Control Alimentarios

Real Decreto 227/2014, de 4 de abril, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Información y Control Alimentarios

A través de este Real Decreto se aprueba el Estatuto de la Agencia de Información y Control Alimentarios (la «AICA»). Este organismo autónomo se adscribe al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (el «Magrama»). La AICA tiene como finalidades gestionar los sistemas de información y control de los mercados oleícolas, lácteos y los de aquellos otros que el Magrama determine y la monitorización del cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria (la «LMFCA»). Esta norma fue analizada en detalle en el número 36 de esta revista.

El artículo 3 del Estatuto señala cuáles son las funciones que puede desempeñar la AICA para el logro de las finalidades que le han sido encomendadas. Entre estas funciones destacamos aquellas directamente relacionadas con la supervisión de la cadena alimentaria:

- (i) Establecer y desarrollar el régimen de control necesario para comprobar el cumplimiento de lo dispuesto en la LMFCA. En este ámbito, se podrá comprobar la documentación contractual, mercantil, técnica, económica y, en su caso, de licitaciones, así como el origen, destino y características de las materias primas, los productos y subproductos afectados, incluso mediante toma de muestras y determinaciones analíticas, en cualquier fase de la cadena.
- (ii) Realizar las comprobaciones que corresponda respecto de las denuncias que le sean presentadas por cualquier persona física o jurídica, incluyendo asociaciones de operadores económicos o de consumidores, o que le sean trasladadas por otros órganos o administraciones al Magrama por posibles incumplimientos de lo dispuesto en la LMFCA, y, cuando proceda, iniciar e instruir el correspondiente procedimiento sancionador y formular la propuesta de resolución a la autoridad competente del Magrama o, en su caso, trasladarlas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, junto con las actuaciones realizadas.

(iii) Iniciar de oficio el procedimiento sancionador que corresponda por las irregularidades que constate en el ejercicio de sus funciones que supongan incumplimientos de lo dispuesto en la LMFCA, y, tras la correspondiente instrucción, proponer a la autoridad competente la resolución que proceda o, en su caso, formular denuncia debidamente documentada ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

(iv) Gestionar, mantener y difundir el Registro Estatal de Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria.

Cabe destacar que las actuaciones de control e inspección que lleve a cabo la AICA serán realizadas por funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus funciones, tendrán la condición de agentes de la autoridad.

Además, la AICA releva de sus tareas al organismo autónomo Agencia para el Aceite de Oliva y se subroga en todos los convenios, derechos, obligaciones y demás negocios jurídicos relativos o suscritos por la Agencia para el Aceite de Oliva.

Autorización de medicamentos de terapia avanzada de fabricación no industrial

Real Decreto 477/2014, de 13 de junio, por el que se regula la autorización de medicamentos de terapia avanzada de fabricación no industrial

Este Real Decreto es de aplicación a los medicamentos de terapia avanzada de uso humano. Estos medicamentos son preparados ocasionalmente de acuerdo con normas de calidad específicas y con el fin de cumplir una prescripción facultativa individual de un producto hecho a medida destinado a un solo paciente. Generalmente se trata de medicamentos en fase de investigación clínica.

El Real Decreto establece los requisitos y garantías de calidad, seguridad y eficacia que deben cumplir los medicamentos de terapia avanzada y fabricación no industrial excluidos de la regulación del 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, para poder ser autorizado su uso. Asimismo, regula el procedimiento para la obtención de la autorización de uso de estos medicamentos por parte de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.

Entidades Asociativas prioritarias

Real Decreto 550/2014, de 27 de junio, por el que se desarrollan los requisitos y el procedimiento para el reconocimiento de las Entidades Asociativas Prioritarias y para su inscripción y baja en el Registro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias, previsto en la Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario

Este Real Decreto desarrolla lo dispuesto en la Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario. La Ley 13/2013 fue analizada en el número 36 de esta revista. La norma fija los requisitos que deberán reunir las entidades asociativas prioritarias de carácter supraautonómico para su reconocimiento, inscripción y baja en el registro nacional y la documentación que debe acompañar a las distintas solicitudes. Estas deberán dirigirse al Director General de la Industria Alimentaria del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

Normas para la donación y almacenamiento de células y tejidos humanos

Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos

Este Real Decreto-ley ha sido aprobado con carácter de urgencia por el Consejo de Ministros tras la reciente sentencia del TS que anula por insuficiencia de rango el Real Decreto 1301/2006, que regulaba las normas de calidad y seguridad para la donación, obtención, evaluación, procesamiento, preservación, almacenamiento y distribución de células y tejidos humanos a la luz de tres Directivas comunitarias que tratan esta materia. El presente Real Decreto-ley reproduce

el contenido del anterior Real Decreto y añade una disposición transitoria que prevé su aplicación retroactiva a los procedimientos iniciados con anterioridad a su entrada en vigor.

Registro General Sanitario de Empresas Alimentarias y Alimentos

Real Decreto 682/2014, de 1 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto 191/2011, de 18 de febrero, sobre Registro general sanitario de empresas alimentarias y alimentos, y otros cuatro reglamentos sobre esta materia

De acuerdo con su exposición de motivos, este Real Decreto tiene como finalidades la eliminación de cargas administrativas e impulsar la actividad comercial. Para ello, elimina la exigencia de inscripción en el citado Registro de las aguas minerales naturales y aguas de manantial y de los productos alimenticios destinados a una alimentación especial, manteniendo los trámites precisos para adaptarse a la normativa comunitaria. Estos últimos trámites que permanecen son los referentes a la actualización del listado de aguas reconocidas en España citada en el apartado 1.b) 5.º del artículo 3 del Real Decreto 1798/2010, de 30 de diciembre, por el que se regula la explotación y comercialización de aguas minerales naturales y aguas de manantial envasadas para consumo humano, así como el procedimiento de notificación de primera puesta en el mercado de productos alimenticios destinados a una alimentación especial previsto en el artículo 10 del Real Decreto 2685/1976, de 16 de octubre, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-Sanitaria para la Elaboración, Circulación y Comercio de Preparados Alimenticios para Regímenes Dietéticos.

Declaración de medicamentos y productos sanitarios como bienes de contratación centralizada

Orden SSI/1075/2014, de 16 de junio, de declaración de medicamentos como bienes de contratación centralizada y Orden SSI/1076/2014, de 16 de junio, de declaración de productos sanitarios como bienes de contratación centralizada

Las presentes órdenes declaran de adquisición centralizada los suministros de determinados medicamentos y productos sanitarios, de conformidad con lo dispuesto por la disposición adicional vigésima octava del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

En cuanto a los medicamentos, se declaran de adquisición centralizada los clasificados por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios como medicamentos de uso hospitalario y aquellos para los que, en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad haya limitado su dispensación a los pacientes no hospitalizados a los servicios de farmacia de los hospitales. Para los productos sanitarios, la Orden incluye un listado en el que se recogen todos los productos sanitarios que se declaran de adquisición centralizada.

Productos dietéticos

Orden SSI/1329/2014, de 22 de julio. Modifica la cartera común suplementaria de prestación con productos dietéticos y las bases para la inclusión de los alimentos dietéticos para usos médicos especiales en la oferta de productos dietéticos del Sistema Nacional de Salud y para el establecimiento de los importes máximos de financiación

Esta Orden actualiza la cartera común suplementaria de prestación con productos dietéticos de acuerdo a las bases fijadas en el Real Decreto 1205/2010, de 24 de septiembre, por el que se fijan las bases para la inclusión de los alimentos dietéticos del Sistema Nacional de Salud, así como sus importes máximos de financiación.

[Portugal]

Investigação Clínica. Ensaios Clínicos com Medicamentos de Uso Humano e Dispositivos Médicos

Lei n.º 21/2014 (DR 75, SÉRIE I, de 16 de Abril de 2014)

Foi publicada a Lei n.º 21/2014, de 16 de abril, que procede à regulação da investigação clínica e vem revogar a Lei n.º 46/2004, de 24 de agosto («Lei 46/2004»), relativa ao regime jurídico aplicável à realização de ensaios clínicos com medicamentos de uso humano, e algumas dispo-

sições 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 46/2004, 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.

Neste âmbito, 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 entrou 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

[Espanña]

Cambio de medicamentos de dispensación en oficina de farmacia a dispensación hospitalaria: competencia exclusiva del Estado

Sentencia 1360/2014, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 12 de mayo de 2014

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía («TSJA») estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 15 de abril de 2011 de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía por la que se inadmite el recurso de alzada interpuesto por Farmaindustria contra la Resolución SC 0403/10, de 22 de diciembre, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se incluyen determinados medicamentos para tratamientos extrahospitalarios en la dispensación de los servicios de farmacia hospitalaria, por requerir una particular vigilancia, supervisión y control.

Aproximadamente 250 medicamentos del canal farmacia, en su mayoría relacionados con tratamientos oncológicos y de fertilidad, quedaron afectados por esta medida pasando a ser medicamentos de dispensación hospitalaria.

El TSJA, partiendo del artículo 149.1.16.^ª de la Constitución Española, reconoce que la resolución impugnada se ha dictado por órgano incompetente. La Sala reconoce que los únicos órganos a los que les corresponde establecer reservas singulares a la dispensación de medicamentos son la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

La discriminación de los medicamentos de marca en favor de los genéricos en el marco de un concurso público de suministro de medicamentos

Sentencia 208/2014, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º6 de Madrid, de 25 de junio de 2014

En el marco de una licitación pública convocada por el Servicio Madrileño de Salud para el suministro de medicamentos, se analizaba la legalidad de un criterio de adjudicación que asignaban 15 puntos a aquellos medicamentos cuya denominación incluyese el nombre del principio activo. Se trataba de dirimir si este criterio, así estipulado, podría haber sido diseñado para conceder una ventaja competitiva a los medicamentos genéricos en perjuicio de los medicamentos de marca.

Aunque la sentencia no reconoce que el criterio en cuestión pueda ser discriminatorio, sí que declara la disconformidad a derecho del criterio impugnado. Y es que el criterio no aporta ningún valor añadido al concurso, ya que todos los medicamentos incluyen, en su etiquetado, la lista de principios activos que contienen. El Juzgado razona, por tanto, que la inclusión de este criterio no está justificada. El criterio no está relacionado con las características técnicas, de seguridad o eficacia del medicamento y no guarda relación alguna con el objeto del contrato, siendo, por tanto, contrario al artículo 150 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

TRIBUTARIO*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

— *Directiva 2014/86/UE del Consejo de 8 de julio de 2014 por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DOUE 219/2014, publicado el 25 de julio)*

Convenios Internacionales

Convenio entre el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y su Protocolo, hechos en Londres el 14 de marzo de 2013 (BOE de 15 de mayo de 2014)

— *Convenio entre el Reino de España y la República de Chipre para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, y su Protocolo, hechos en Nicosia el 14 de febrero de 2013 (BOE de 26 de mayo de 2014)*

— *Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de la Foreign Account Tax Compliance Act - FATCA (Ley de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras), hecho en Madrid el 14 de mayo de 2013 (BOE de 1 de julio de 2014)*

— *Convenio entre el Reino de España y la República Dominicana para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta, y su Protocolo, hechos en Madrid el 16 de noviembre de 2011 (BOE de 2 de julio de 2014)*

[España]

Legislación estatal

Ley 7/2014, de 21 de abril, por la que se modifica la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOE de 22 de abril de 2014)

Adecúa el Concierto Económico a las novedades introducidas en el ordenamiento jurídico tributario del Estado desde su última modificación en 2007.

— *Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE de 5 de julio de 2014)*

Entre otras medidas, establece exenciones a ganancias patrimoniales consecuencia de la dación en pago o de la ejecución hipotecaria que afecte a la vivienda habitual, y se garantiza una tributación armonizada de los depósitos en entidades de crédito en todo el territorio nacional.

— *Real Decreto 215/2014, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (BOE de 29 de marzo de 2014)*

Aprueba el estatuto orgánico de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, que desarrolla la organización y el funcionamiento de esta nueva entidad, que cuenta con indepen-

* 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).

dencia y autonomía funcional y cuyo objetivo es la evaluación continua del ciclo presupuestario, del endeudamiento público y el análisis de las previsiones económicas.

— *Real Decreto 410/2014, de 6 de junio, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, y el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (BOE de 7 de junio de 2014)*

— *Orden HAP/1136/2014, de 30 de junio, por la que se regulan determinadas cuestiones relacionadas con las obligaciones de información y diligencia debida establecidas en el acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la aplicación de la ley estadounidense de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras y se aprueba la declaración informativa anual de cuentas financieras de determinadas personas estadounidenses, modelo 290 (BOE de 2 de julio de 2014)*

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

Impuestos Especiales. Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos («IVMDH») – «céntimo sanitario»

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE»), de 27 de febrero de 2014 (as. C-82/12)

El artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CE dispone que determinados productos, entre los que se encuentran los hidrocarburos, podrán ser gravados por impuestos indirectos de finalidad específica, a condición de que tales impuestos respeten las normas impositivas aplicables en relación con los impuestos especiales o el IVA para la determinación de la base imponible, la liquidación, el devengo y el control del impuesto.

En España, el artículo 9.3 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social establece que «los rendimientos que se deriven del presente Impuesto quedarán afectados en su totalidad a la financiación de gastos de naturaleza sanitaria orientados por criterios objetivos fijados en el ámbito nacional. No obstante lo anterior, la parte de los recursos derivados de los tipos de gravamen autonómicos podrá dedicarse a financiar actuaciones medioambientales que también deberán orientarse por idéntico tipo de criterios».

El TJUE analiza si el artículo 9.3 antes citado cumple con la noción de «finalidad específica» exigida por la Directiva 92/12/CE, y llega a la conclusión de que no puede considerarse que el IVMDH persiga una finalidad específica en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/12/CE. Adicionalmente, precisa que no cabe limitar en el tiempo los efectos de esta sentencia.

Impuesto sobre Sociedades. Gastos financieros contraídos para adquirir participaciones propias y reducir capital

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de marzo de 2014. Recurso 124/2011

Se analiza la deducibilidad de los gastos financieros derivados de un préstamo bancario. La sociedad en cuestión adquirió participaciones representativas del 40% de su capital social a varios de sus socios. Esta compra se financió mediante un préstamo bancario que devengó intereses que fueron objeto de deducción en la autoliquidación por Impuesto sobre Sociedades de la sociedad. La Inspección cuestionó la deducibilidad de estos intereses.

La Audiencia Nacional entiende que, para determinar la deducibilidad de los gastos financieros derivados de un préstamo bancario, debe analizarse la vinculación causal de estos gastos con los ingresos de la actividad económica de la sociedad prestataria. Y concluye que, dado que el préstamo fue contraído para adquirir participaciones propias posteriormente amortizadas, los

gastos financieros no están correlacionados con la generación de ingresos y, en consecuencia, no cabe su deducción.

Impuesto sobre Sociedades. Deducibilidad de gastos financieros derivados de un préstamo participativo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de diciembre de 2013 (Recurso 5239/2010)

La entidad recurrente obtuvo un préstamo participativo de 245 millones de pesetas de una sociedad luxemburguesa, a un interés fijo anual del 6 % más el 50 % de los beneficios de la entidad antes de impuestos. Esto se tradujo en un interés efectivo del 50 %, 73 % y 63 %, respectivamente, en 1993, 1994 y 1995. La financiación obtenida fue destinada por la entidad a conceder préstamos a sus filiales españolas al tipo del 10 % (1993) y del 9 % (1994 y 1995).

La Sala de instancia confirmó la liquidación de la Inspección, que, considerando que no se había justificado por la entidad por qué acudió a una fuente de financiación tan onerosa, concluyó que el tipo de interés pactado con la sociedad luxemburguesa debió coincidir con el exigido en los préstamos a las sociedades filiales. Por ello, rechazó que la diferencia entre el interés pagado a la sociedad luxemburguesa y el cobrado a las filiales pudiera encuadrarse en el concepto de gastos financieros, por no resultar necesario para la obtención de ingresos, negando en definitiva su deducibilidad.

Para el TS los argumentos empleados por la Administración resultan insuficientes para negar el carácter de gastos financieros de los referidos intereses y para, «a la vista del destino de las cantidades obtenidas, negarle la condición de gastos deducibles, puesto que ninguna de las circunstancias que delimitan el concepto de gastos deducibles, resultan alteradas del análisis que se realiza de la operación en función del resultado de la misma, pues el préstamo participativo, aparte de las múltiples ventajas de financiación que ofrece a las empresas, libres para la toma de las decisiones que afectan a su normal desenvolvimiento en el tráfico mercantil, se caracteriza porque, dada la libertad de pacto y el establecimiento de un interés variable en función de los intereses futuros, pudiera resultar, como así sucedió en este caso, excesivamente gravoso en comparación con otras fuentes de financiación, pero, insistimos, ello pertenece a la esencia y sustancia del préstamo participativo, sin que por el resultado final quede afectada su naturaleza, validez y corrección, y como ha quedado dicho, nos encontramos por definición ante un gasto financiero, con vocación reglamentaria de gasto deducible; por ello, para excluir este préstamo participativo y los intereses derivados del mismo, como gasto deducible, preciso era acreditar que no tuvo por objeto financiar las actividades de la empresa ni tampoco sus elementos de activo (...)».

Ley General Tributaria. Fraude de ley. Principio de confianza legítima

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2014 (Recurso 2171/2012)

Una entidad («K») y otras tres entidades aportaron en el ejercicio 1997 sus respectivas acciones en una sociedad cotizada («R») a una entidad de nueva creación («C»). El conjunto de las participaciones aportadas superaba el 5 % del capital social.

Durante los años 2000 y 2001, K fue objeto de actuaciones de comprobación por los ejercicios 1997 y 1998, recibiendo el comprobado y conforme por parte de la Inspección.

En el año 2006 se inician nuevas actuaciones inspectoras en K sobre los ejercicios 2001 a 2005, que concluyen con la declaración, por parte de la Inspección, de la existencia de fraude de ley en la aportación de las acciones de R en 1997, sometiendo a gravamen los dividendos, prima de asistencia a juntas y plusvalías generadas por las acciones de R durante los referidos ejercicios 2001 a 2005, como si K no las hubiera aportado a la sociedad C.

El TS estima el recurso de casación interpuesto por K en aplicación del principio de confianza legítima, argumentando que dicho principio impone que las decisiones de la Administración no supongan un cambio de sentido respecto de los actos administrativos previamente dictados, con base en cuyo fundamento actuó el administrado, dando con ello estabilidad a la relación jurídico-administrativa.

Actos Jurídicos Documentados. Escritura de novación de crédito hipotecario

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2014 (Recurso 3408/2013)

La sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, considera asimilable la novación de créditos hipotecarios a la novación de préstamos hipotecarios, a los efectos de la aplicación de la exención prevista en el artículo 9 de la Ley 2/1994.

El TS desestima el recurso de casación y confirma el criterio mantenido por la sentencia de instancia.

Considera el TS que la sentencia impugnada contiene la doctrina correcta para la asimilación de la novación de créditos hipotecarios a la de préstamos de la misma naturaleza, a efectos de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, y debe añadirse que esta es la posición adoptada también por la resolución del TEAC de 16 de mayo de 2013, que supuso un cambio de criterio respecto del restrictivo anterior de la Dirección General de Tributos.

Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Normativa contraria al Derecho de la Unión. Libre circulación de capitales

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2014 (as.C-127/12)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que la regulación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones español es contraria al Derecho de la Unión en la medida en que «*el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 63 TFUE y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992, al permitir que se establezcan diferencias en el trato fiscal de las donaciones y las sucesiones entre los causahabientes y los donatarios residentes y no residentes en España, entre los causantes residentes y no residentes en España y entre las donaciones y las disposiciones similares de bienes inmuebles situados en territorio español y fuera de éste*».

3 · RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

Gestión tributaria. Requerimientos individualizados de información. Unificación de criterio

Resolución de 23 de enero de 2014 (reclamación 471/2012)

Entiende el TEAC que los requerimientos individualizados de información realizados al amparo de los artículos 93 de la Ley General Tributaria y 30 de su Reglamento, en los que se solicitan a los requeridos datos, antecedentes, informes o justificantes en relación con el incumplimiento de sus obligaciones tributarias, no suponen el inicio de un procedimiento de comprobación o investigación, incluso cuando la Administración solicite la aportación y el obligado tributario aporte la información requerida. Asimismo, tales requerimientos no interrumpen el plazo de prescripción del derecho de la Administración para determinar las deudas tributarias.

Procedimiento inspector. Prescripción. Acuerdo de ampliación de plazo de las actuaciones inspectoras. Cambio de criterio

Resolución de 5 de marzo de 2014 (reclamación 3467/2013)

Tradicionalmente, el TEAC había venido sosteniendo que el acuerdo de ampliación de las actuaciones inspectoras debía notificarse antes de que transcurran doce meses desde su inicio, deduciéndose para su cómputo las dilaciones no imputables a la Administración y las interrupciones justificadas.

Rectifica ahora el TEAC este criterio, para ajustarlo a la jurisprudencia más reciente, y afirma que, para verificar si el acuerdo de ampliación de las actuaciones se adoptó antes del transcurso de doce meses desde su inicio, no han de tomarse en consideración (esto es, no deben descontarse) las dilaciones imputables al contribuyente.

En el caso particular objeto de la resolución, las actuaciones inspectoras se iniciaron el 28 de febrero de 2008 y el acuerdo de ampliación se notificó el 30 de abril de 2009, por lo que, adoptado una vez excedido el plazo de doce meses (sin descontar las dilaciones imputadas al contribuyente), no puede considerarse interrumpida la prescripción como consecuencia de tales actuaciones, lo que determina en este caso la apreciación de la prescripción, dado que a la fecha de la notificación de la liquidación, el 24 de mayo de 2010, había prescrito el derecho de la Administración a liquidar dicho período.

**Gestión tributaria.
Liquidaciones
suspendidas****Resolución de 5 de marzo de 2014 (reclamación 4751/2013)**

Entiende el TEAC que no procede esperar a la firmeza de una regularización inspectora para trasladar los efectos de esta a las liquidaciones practicadas por el sujeto pasivo en periodos impositivos posteriores. Y no es obstáculo para ello el que la liquidación previa se encuentre suspendida. Así, si a un contribuyente, fruto de una inspección, se le eliminan las deducciones acreditadas en el ejercicio XO y posteriormente se le comprueba el ejercicio X2 en que se aplicó aquellas, puede corregirse su aplicación aunque se haya obtenido la suspensión de la liquidación relativa al ejercicio XO en que las acreditó improcedentemente.

**Impuesto sobre el
Valor Añadido.
Devolución a no
establecidos****Resolución de 24 de abril de 2014 (4929/2012)**

En contra del criterio mantenido en una resolución anterior (1792/2011, de 20 de junio de 2013), entiende el TEAC que la realización, en el territorio de aplicación del impuesto, de prestaciones de servicios exentas conforme al artículo 22 de la Ley del IVA por parte de un no establecido, impide que este pueda obtener la devolución de las cuotas soportadas por el procedimiento previsto en el artículo 119 de la Ley del IVA.

Aclara el TEAC que en este caso la devolución de las cuotas soportadas deducibles que excedan de las repercutidas se ha de realizar conforme al régimen general previsto en el artículo 115 de la Ley del IVA.

**Suspensión de la
ejecución de
resoluciones
impugnadas en vía
contencioso-
administrativa****Resolución de 8 de mayo 2014 (6397/2012)**

Según establece el artículo 233.8 de la Ley General Tributaria «*se mantendrá la suspensión producida en vía administrativa cuando el interesado comunique a la Administración tributaria en el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo que ha interpuesto dicho recurso y ha solicitado la suspensión en el mismo. (...)*».

A la luz de este precepto y respecto de las liquidaciones practicadas en ejecución de resoluciones económico-administrativas impugnadas en vía contencioso-administrativa, entiende el TEAC que han de distinguirse tres supuestos:

(i) Si la liquidación en ejecución se ha dictado habiendo practicado el interesado la preceptiva comunicación del artículo 233.8 de la Ley General Tributaria, la liquidación es ilícita ya *ab initio*.

(ii) Si la liquidación en ejecución se ha dictado sin haber practicado el interesado la citada comunicación y antes de haber solicitado al órgano judicial la suspensión, la liquidación no puede ser tachada de ilícita, sin perjuicio de los efectos que el hipotético auto del órgano judicial que concede la suspensión pueda hacer recaer sobre ella.

(iii) Si la liquidación en ejecución se dicta sin haber practicado el interesado la comunicación, pero después de haber solicitado dicha suspensión judicial, si bien la Administración obró correctamente dictando la liquidación en ejecución, deviene improcedente de forma sobrevinida desde el momento en que se solicitó dicha suspensión, debiéndose declarar dicha improcedencia desde el momento en que la Agencia Tributaria tiene conocimiento de la referida solicitud de suspensión.

Lo expuesto para el supuesto c) anterior supone un cambio de criterio respecto de anteriores pronunciamientos.

**Impuesto sobre
Bienes Inmuebles.
Ponencia de valores****Resolución de 12 de junio de 2014 (4122/2011)**

A la vista de la sentencia del TS de 11 de julio de 2013 (recurso número 5190/2011), el TEAC cambia de criterio, no admitiendo la impugnación indirecta de las ponencias de valores catastrales con ocasión de la notificación e impugnación de la valoración catastral individual de los bienes inmuebles.

Procedimiento sancionador. Unificación de criterio

Resolución de 3 de julio de 2014 (00/3465/2013)

Se aborda la procedencia de una sanción en un supuesto en el que el obligado tributario presenta, previo requerimiento de la Administración (formulado en el seno de un procedimiento de control de la obligación formal de presentar declaraciones/autoliquidaciones), autoliquidaciones complementarias, incluyendo rentas procedentes de cuentas en Suiza que no habían sido declaradas en plazo, siendo sancionado por la Administración por la infracción tipificada en el artículo 191 de la LGT.

Indica el TEAC, en unificación de criterio, que si se dispone de los datos o pruebas necesarios para fijar en el procedimiento sancionador los elementos determinantes de la infracción y la sanción, resulta posible la aplicación del régimen sancionador tributario a los incumplimientos de obligaciones tributarias materiales sin necesidad de tramitar previamente un procedimiento de aplicación de los tributos destinado a comprobar esas obligaciones materiales.

El previo procedimiento de comprobación del cumplimiento de la obligación de presentar declaraciones, que finaliza con la regularización del propio obligado tributario con la presentación de las autoliquidaciones complementarias, se estima idóneo para el inicio del ulterior procedimiento sancionador por la infracción tipificada en el artículo 191 de la LGT por dejar de ingresar el importe que hubiera debido resultar de la correcta autoliquidación del tributo.

Ley General Tributaria. Sanciones tributarias. Cambio de criterio

Resolución de 3 de julio 2014 (00/6201/2011)

El párrafo 5 de la actual LGT de 2003 prevé la extensión a las sanciones de la responsabilidad de los socios o partícipes de las entidades disueltas y liquidadas. El TEAC venía manteniendo que bajo la anterior LGT, de 1963, también era posible extender a las sanciones la responsabilidad de los socios o partícipes de las entidades disueltas y liquidadas, a pesar de no existir una indicación expresa en la norma sobre este particular.

Corrige ahora el TEAC este criterio, para alinearlo al fijado por el TS en sentencias de 31 de mayo de 2012 y 1 de diciembre de 2010, y concluye que, en atención al principio de personalidad de las sanciones, no cabe extender a ellas la responsabilidad tributaria, salvo que exista un precepto donde expresamente así se indique, precepto que no existía en la LGT de 1963 respecto del supuesto planteado.

4 · CONSULTAS A LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS

Impuesto sobre Sociedades. Limitación a la deducibilidad de gastos financieros

Consulta de 6 de noviembre de 2013 (V3257-13)

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.1.h) del TRLIS, en la medida en que el prestamista sea una entidad del grupo de la prestataria según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y que el préstamo se destine a la adquisición, a otra entidad del grupo, de participaciones de otra sociedad, podría resultar de aplicación la restricción señalada en el citado precepto, salvo que el sujeto pasivo acredite motivos económicos válidos para la realización de la operación.

La DGT considera que, si en el momento de concederse el préstamo destinado a la adquisición de la participación, la entidad prestamista que lo otorga no era una entidad del grupo de la entidad prestataria, no se considera aplicable la limitación a la deducibilidad de los gastos financieros del artículo 14.1.h) del TRLIS.

Impuesto sobre Sociedades. Dedución por doble imposición

Consulta de 19 de noviembre de 2013 (V3385-13)

La DGT acepta la posibilidad de que los contribuyentes puedan optar por aplicar la exención del artículo 21 del TRLIS sobre los dividendos de fuente extranjera en los pagos fraccionados del Impuesto sobre Sociedades de un determinado ejercicio y, sin embargo, aplicar la deducción

por doble imposición internacional establecida en el artículo 32 del TRLIS en la autoliquidación del impuesto del mismo ejercicio.

Impuesto sobre Sociedades. Definición de operación de canje de valores a los efectos del artículo 15.2 del TRLIS

Consultas de 2 de diciembre de 2013 (V3490-13, V3491-13, V3493-13, V3494-13, V3495-13)

La consultante suscribió en 2012 obligaciones subordinadas contingentemente convertibles. En el acuerdo de emisión de esas obligaciones, se preveía la conversión de estas obligaciones en otras obligaciones subordinadas contingentemente convertibles con las mismas condiciones económicas que iban a emitirse en 2013, en proporción 1:1.

Entre otras cuestiones, se consulta si la conversión descrita de obligaciones de 2012 por obligaciones de 2013 encajaría dentro del concepto de canje en los términos previstos en el artículo 15.2 del TRLIS.

Al respecto, la DGT considera que los canjes a los que se refiere el artículo 15.2 del TRLIS son operaciones en las que (i) se sustituyen valores emitidos por una entidad por valores emitidos por otra entidad distinta, o (ii) se sustituyen valores emitidos por la misma entidad con distintos derechos económicos.

Al no concurrir ninguna de las dos referidas circunstancias, concluye la DGT que no se ha producido ningún tipo de alteración patrimonial en la entidad consultante con ocasión de esta operación de conversión de obligaciones y, por tanto, esta operación no genera renta alguna a integrar en la base imponible de la consultante, ni da lugar a la obligación de retener.

Impuesto de Sociedades. ETVEs y establecimientos permanentes

Consulta de 4 de diciembre de 2013 (V3529-13)

Una ETVE participada al 100 % por una sociedad luxemburguesa va a crear un establecimiento permanente en Estados Unidos con siete personas a su cargo. Desde allí, centralizará la actividad de I+D del grupo, por lo que las principales rentas de ese establecimiento permanente serán cánones e ingresos financieros.

Se plantea si las rentas de este establecimiento permanente están exentas en España por aplicación del artículo 22 del TRLIS, a lo que la DGT contesta afirmativamente, sujeto a la condición de que no resulte de aplicación alguna de las excepciones recogidas en el artículo 21.3 del TRLIS.

Impuesto de Sociedades. Limitación a la deducibilidad de amortizaciones para los años 2013 y 2014

Consulta de 19 de diciembre de 2013 (V3642-13)

La DGT entiende que, en el caso de que con anterioridad al primer período impositivo que se inicie dentro del año 2015 determinados elementos del inmovilizado material, intangible e inversiones inmobiliarias dejaran de formar parte del activo de la entidad por transmisión o por baja en inventario, debe entenderse que la deducción de la amortización contable que no hubiera resultado fiscalmente deducible en virtud de la limitación del artículo 7 de la Ley 16/2012 (durante los ejercicios iniciados en 2013 o 2014), podrá efectuarse de una sola vez en el período impositivo en que se produzca tal transmisión o baja.

Cuando el elemento patrimonial no deje de formar parte del activo de la entidad consultante por transmisión o por baja en el inventario, sino que en el ejercicio 2013 o en el 2014 finalice su vida útil, la amortización contable que no hubiera resultado fiscalmente deducible en virtud de la limitación del artículo 7 de la Ley 16/2012 se deducirá a partir del primer período impositivo que se inicie dentro del año 2015. En dicho período la entidad consultante podrá deducir la décima parte de dicha amortización si opta por la deducción durante el plazo de 10 años, o bien deducir la totalidad de su importe, dado que la vida útil del elemento patrimonial ya habría finalizado.

Impuesto de Sociedades. Aplicación del régimen fiscal de la ley 13/1985

Consulta de 26 de diciembre de 2013 (V3670-13)

El grupo de la consultante, compañía cotizada no de crédito española, ha realizado una emisión de bonos convertibles voluntariamente en acciones de otra sociedad del mismo grupo. La emisión la realiza una sociedad radicada en otro Estado miembro de la UE, participada íntegramen-

te de manera indirecta por la sociedad consultante. Los bonos cotizarán en un mercado secundario no regulado.

En relación con el cumplimiento de los requisitos exigidos en la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, la DGT entiende que el requisito de que la sociedad filial tenga como actividad u objeto exclusivos la emisión de participaciones preferentes u otros instrumentos financieros solo es exigible en el caso de filiales de entidades de crédito, y no en el caso de filiales de entidades cotizadas que no sean de crédito.

Por otra parte, la DGT considera cumplido el requisito de cotización en un mercado secundario organizado en el caso planteado, en el que los valores se negociarán en un mercado secundario no regulado radicado en un país de la Unión Europea distinto de España que no se especifica en la contestación a la consulta.

Impuesto sobre el Valor Añadido. Unidad económica autónoma

Consulta de 31 de enero de 2014 (VO251-14)

La entidad consultante tiene previsto transmitir a otra entidad su actividad de gestión y administración de inmuebles y créditos, incluyendo activos, derechos, relaciones contractuales, licencias y empleados. Los inmuebles gestionados seguirían en poder de la consultante y, asimismo, ambas entidades suscribirían diversos contratos de gestión entre sí para garantizar la prestación del servicio objeto de traspaso. Pregunta sobre la aplicación del supuesto de no sujeción previsto en el artículo 7.1 de la Ley del IVA.

Entiende la DGT que, a la luz de los datos aportados, resulta que la entidad consultante conserva importantes facultades sobre la gestión y administración de sus activos inmobiliarios que no hacen posible considerar la existencia de autonomía suficiente para el desarrollo de la actividad empresarial, por lo que la transmisión consultada estaría sujeta al IVA. Esta conclusión se fundamenta en que *«el comprador-gestor utiliza la marca de la consultante para dar a conocer al público los activos propiedad de ésta; realiza una política de precios fijada previamente por el transmitente; sus funciones de comercialización están sometidas a determinadas limitaciones; se compromete al uso de los mismos proveedores y asesores del transmitente; y se utiliza la red de oficinas de la consultante para desarrollar su actividad»*.

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Modificación de préstamos y créditos hipotecarios

Consulta de 31 de enero de 2014 (VO261-14)

Al consultante, prestatario de un crédito hipotecario, se le plantea la posibilidad de eliminar la *cláusula suelo* a partir de una determinada fecha, reduciendo el interés de forma temporal hasta alcanzar la fecha de eliminación total de la cláusula, mientras que subsisten los demás acuerdos y pactos de la escritura. Pregunta si, en caso de documentarse lo anterior en escritura pública, sería de aplicación la exención prevista en el artículo 9 de la Ley 2/1994.

La DGT entiende que, dado que el supuesto objeto de consulta lo constituye la supresión o modificación de la *cláusula suelo* (aquella en la que se fija un porcentaje mínimo aunque el interés surgido del tipo de referencia más el diferencial sea inferior), debe entenderse como una modificación relativa al tipo de interés del préstamo. En consecuencia, la escritura pública en que se formalice la operación estará exenta de la cuota gradual de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, documentos notariales.

Impuesto sobre Sociedades. Diversas cuestiones relativas a la deducción para evitar la doble imposición

Consulta de 11 de febrero de 2014 (VO347-14)

La DGT interpreta diversas cuestiones relativas a la deducción por doble imposición regulada en el artículo 30.5 del TRLIS:

- (i) Por lo que se refiere a la determinación del incremento neto de los beneficios no distribuidos que correspondan a la participación transmitida generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación, puede darse el supuesto de que durante ese tiempo, el porcentaje de participación, superior al 5%, haya ido variando. El artículo 30.5 del TRLIS no concreta el procedimiento de cálculo en tales casos. A estos efectos, se considera correcto que el incremento neto de los beneficios no distribuidos generados por

la entidad participada pueda determinarse a partir del incremento neto de los beneficios no distribuidos generados durante cada uno de los períodos de tiempo en que el porcentaje de participación permanece constante.

(ii) Para determinar el incremento neto de los beneficios no distribuidos, deberá tenerse en cuenta que a los beneficios no distribuidos que figuren en el último balance cerrado con anterioridad a la fecha de variación del porcentaje de participación (o de transmisión), minorados en los beneficios objeto de distribución con posterioridad y antes de la fecha de variación del porcentaje (o de transmisión), deberán agregarse los beneficios correspondientes al ejercicio en curso en proporción a los días transcurridos hasta la variación del porcentaje de participación (o hasta la transmisión) respecto de la total duración del mismo, salvo que de otro modo puedan determinarse de forma exacta.

(iii) Sobre la determinación de las reservas que han sido objeto de distribución efectiva, cuando no existe designación expresa en el acuerdo de distribución, teniendo en cuenta que el artículo 30 del TRLIS no establece regla subsidiaria de aplicación de reservas cuando no existe tal designación, y que, en este supuesto concreto, se ha producido una modificación en los porcentajes de participación ostentados en la entidad participada a lo largo del tiempo, una interpretación razonable de la norma es entender que las reservas que son objeto de distribución corresponden a cada uno de los ejercicios en que se generaron en proporción al incremento neto de reservas de cada ejercicio respecto de las reservas totales, existentes ambas en la fecha de distribución. Ello significa seguir un criterio proporcional, por resultar el más neutral.

(iv) En el caso de operaciones de fusión acogidas al régimen de neutralidad, se debe otorgar a los socios de la sociedad absorbida el derecho a practicar la deducción por doble imposición en los términos previstos en el artículo 30.5 del TRLIS en igualdad de condiciones que hubiera correspondido de no haberse llevado a cabo la operación de reestructuración. A estos efectos, entre los derechos tributarios transmitidos a la entidad absorbente debe entenderse incluido el considerar como beneficios no distribuidos los que tenía la sociedad absorbida, independientemente de que, con motivo de la absorción, se hubiesen incorporado al capital social o a la prima de emisión de la entidad absorbente.

(v) La deducción del artículo 30.5 del TRLIS no se aplicará respecto la parte del incremento neto de los beneficios no distribuidos de la entidad participada que se correspondan con rentas no integradas en la base imponible del grupo consolidado fiscal al que pertenezca esta entidad, debido a su compensación con bases impositivas negativas de otras entidades del grupo de consolidación fiscal, *«siempre que al momento de la transmisión de la participación estas últimas entidades no hayan generado bases impositivas positivas pues, en caso contrario, dado que las mismas se tuvieron que integrar en la base imponible del grupo sin derecho a compensación alguna, ello determinaría que el importe de aquellas bases impositivas negativas no se tendría en consideración para calcular el referido incremento neto de beneficios no distribuidos»*. No obstante, esta restricción a la deducción del artículo 30.5 del TRLIS, en el supuesto de entidades integrantes del grupo de consolidación fiscal, no procederá *«cuando las bases impositivas negativas se hayan generado como consecuencia de la distribución de dividendos dentro del grupo que son objeto de eliminación, garantizando la neutralidad entre la aplicación del régimen de consolidación fiscal y el régimen individual de tributación»*.

Impuesto sobre Sociedades. Régimen especial de consolidación

Consulta de 6 de marzo de 2014 (V0591-14)

La sociedad consultante, dominante de un grupo de consolidación fiscal español, tiene intención de trasladar su domicilio y residencia fiscal a Luxemburgo, dejando las participaciones que tiene en una entidad española afectas a una sucursal en España.

A juicio de la DGT, dado que la entidad mantendrá su personalidad jurídica a pesar del traslado de su domicilio a Luxemburgo, la sucursal conservará el carácter de entidad dominante del grupo existente, siendo la sucursal la misma entidad que la entidad consultante que se traslada.

Impuesto sobre el Valor Añadido. Reglas de inversión del sujeto pasivo*Consulta de 3 de abril de 2014 (V0957-14)*

Confirma la DGT que la regla de inversión del sujeto pasivo en el IVA resulta de aplicación en el supuesto de entrega de inmuebles que constituyen la garantía de una deuda que va a ser extinguida mediante la entrega de tales inmuebles, ya sea mediante subrogación del adquirente en el préstamo hipotecario, mediante el pago de una cantidad destinada a la extinción de dicho préstamo hipotecario o una combinación de ambas.

Impuesto sobre Sociedades. Gastos financieros*Consulta de 7 de abril de 2014 (V0991-14)*

La entidad consultante había venido considerando como dividendo ordinario y no como gasto financiero un dividendo mínimo sobre participaciones sin derecho a voto.

La DGT entiende que los gastos imputados contablemente en un ejercicio posterior al de devengo son deducibles siempre que de ello no se derive una tributación inferior, para lo cual debe tenerse en cuenta la prescripción. Por otra parte, apunta la DGT que, al tratarse de un gasto financiero, su deducibilidad podría verse limitada por aplicación del artículo 20 del TRLIS.

Impuesto sobre Sociedades. Régimen especial de fusiones*Consulta de 14 de abril de 2014 (V1071/2014)*

Confirma la DGT que se puede acoger al régimen especial de fusiones una operación de fusión por absorción de una sociedad residente en Alemania (con una sucursal en España) por una entidad residente en Reino Unido, siempre que la operación cumpla los requisitos para ser calificada como operación de fusión en los términos establecidos en la Directiva de fusiones y que la entidad adquirente mantenga, una vez realizada la operación, el establecimiento permanente situado en España que tenía la entidad transmitente.

Además, en aplicación del principio de subrogación de derechos y obligaciones previsto en el artículo 90 del TRLIS, la entidad adquirente, a través de su sucursal en España, podrá compensar las bases imponibles negativas pendientes de compensación que correspondían a la sucursal de la sociedad alemana, siempre con las limitaciones establecidas en el artículo 90.3 y en la disposición transitoria cuadragésima primera del TRLIS.

Por otra parte, en el escrito de consulta se señala que, de acuerdo con la normativa alemana, la fecha de efectos contables de la fusión será retroactiva al primer día del período impositivo fiscal y contable de la sucursal en España de la sociedad alemana (1 de abril de 2013). En consecuencia, entiende la DGT que la imputación fiscal de las rentas de las operaciones realizadas por la sociedad absorbida que se extingue a causa de la fusión, correspondientes a la actividad de la sucursal situada en territorio español, se realizará de acuerdo con la referida retroacción pactada entre las partes y contenida en el proyecto de fusión.

Impuesto sobre Sociedades. Dedución para evitar la doble imposición interna*Consulta de 16 de abril de 2014 (V1112-14)*

Considera la DGT que, para la situación en la que se reduce capital para compensar pérdidas y posteriormente se distribuyen dividendos, no serían de aplicación las limitaciones a la práctica de la deducción a que se refiere el artículo 30.4.b) del TRLIS, cuando, antes de dicha distribución, la sociedad participada hubiera ampliado capital con cargo a reservas por igual importe al de la reducción de capital previa.

Lo mismo sería aplicable para la situación en la que se reduce la prima de emisión para compensar pérdidas, y antes de la distribución de dividendos, y la sociedad participada hubiera reconstituido la prima de emisión con cargo a reservas por igual importe a la reducción de prima previa.

Impuesto sobre Sociedades. Régimen especial de entidades de capital-riesgo*Consulta de 29 de abril de 2014 (V1199-14)*

Indica la DGT que la exención parcial del 99% obtenida por entidades de capital riesgo en la desinversión en entidades participadas que cumplan los requisitos del TRLIS solo se aplica a las rentas positivas derivadas de esas transmisiones y no a las rentas negativas, que se integran plenamente en su base imponible del Impuesto sobre Sociedades.

UNIÓN EUROPEA*

JURISPRUDENCIA

Servicio de comunicaciones electrónicas. Aplicación de normas de protección de consumidores a empresas establecidas en otros Estados miembros

Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 2014 en el asunto UPC DTH Sàrl contra Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnökhyettese (as. C-475/12)

La Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, en su versión modificada por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, permite a los Estados miembros que exijan a las empresas establecidas en otros Estados miembros proveedoras de servicios de comunicaciones electrónicas el registro del inicio de la prestación del servicio en su territorio. También les autoriza a que sometan la prestación de tales servicios a sus normas específicas en el sector. Por tanto, las autoridades de un Estado miembro pueden exigir a las empresas que operen en el sector que faciliten la información necesaria para comprobar que se cumplen las normas de protección de los consumidores.

Sin embargo, la exigencia por parte de un Estado miembro a las compañías proveedoras de servicios de comunicaciones electrónicas de establecer una sucursal o una filial en su territorio es contraria a la libertad de prestación de servicios.

Acuerdo de Schengen. Principio non bis in idem

Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de mayo de 2014 en el asunto Zoran Spasic (as. C-129/14 PPU)

El artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge el principio *non bis in idem*, esto es, que una persona que ha sido condenada mediante sentencia firme en un Estado miembro no puede ser perseguida por esos mismos hechos. Por otra parte, el artículo 54 del Convenio de 1994 de Aplicación del Acuerdo de Schengen recoge una condición de ejecución para que tal principio sea aplicable, a saber, que la sanción impuesta previamente se haya ejecutado, se esté ejecutando o ya no pueda ejecutarse conforme a la legislación del Estado en el que se dictó la condena.

El Tribunal de Justicia ha considerado en su respuesta a una cuestión prejudicial que la condición de ejecución recogida en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen es una limitación al principio *non bis in idem* compatible con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Tal limitación persigue evitar que una persona condenada penalmente quede impune y es proporcionada al objetivo de garantía de la seguridad del Convenio. Por otra parte, el Tribunal de Justicia establece que, en los casos en que se han impuesto dos penas principales, siendo una privativa de libertad y la otra una sanción pecuniaria, el pago de la multa no basta para considerar que la sanción ya se ha ejecutado o se está ejecutando, de manera que el principio *non bis in idem* no puede aplicarse.

Libertad de circulación de mercancías. Sistema sueco de promoción de la producción de energía verde

Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de julio de 2014 en el asunto Ålands Vindkraft AB contra Energimyndigheten (as. C-573/12)

El sistema sueco de apoyo a la producción de energía verde contempla la concesión de certificados a las instalaciones suecas de producción eléctrica verde. Tales certificados pueden ser vendidos a los proveedores de electricidad o a los usuarios que estén obligados a cubrir una parte del total del suministro o del consumo eléctrico con ellos, bajo pena de tener que abonar un derecho específico en caso de incumplimiento.

* 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).

El Tribunal de Justicia ha considerado que el sistema está comprendido en el ámbito de la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, y Suecia no está obligada a extender las ventajas de su sistema de apoyo a los productores de otros Estados miembros.

Además, el Tribunal ha estimado que el sistema sueco, en cuanto que inaccesible para los productores extranjeros, supone una restricción a la libre circulación de mercancías. No obstante, tal restricción está justificada por el objetivo de interés general de promoción del uso de energías renovables y es proporcional a este. Por ello, la medida se considera conforme con el principio de libre circulación de mercancías.

Libertad de prestación de servicios. Buques que enarbolan banderas de países no pertenecientes al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo

Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 2014 en el asunto Fonnship A/S contra Svenska Transportarbetareförbundet y Facket för Service och Kommunikation (SEKO) (as. C-83/13)

Bajo el Reglamento (UE) 4055/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros, el ámbito de aplicación personal de la libertad de prestación de servicios se extiende a todos los nacionales de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo («EEE»), independientemente de su lugar de establecimiento, así como a las compañías controladas por los nacionales de un Estado parte en el Acuerdo sobre el EEE.

No obstante, en los casos en que los nacionales de un Estado parte en el Acuerdo sobre el EEE operen desde un país tercero, los buques han de estar registrados en un Estado parte del Acuerdo sobre el EEE para que se les aplique el principio de libertad de prestación de servicios. Así, en su respuesta a una cuestión prejudicial, el Tribunal considera que las compañías comprendidas en el ámbito personal descrito pueden invocar la libre prestación de servicios en los casos en que los destinatarios de tales servicios estén establecidos en un Estado parte del Acuerdo sobre el EEE distinto de aquel en el que esté establecida la sociedad.

Libre prestación de servicios. Acceso a la profesión de abogado en un Estado miembro y ejercicio en el Estado miembro de origen

Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2014 en los asuntos acumulados Angelo Alberto Torresi y Pierfrancesco Torresi contra Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata (as. ac. C-58/13 y C-59/13)

El Tribunal de Justicia ha considerado que no puede considerarse abusivo o fraudulento el hecho de que un nacional de un Estado miembro se desplace a otro Estado miembro para adquirir allí la condición de abogado, y luego vuelva al Estado de origen para ejercer la profesión. Tal comportamiento, más que constituir un ejercicio abusivo del derecho de establecimiento, da cumplimiento al objetivo de la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título.

Derechos de autor. Puestos de lectura digitales

Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014 en el asunto Technische Universitat Darmstadt contra Eugen Ulmer KG, (as. C-117/13)

Véase el comentario a esta norma que se incluye en esta misma sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» (Propiedad Intelectual, Industrial y Competencia Desleal) de este mismo número de la *Revista*.

Libertad de circulación de mercancías. Sistema flamenco de promoción de la energía verde

Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014 en los asuntos acumulados Essent Belgium NV contra Vlaamse Reguleringinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt (as. ac. C-204/12 a C-208/12)

Bajo el sistema flamenco de certificados verdes, solo son reconocidos los certificados otorgados por las autoridades flamencas. El Tribunal de Justicia considera, en respuesta a cuestiones prejudiciales, que tal sistema no se opone a la Directiva 2001/77/CE del Parlamento y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad, puesto que esta no

establece que el sistema de garantías de origen vigente en un Estado miembro conlleve el derecho a acogerse a los mecanismos nacionales de promoción de la energía verde en otro Estado miembro.

Por otra parte, si bien el sistema en cuestión obstaculiza las importaciones de energía y restringe la libertad de circulación de mercancías, tal restricción está justificada por el objetivo de interés general de promover el uso de energías renovables y es proporcionada. No obstante, el Tribunal considera necesario que los importadores de electricidad tengan la oportunidad de adquirir en el mercado certificados verdes flamencos en condiciones equitativas.