

# CRÓNICA LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Unión Europea, España y Portugal

## ADMINISTRATIVO\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

**Nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas**

*Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE de 2 de octubre de 2015)*

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas («LPAC») sustituye y deroga los preceptos correspondiente al procedimiento administrativo común contenidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común («LRJPAC»). Entrará en vigor al año de su publicación, el próximo 2 de octubre de 2016, con excepción de ciertas previsiones, fundamentalmente relacionadas con las denominadas *relaciones electrónicas con la Administración*, que entran en vigor a los dos años.

Algunas de las principales novedades y de los aspectos más relevantes de la nueva LPAC son los siguientes:

(i) Actividad administrativa y procedimiento administrativo común

- La LPAC extiende la capacidad de obrar en el ámbito del procedimiento administrativo común, cuando la ley lo declare expresamente, a (i) los grupos de afectados, (ii) las uniones y entidades sin personalidad jurídica y (iii) los patrimonios independientes o autónomos.
- Se contempla la obligación de colaboración de los particulares, y la facultad de las Administraciones Públicas de llevar a cabo inspecciones domiciliarias.
- Se incluyen nuevos motivos de suspensión del plazo máximo de resolución de los procedimientos administrativos.
- Respecto al silencio administrativo, se incluye como novedad que, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, en el plazo de 15 días desde que expire el plazo máximo para resolver, la Administración deberá expedir de oficio el correspondiente certificado del silencio (art. 24.4). Asimismo, se incluyen nuevos supuestos en los que el silencio tendrá, en todo caso, carácter desestimatorio.
- Se establece el cómputo de plazos en horas y se elimina del cómputo de plazos señalados por días hábiles «los sábados, domingos y los declarados festivos» (art. 30.2).
- Se incorpora una tramitación simplificada del procedimiento administrativo por razones de interés público o falta de complejidad del procedimiento, que permita la resolución del procedimiento en treinta días a contar desde el siguiente al que se notifique al interesado el acuerdo de tramitación simplificada (art. 96).

---

\* Esta sección ha sido coordinada por Javier Abril y elaborada en su parte española por Julia Calderón; y en su parte portuguesa por César Da Silveira, abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

## (ii) Regulación del uso de medios electrónicos

Se generaliza el uso de medios electrónicos en todas las fases del procedimiento administrativo, desde la identificación y representación de los interesados hasta la preferencia por la notificación electrónica.

## (iii) Especialidades en el procedimiento sancionador

Los aspectos que atañen al procedimiento sancionador se incluyen en la LPAC, y lo referido a los principios informadores del Derecho sancionador se incluye en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

— *Iniciación del procedimiento sancionador*

En la LPAC se regulan los distintos medios que pueden dar lugar a la iniciación del procedimiento sancionador, que se entenderá iniciado siempre de oficio. Entre estos medios destaca la denuncia, junto a la cual se incorpora el denominado procedimiento de clemencia para los casos en que el denunciante haya participado en la comisión de la infracción y existan otros infractores.

— *Ejecutividad de la resolución sancionadora*

Se establece que una resolución sancionadora será ejecutiva solo cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en la vía administrativa, lo que supone otorgar carácter suspensivo al recurso potestativo de reposición por su carácter de recurso administrativo ordinario.

Cuando la resolución sea ejecutiva, la LPAC establece que se podrá suspender cautelarmente si el interesado manifiesta su intención de interponer recurso contencioso-administrativo.

## (iv) Revisión de los actos en vía administrativa

Destacan singularmente tres novedades:

— Cuando exista una pluralidad de recursos administrativos contra un mismo acto, podrá suspenderse su tramitación si, habiéndose resuelto alguno de ellos, se ha iniciado la vía contencioso-administrativa.

— Se elimina el plazo de tres meses para la impugnación de un acto presunto mediante el recurso de alzada o el recurso de reposición. En consecuencia, se permite impugnar en vía administrativa un acto presunto sin sujeción a un plazo, a partir la producción del silencio (art. 122.1).

— Por último, se suprimen las reclamaciones previas en vía civil y laboral.

## (v) Iniciativa legislativa y potestad normativa de las Administraciones Públicas

Se introducen «principios de buena regulación» (necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia) orientados a mejorar la calidad de las normas promovidas por Administraciones públicas (título VI de la LPAC).

Además, la iniciativa normativa que afecte a gastos e ingresos públicos debe supeditarse al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Se recogen tres mecanismos distintos de participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos (artículo 133).

Por último, a fin de dotar al conjunto del ordenamiento de coherencia, el artículo 130 dispone que las Administraciones Públicas (i) revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y (ii) evaluarán el cumplimiento de los objetivos que motivaron la aprobación de la normativa en vigor.

Asimismo, las leyes podrán habilitar directamente a las denominadas Autoridades Independientes para aprobar normas cuando la naturaleza de la materia así lo exija. El término «Autoridad Independiente» ha sido acuñado por los artículos 84, 109 y 110 para englobar a los organismos públicos con independencia funcional o especial autonomía (Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, etc.).

## Nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público

*Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE de 2 de octubre de 2015)*

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público («LRJSP») viene a sustituir una serie de normas legales que, hasta la fecha, eran esenciales en el ordenamiento jurídico-administrativo español, tales como la LRJPAC (que deroga y sustituye junto con la LPAC anteriormente mencionada) o la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado («LOFAGE»). Al igual que la LPAC, la LRJSP entrará en vigor al año de su publicación, es decir, el próximo 2 de octubre de 2016.

La LRJSP se divide en cuatro títulos. El primero de ellos dedicado a los principios de actuación y funcionamiento del sector público, a los principios de la potestad sancionadora y de la responsabilidad patrimonial, así como a otros aspectos puntuales como los órganos administrativos y los convenios. Los tres siguientes se centran respectivamente en la Administración General del Estado, el sector público institucional y las relaciones interadministrativas.

Entre las principales novedades que introduce la LRJSP destacan las siguientes:

(i) **Ámbito de aplicación**

Como novedad sistemática, la LRJSP incluye en su ámbito de aplicación a las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas. También será aplicable a las Universidades públicas, que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de la LRJSP.

(ii) **Principios de funcionamiento y actuación de las Administraciones públicas**

La LRJSP añade una serie de principios entre los que cabe destacar los principios de evaluación, planificación o dirección por objetivos. También incluye un desarrollo pormenorizado del principio de proporcionalidad.

No obstante, desde la perspectiva de la actuación administrativa, el contenido quizás más destacable se refiere a la potestad sancionadora y a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. La regulación de ambos institutos se ha dividido en dos cuerpos legislativos: una parte sustantiva, que queda recogida en la LRJSP, y una procedimental, que se contiene en la LPAC.

(iii) La LRJSP contiene una regulación pormenorizada de los convenios, para lo cual establece cuatro categorías de convenios, amplía el contenido mínimo imprescindible de estos acuerdos, limita su duración, y regula pormenorizadamente su régimen de extinción y control.

(iv) También se incluyen novedades en materia del sector público institucional, se contienen en el título II de la LRJSP, que mantiene las líneas sentadas por la LOFAGE para los organismos públicos (organismos autónomos y entidades públicas empresariales) y sistematiza el resto de entes instrumentales, distinguiendo entre autoridades administrativas independientes, sociedades mercantiles estatales, consorcios, fundaciones del sector público, fondos sin personalidad jurídica y universidades públicas no transferidas. Desaparecen las agencias estatales, cuya Ley 28/2006 es derogada por la LRJSP.

(v) La regulación de las relaciones interadministrativas, a las que la Ley dedica su título tercero, presenta también algunas novedades de interés entre las que destaca la pormenorizada regulación que recibe el deber de colaboración que debe presidir las relaciones entre las Administraciones. La colaboración interadministrativa se institucionaliza a través de distintos órganos e instrumentos de colaboración. Destaca a este respecto la expresa regulación que reciben las conferencias de presidentes y el desarrollo del régimen de las conferencias sectoriales.

Finalmente, también es de importancia la regulación de las relaciones electrónicas entre las Administraciones. Se establece su obligatoriedad, quedando además cada administración obligada a facilitar el acceso a las restantes a los datos relativos a los interesados que obren en su poder.

**Novedades introducidas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público**

*La LRJSP, en su disposición final novena, introduce una modificación de amplio calado en el 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 («TRLCSPP»). Las principales modificaciones incluidas en el TRLCSPP son las siguientes:*

(i) Contratos de concesión de obra pública y de gestión de servicios públicos

Al margen de modificaciones puntuales del procedimiento de adjudicación (artículo 150.2 del TRLCSPP), la LRJSP introducen reformas importantes en su régimen económico mediante la modificación de los artículos 254, 256, 271 y 288 del TRLCSPP, y la introducción de dos nuevos artículos (271.bis y 271.ter).

A este respecto, una de las principales novedades introducida versa sobre los efectos de la resolución de ambos contratos (concesión de obra pública y gestión de servicio público). Las modificaciones se recogen en los artículos 271 y 288, así como en los nuevos artículos 271.bis y 271.ter:

— Se separa la regulación de los conceptos mínimos indemnizables en todo caso (valor patrimonial de la inversión, o «responsabilidad patrimonial de la Administración»), distinguiendo según se trate de una resolución imputable o no a la Administración.

— Tanto para el contrato de concesión de obra pública como para el de gestión de servicio público, se añaden los supuestos tasados en los que, en todo caso, se considerará que la resolución no es imputable a la Administración;

— Se mantienen los supuestos en los que la Administración ha de dejar plenamente indemne al concesionario (rescate, supresión o imposibilidad de la explotación de la obra pública como consecuencia de acuerdos de la Administración), y los conceptos indemnizables (beneficios futuros y pérdida de valor).

— Los nuevos artículos 271.bis y 271.ter establecen el procedimiento para la determinación del valor de la concesión en los casos en que la resolución de la concesión o del contrato de gestión de servicio público no sea imputable a la Administración. Como se ha expuesto, de acuerdo con la nueva redacción de los artículos 271.1 y 288.1, será ese valor el que será objeto de indemnización en los casos de resolución no imputable a la Administración.

— El nuevo artículo 271.ter fija las reglas de determinación del tipo de licitación para la subasta que se celebrará en los casos de resolución no imputable a la Administración.

(ii) Prohibiciones de contratar

La LRJSP modifica los artículos 60 y 61 del TRLCSPP, así como añade un artículo 61.bis y una nueva disposición transitoria décima. Estas disposiciones tuvieron entrada en vigor el 22 de octubre de 2015, salvo las previsiones sobre la nueva Oficina Nacional de Evaluación, que entrarán en vigor el 2 de abril de 2016, y la nueva disposición transitoria décima del TRLCSPP, que entrará en vigor el 22 de octubre de 2016.

En cuanto a las principales novedades, desaparece la distinción previa entre las prohibiciones de contratar aplicables a la contratación de todo el sector público o solo a la contratación de las Administraciones públicas en sentido estricto. Con la modificación operada por la LRJSP, la distinción entre unas y otras causas de prohibición depende de la competencia y procedimiento para su declaración, así como de los efectos de cada prohibición, pero todas las prohibiciones podrán apreciarse respecto de cualquier contrato celebrado por el sector público, sea o no Administración pública en sentido estricto.

También se modifica el listado de causas de prohibiciones de contratar. Así se matizan algunas de las prohibiciones preexistentes (actualizándose, por ejemplo, el listado de delitos e infracciones administrativas que pueden dar lugar a una prohibición) y se añaden dos causas de prohibición: (i) haber dejado de formalizar el contrato adjudicado por causa imputable al adjudicatario; y (ii) en el caso de empresas de cincuenta o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el dos por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013.

Por otro lado, desaparece la causa prevista anteriormente en el artículo 60.2.b) del TRLCSP que recogía como prohibición para contratar con las Administraciones públicas el haber infringido una prohibición para contratar previa.

La nueva redacción del artículo 60.1.a) del TRLCSP aclara los efectos de la condena penal para las personas jurídicas y también se desarrollan con mayor detalle los efectos de la declaración de la prohibición de contratar (artículo 61.bis del TRLCSP).

Por último, el artículo 61.bis del TRLCSP dispone la inscripción de todas las prohibiciones de contratar en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, excepto las relativas a la declaración de concurso, no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social, y régimen de incompatibilidades o conflictos de intereses.

### [Portugal]

#### «Novo» Código de Processo nos Tribunais Administrativos

*Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro (DR 193, SÉRIE I, de 2 de outubro de 2015)*

O presente decreto-lei procede a uma profunda alteração do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, traduzindo-se numa «revolução» do contencioso administrativo.

Ao mesmo tempo, o presente decreto-lei procede, ainda, à alteração do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, do Código dos Contratos Públicos, do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, da Lei de Participação Procedimental e de Ação Popular, do Regime Jurídico da Tutela Administrativa, da Lei de Acesso aos Documentos Administrativos e da Lei de Acesso à Informação sobre Ambiente.

As modificações introduzidas nas regras do contencioso administrativo são numerosas, merecendo particular destaque: (i) o fim da dualidade de formas processuais com a substituição das antigas ação administrativa especial e ação administrativa comum pela nova «ação administrativa»; (ii) a previsão do momento processual da réplica, inexistente no anterior quadro jurídico; (iii) a atribuição de efeito suspensivo automático à impugnação dos atos de adjudicação; (iv) a eliminação do critério de atribuição de providências cautelares fundado na «manifesta ilegalidade» e a consequente previsão de um critério unificado de decisão no âmbito dos processos cautelares; (v) a mudança das regras aplicáveis à contagem dos prazos de impugnação de atos administrativos, com o abandono das regras processuais civis e a remissão expressa para as normas do Código Civil.

No que respeita ao Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, eliminou-se as exceções à regra de que os tribunais administrativos de círculo funcionam com juiz singular, as quais vinham dando fundamento a uma muito criticada e criticável linha jurisprudencial dos tribunais superiores, no domínio dos meios processuais de impugnação dos tribunais de primeira instância.

Quanto aos restantes diplomas, trata-se de alterações pontuais das normas relacionadas com regras especiais de contencioso administrativo.

O presente Decreto-Lei entrou em vigor no dia 2 de dezembro de 2015.

#### Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores

*Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro (DR 253, SÉRIE I, de 29 de dezembro de 2015)*

O presente decreto-lei procede à aprovação do regime jurídico dos contratos públicos na região autónoma dos Açores, visando a adaptação do regime nacional e comunitário às características específicas da região.

Neste enquadramento, as opções legislativas tomadas tiveram em atenção os seguintes princípios gerais: o da transparência e da celeridade processual; o da adequabilidade à realidade da Região Autónoma dos Açores; e, finalmente, o do impulso económico que pode ser transmitido às pequenas e médias empresas que compõem maioritariamente o universo do mercado regional.

No âmbito da celeridade processual, destaque para o encurtamento de prazos para a qualificação dos concorrentes e para a apresentação de propostas, com respeito pelas garantias dos particulares.

No âmbito do impulso de rigor e transparência que se quer continuar a imprimir aos procedimentos concursais na Região, sublinha-se a decisão de redução do valor admitido como trabalhos a mais de 25 % para 20 %, em oposição à orientação nacional de 40 %, ao mesmo que se mantém um regime regional específico de redução ou de liberação de caução.

Por fim e ainda no âmbito das novas soluções legislativas, merece igualmente destaque a possibilidade da entidade adjudicante promover pagamentos diretos aos subcontraentes, dentro de determinados parâmetros e pressupostos.

O presente Decreto-Lei entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2016.

#### Limiares de aplicação nos processos de adjudicação de contratos públicos

*Regulamento (EU) 2015/2342, 15 de dezembro de 2015 (JOUE L330/18, 16 de dezembro de 2015)*

O presente regulamento procede à alteração dos montantes dos limiares que determinam a aplicação das regras da contratação pública aos processos de adjudicação dos contratos nos domínios da empreitada de obras públicas, de fornecimento e de serviços.

O presente regulamento entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2016.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Espanña]

#### Constitucionalidad de los preceptos legales que establecen un nuevo régimen retributivo para los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen primado

*Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional n.º 270/2015, de 17 de diciembre de 2015 (Recurso de inconstitucionalidad 5347-2013)*

El TC resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia contra el art. 1, apartados 2 y 3; disposición adicional primera; disposición transitoria tercera y disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (el «*Real Decreto-ley 9/2013*»).

Los preceptos impugnados modificaron la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, mediante el establecimiento de un nuevo régimen retributivo para las instalaciones de producción de energía eléctrica existentes a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos. También habilitaron al Gobierno para la aprobación, por real decreto, del régimen jurídico y económico para estas instalaciones con retribución primada, que modificaría el régimen retributivo de las instalaciones existentes, y sería de aplicación desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013.

El TC rechaza los argumentos de inconstitucionalidad formulados por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y desestima el recurso.

El TC se pronuncia, de forma preliminar, acerca de si el recurso de inconstitucionalidad habría perdido su objeto con las modificaciones introducidas por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que afectaron directamente al Real Decreto-ley 9/2013. A este respecto, el alto Tribunal considera que, dado que las modificaciones no derogaron ni dieron lugar a la remoción de las situaciones jurídicas creadas al amparo del Real Decreto-ley 9/2013, procede conocer el fondo del asunto.

Por lo que se refiere al fondo de las cuestiones, el TC analiza en primer lugar la tacha de inconstitucionalidad relativa a la vulneración del art. 86.1 CE, que se imputa a los preceptos impugnados del Real Decreto-ley 9/2013, y que se fundamenta en la no concurrencia del presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» contemplado en el citado precepto constitucional.

A este respecto el TC considera que las reformas del Real Decreto-ley 9/2013 están suficientemente justificadas en la urgencia derivada de la evolución expansiva de los costes del sistema eléctrico, unida a las consecuencias de la crisis económica y a la necesidad de cumplimiento de los objetivos de déficit para el año 2014.

En segundo lugar, el TC analiza la alegación del recurrente de que los preceptos impugnados son contrarios a lo dispuesto en los arts. 10 y 13 del Tratado sobre la carta de la energía, ratificado por España y que, en consecuencia, son parte del ordenamiento interno español. El Tribunal considera que, dado que el recurrente se limita a mencionar la infracción sin argumentar las razones por las que las disposiciones impugnadas vulneran el orden constitucional, el TC no debe salvar esta insuficiencia y rechaza el argumento.

Finalmente, se alegaba la vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, así como el de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE). Sobre estas cuestiones, el TC efectúa las siguientes consideraciones:

(i) Por lo que se refiere al principio de seguridad jurídica, el TC considera que este principio, y su corolario, el de confianza legítima, no protege de modo absoluto la estabilidad regulatoria ni la inmutabilidad de las normas precedentes. Por ello considera que, si bien las medidas cuestionadas implican, ciertamente, una modificación respecto del régimen anterior, esta decisión se adoptó a la vista de la situación en la que se encontraba el sistema eléctrico. Considera que no cabe calificar de inesperada la modificación producida, pues la evolución de las circunstancias que afectaban a dicho sector de la economía hacían necesario acometer ajustes de este marco normativo. Y ello como efecto de las difíciles circunstancias del sector en su conjunto y la necesidad de asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema. Por tanto, la modificación no era imprevisible para un «operador económico prudente y diligente».

(ii) Por otro lado, tampoco acepta la reproche de que el Real Decreto-ley 9/2013 utiliza conceptos jurídicos indeterminados de forma arbitraria, en concreto, los de «rentabilidad razonable» y de «empresa eficiente o bien gestionada». Y ello porque la propia norma lleva a cabo una determinación objetiva de dichos conceptos, con arreglo a determinados parámetros, que expresamente se enumeran.

(iii) Finalmente, El TC también rechaza la vulneración del principio de irretroactividad porque considera que el Real Decreto-ley 9/2013 tiene una vigencia inmediata y produce efectos a partir de su entrada en vigor, sin incidir en derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario o a situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas.

**No concurre responsabilidad patrimonial del Estado al modificar el régimen retributivo de las instalaciones fotovoltaicas**

*Sentencia n.º 66/2016 del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de enero de 2016*

El pleito tiene su origen en el acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 22 de marzo de 2013 por el que se desestiman las reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las que se solicitaba una indemnización por los daños y perjuicios irrogados a las instalaciones de producción de electricidad a partir de energía solar fotovoltaica por la entrada en vigor del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, y de la Ley 2/2011, de 4 de marzo. Estos reales decretos introdujeron una serie de modificaciones al Real Decreto 661/2007 de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial («Real Decreto 661/2007»).

Los recursos planteados argumentaban que el marco regulatorio aplicable a las instalaciones de producción de electricidad a partir de energía solar fotovoltaica, determinante, en su momento, de adoptar la decisión empresarial de promover, construir y explotar instalaciones de esta naturaleza, fue modificado de manera imprevisible por normas posteriores. Esto habría provocado determinados daños (calificados como antijurídicos) que se concretan en una «pérdida del valor actual de las instalaciones», en una «reducción o pérdida de su rentabilidad», en una «privación de los derechos retributivos de la instalación, con reducción de su rentabilidad o, en fin, en una

pérdida «del derecho de los productores a percibir una retribución incentivada durante toda la vida útil de su instalación».

El TS rechaza, en primer lugar, que las reformas fueran imprevisibles. Por el contrario, considera que, en una actividad tan intensamente intervenida como es la que nos ocupa, no puede negarse a la Administración la potestad para imponer *ex novo* determinadas exigencias para garantizar el correcto funcionamiento del sistema y facilitar su mejor gestión. Por ese motivo, la capacidad, los requisitos o los presupuestos técnicos de los que las distintas plantas industriales disponían cuando entraron en funcionamiento serían siempre suficientes para garantizar el adecuado funcionamiento del sistema, con independencia de las nuevas necesidades que pudieran surgir en un mercado tan complejo como es el eléctrico.

En segundo lugar, considera que no concurre el requisito de la individualización del daño, dado que estas modificaciones han actuado con eficacia en todo el ámbito de la producción de electricidad procedente de las energías renovables y se enmarcan, por tanto, en lo que entiende que son «cargas colectivas del sector».

En tercer lugar, el TS también rechaza que concurren los requisitos de efectividad y actualidad en el daño producido, según las recurrentes, por las modificaciones relativas al período máximo de aplicación de la tarifa regulada (28 años). Y ello porque, a su juicio, el operador no ha sido privado de su derecho a vender la energía que produzca después de aquella fecha límite, sino que podrá hacerlo en el mercado, sin que existan datos que permitan afirmar que la tarifa regulada dentro de esos treinta años vaya a seguir siendo tan extraordinariamente superior a ese precio de mercado que pueda obtenerse como la actualmente vigente. Por último, considera que acoger las tesis de las recurrentes supondría la asunción de que el régimen jurídico establecido en el Real Decreto 661/2007 se prolongaría indefinidamente, inmutable y petrificado, cualesquiera que fueran las circunstancias que pudieran sobrevenir en el futuro.

En cuarto lugar, considera que la introducción de un peaje impuesto a todas las instalaciones de generación son cargas generales justificadas por la necesidad de desarrollar nuevas redes y estructuras.

En quinto lugar, respecto a los límites introducidos al derecho a la retribución incentivada, rechaza que vulneren el principio de confianza legítima, dado que (i) los titulares de las instalaciones, según jurisprudencia reiterada, no tienen un derecho inmodificable a que se mantenga inalterado su régimen económico y (ii) que las nuevas medidas mantienen una rentabilidad razonable de este tipo de instalaciones.

En este sentido, el TS concluye que la pérdida del valor de las instalaciones denunciada por los recurrentes se basa en una mera conjetura: la de que un tercero interesado en la adquisición de la instalación pagará menos por ella al comprobar que su rentabilidad ha decrecido en relación con la que obtenía en los comienzos de su puesta en funcionamiento. Y, además, el cambio regulatorio no ha afectado al valor de las instalaciones, sino a la retribución obtenida por la venta de la electricidad.

### [Portugal]

#### Código de Processo nos Tribunais Administrativos

*Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 577/2015, de 3 de novembro de 2015*

O presente acórdão procedeu à revogação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 124/2015, que havia julgado inconstitucional a norma constante da alínea i) do n.º 1 do artigo 27.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, confirmando, assim, a constitucionalidade da citada norma, quando interpretada no sentido de que a sentença proferida por tribunal administrativo e fiscal, em juiz singular, com base na mera invocação dos poderes conferidos por essa disposição, não é suscetível de recurso jurisdicional, mas apenas de reclamação para a conferência.



## ARBITRAJE Y MEDIACIÓN\*

### 1 · JURISPRUDENCIA

#### [España]

La AP de Madrid otorga el *exequatur* de un laudo extranjero sin necesidad de aportar el original (o copia auténtica) del convenio arbitral al haberse probado la «*inequívoca voluntad [de las partes] de someter las disputas a arbitraje*»

*Auto 167/2015, de 20 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid*

El pasado 20 de julio de 2015, la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación presentado por Asteron Trade Corp. («*ASTERON*») frente a un auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid que denegaba el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero por no haberse aportado el convenio arbitral original ni una copia que reuniera las mismas condiciones de autenticidad.

El 16 de julio de 2010, *ASTERON* solicitó el reconocimiento del laudo extranjero dictado en el procedimiento arbitral seguido frente a *Isleña Marítima De Contenedores, S.A.* («*ISCOMAR*»). A la referida solicitud, *ASTERÓN* acompañó, entre otros documentos, una copia completa de la póliza de fletamento —en la que se incluía el convenio arbitral—, así como comunicaciones en las que, a su juicio, quedaba patente la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

Por su parte, *ISCOMAR* se opuso al reconocimiento del laudo alegando, entre otros motivos, el incumplimiento del requisito exigido por el artículo IV.1.b) del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 («*Convenio de Nueva York*»), al alegar que *ASTERÓN* no aportó el original del convenio arbitral ni tampoco una copia que reuniera las mismas condiciones de autenticidad.

El Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid estimó el motivo de oposición alegado por *ISCOMAR* y denegó, por tanto, la solicitud de *exequatur*. *ASTERON* interpuso recurso de apelación frente a la referida resolución, que ha sido estimado recientemente por la Audiencia Provincial de Madrid.

Así pues, en su auto, la Audiencia Provincial establece que, de acuerdo con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, el artículo IV.1.b) del Convenio de Nueva York, pese a su literalidad, ha de ser interpretado en un «*sentido finalista*» —no formalista— y que, por tanto, para entender satisfecho el requisito establecido en el referido artículo basta que «*se constate la inequívoca voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje*».

En conclusión, el auto dictado por la AP de Madrid revocó el auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid y, en consecuencia, acordó reconocer un laudo extranjero sin necesidad de aportar el original (o copia auténtica) del convenio arbitral, al entender que existía una inequívoca voluntad de las partes de someter sus eventuales disputas a arbitraje.

El TSJ de Madrid anula un laudo por infracción del orden público, a pesar de que las partes habían alcanzado un acuerdo y habían solicitado el archivo del procedimiento

*Sentencia 65/2015, de 17 de septiembre, de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid*

La Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó una sentencia el pasado día 17 de septiembre de 2015 por la que anula un laudo, al considerar que existía una vulneración del orden público.

Las partes habían alcanzado un acuerdo transaccional antes de que la Sala dictase sentencia y habían solicitado el archivo del procedimiento. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia rechaza la petición de las partes, argumentando que uno de los motivos articulados por la

\* Esta sección ha sido coordinada por Luis Capiel, y en su elaboración han participado Heidi López Castro, Pablo Martínez Llorente, Mónica Zarzalejos Herrero, Jesús Saracho Aguirre, Juan Calvente Henche, Daniel Tejada Plana, Bárbara Sanchis Server, Eugenia Simo García y María Antúnez Sánchez, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

demandante en su demanda de anulación era que el laudo infringía el orden público y que, por tanto, el objeto del procedimiento había dejado de ser disponible para las partes, en atención a lo dispuesto en el artículo 19.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la cuestión afectaba al interés general. Así pues, el Tribunal desestima la solicitud de las partes de archivar el procedimiento tras haber alcanzado un acuerdo, entra a resolver la demanda de anulación y, como resultado, anula el laudo por considerar que existió, efectivamente, una vulneración del orden público.

En particular, la Sala entendió que el convenio arbitral aplicable al caso infringía el derecho fundamental a la igualdad, previsto en el artículo 14 de la Constitución española y vulneraba el artículo 15.2 de la Ley de Arbitraje, que dispone que *«las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad»*.

En este caso, el convenio arbitral se encontraba inserto en un contrato de adhesión elaborado por la parte demandante en el arbitraje y preveía que el procedimiento fuera administrado por la Asociación Europea de Arbitraje (AEADE). No obstante, el convenio modificaba el procedimiento previsto en el Reglamento de la Asociación, de forma que no existía un trámite de contestación a la solicitud de arbitraje. De esta forma, la institución designaba el árbitro único en un plazo de 10 días desde la recepción de la solicitud de arbitraje, sin que existiese un trámite en el que la demandada pudiera hacer alegaciones. La Sala entiende que esto coloca a la parte demandante en una situación de supremacía respecto de la demandada, lo que supone una infracción del principio de igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución española, lo que debe llevar a anular el laudo.

Además, la Sala considera que había quedado acreditada una relación entre la institución arbitral (AEADE) y la parte demandante en el arbitraje. En concreto, el Tribunal entiende que AEADE realiza una labor de asesoramiento a un conjunto determinado de entidades, entre las que se encuentra la demandante en el procedimiento arbitral, lo que supone un motivo de falta de imparcialidad.

No solo eso, la Sala abunda en su razonamiento y concluye también que hay una clara relación entre AEADE y el despacho de abogados que defiende a este mismo conjunto de entidades, lo que introduce un nuevo nivel de conflictos de interés que hace dudar seriamente de la independencia de la institución. De esta forma, la Sala concluye que existe una infracción del orden público, que afecta al derecho a la igualdad de la parte demandada en el arbitraje y que, por tanto, la cláusula arbitral es nula *ab initio* y radicalmente, lo que debe conllevar la anulación del laudo.

La sentencia recoge también un voto particular del Presidente de la Sala, donde se argumenta que el Tribunal debería haber archivado el procedimiento, conforme a lo solicitado por las partes. En opinión del magistrado, la eventual infracción de derechos fundamentales no trascendía más allá de la concreta relación entre las partes y, por tanto, la cuestión no afectaba al interés general. Así pues, según esta opinión disidente, la Sala debería haber accedido a lo solicitado por las partes y haber decretado el archivo del procedimiento.

**El TSJ de Madrid anula un laudo debido a la parcialidad de la institución administradora del arbitraje**

*Sentencia 66/2015, de 23 de septiembre, de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid*

El 23 de septiembre de 2015, la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó una sentencia por la que anulaba un laudo dictado en un procedimiento arbitral administrado por la Asociación Europea de Arbitraje (AEADE) por la falta de imparcialidad de la institución administradora del arbitraje.

La demandante, Transportes Remedios Torres, S.L. (*«Transportes»*), ejercitó una acción de anulación frente al laudo dictado contra Martí Corell Lux, S.L. (*«Martí Corell»*) alegando, entre otros motivos de anulación, que el laudo contravenía el orden público debido a la falta de imparcialidad de la institución arbitral. Los elementos que, a su juicio, permitían inferir la parcialidad de AEADE eran, entre otros, los siguientes:

- (i) En el contrato aparecía impreso el convenio arbitral con referencia expresa a AEADE.
- (ii) La demanda arbitral presentada por Martí Corell, que contenía tanto el anagrama de AEADE como sus datos en el encabezamiento, fue redactada utilizando un impreso facilitado por AEADE.
- (iii) Martí Corell estaba representada por una procuradora y asistida por un letrado cuyos despachos se encontraban en el mismo inmueble en el que AEADE tenía su domicilio social.
- (iv) El secretario general de AEADE había sido socio fundador del despacho en el que trabajaba el abogado de la demandada.
- (v) El abogado de Martí Corell era árbitro de AEADE.

La Sala recuerda en su sentencia que, pese a que «la imparcialidad del arbitraje que se predica en la Ley de Arbitraje viene siempre referida a los árbitros, no a la institución arbitral [...] las instituciones administradoras tienen encomendado, no obstante, velar por el respeto del principio de igualdad de las partes y la independencia de los árbitros». Por tanto, la Sala declara que si existen elementos objetivos que arrojen dudas sobre la imparcialidad de la institución, el laudo ha de ser anulado por ser contrario al orden público.

En su decisión, la Sala consideró que el hecho de que fuese la propia AEADE quien redactase el modelo de demanda vulneraba la imparcialidad que ha de presidir la actuación propia de toda institución arbitral, pues ello «significa que la institución administradora del arbitraje está ya inicialmente tomando partido a favor de una de las partes», lo que «permitiría dudar del tratamiento equitativo e igualitario de ambas partes». Lo anterior, unido al hecho de que el abogado de Martí Corell fuese árbitro de AEADE y que el secretario general de AEADE fuese socio fundador del mismo despacho de abogados de la demandada, lleva a la Sala a anular el laudo por ser contrario al orden público, pues, en palabras del tribunal, «el laudo está viciado por estar objetivamente minada la confianza en una resolución equitativa e imparcial».

**El TSJ de Madrid, en línea con su doctrina jurisprudencial más reciente, anula un laudo que desestimaba la nulidad de un contrato de permuta financiera (swap) por considerar que infringía el orden público económico**

*Sentencia 74/2015, de 23 de octubre, de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid*

El 23 de octubre de 2015, la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó una sentencia por la que anulaba un laudo por considerarlo —de oficio— contrario al orden público.

La demandante, Gori Transbur, S.L. («Gori Transbur»), ejerció una acción de anulación frente a un laudo dictado contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. («BBVA») en la que alegaba como único motivo de anulación el incumplimiento de lo acordado por las partes en cuanto a la designación de los árbitros (artículo 41.1.d de la Ley de Arbitraje).

A juicio de la demandante, el nombramiento de uno de los coárbitros no se ajustó a lo pactado en el convenio arbitral. El convenio, inserto en un contrato marco de operaciones financieras (que regulaba los contratos de swap objeto del procedimiento arbitral), exigía que los árbitros fuesen «abogados en ejercicio y con un amplio conocimiento de los mercados de productos financieros y derivados [...]». Sin embargo, uno de los miembros del tribunal arbitral era catedrático de Derecho romano y experto en Derecho privado (no en mercados financieros), por lo que la demandante defendía que el árbitro no reunía las condiciones previstas en el convenio arbitral.

La Sala desestimó el motivo de anulación, puesto que la demandante pudo solicitar la recusación del árbitro, lo que en ningún momento sucedió. Sin perjuicio de lo anterior, de conformidad con lo previsto en el artículo 41.2 de la Ley de Arbitraje, la Sala decidió revisar de oficio el laudo al entender que podía ser contrario al orden público.

Así pues, en su sentencia, la Sala recuerda, en primer lugar, que el concepto de orden público está integrado por tres manifestaciones: la procesal (relativa al artículo 24.1 CE), la constitucional (relativa a los demás derechos fundamentales) y la material (relativa a los principios y normas básicas inderogables por la voluntad de las partes tanto en lo social como en lo económico, que incluye el «orden público comunitario o europeo»).

Pues bien, en relación con la última de las manifestaciones del orden público, la Sala entra a valorar si el laudo ha infringido (o ha inaplicado) normas imperativas, y realiza para ello un exhaustivo análisis de los contratos de *swap* y las normas imperativas que los regulan.

En particular, la sentencia analiza pormenorizadamente la normativa europea sobre productos financieros y su relación con el principio de orden público económico. Tras ese análisis, la Sala entiende que la decisión del tribunal arbitral es errónea al entrañar «*la infracción patente de normas imperativas que, en tanto que tuitivas del principio de buena fe, son de inexcusable observancia*», puesto que en ella (i) se califica el *swap* como producto financiero no complejo, (ii) no se tiene en cuenta la condición del cliente (minorista o profesional), (iii) se obvian las obligaciones de información a cargo de la entidad financiera y (iv) no se pondera si el concreto servicio prestado por la entidad es de asesoramiento o ejecución de órdenes.

Lo anterior condujo a la Sala a estimar la acción de anulación ejercitada por Gori Transbur, anulando así el laudo dictado frente a BBVA. La sentencia continúa la línea jurisprudencial desarrollada por la Sala e iniciada en la Sentencia 13/2015, de 28 enero.

Por último, la sentencia recoge un voto particular del presidente de la Sala, en el que se defiende que la Sala debió limitarse al análisis de los motivos de anulación alegados por la demandante, cuya desestimación comparte. Asimismo, en opinión del magistrado, la apreciación de la vulneración de orden público debe ser siempre restrictiva. En el caso enjuiciado, el magistrado considera que el laudo no incurre en «*manifiestos errores, directa y claramente verificables*», sino que, a lo sumo, sigue criterios discutibles para la resolución de la controversia, lo que no permite a los Tribunales arrogarse la facultad de impartir justicia en el caso concreto.

**El TSJ de Madrid, en línea con su doctrina jurisprudencial más reciente, anula un laudo que desestimaba la nulidad de unos contratos de permuta financiera (*swaps*) por vulneración del «orden público procesal y el orden público económico»**

*Sentencia 85/2015, de 17 de noviembre, de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid*

Con fecha 17 de noviembre de 2015, la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid anuló un laudo, tras apreciar una vulneración del orden público procesal y del orden público económico.

El procedimiento arbitral fue iniciado a instancia de Desarrollo y Aplicaciones a Nuevas Actividades del Valle de Nalón, S.L. («*Nuevas Actividades*»), que presentó una demanda frente a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. («*BBVA*») por la que solicitó, en esencia, la declaración de nulidad en la contratación de determinadas permutas financieras (*swaps*) ofrecidas por BBVA. El laudo desestimó las pretensiones de Nuevas Actividades.

Frente a este laudo, Nuevas Actividades formuló acción de anulación por infracción del orden público (*ex* artículo 41.1.f de la Ley de Arbitraje), puesto que, a su juicio, el laudo (i) consideraba erróneamente que los productos contratados no eran complejos, (ii) infringía las normas imperativas aplicables y (iii) valoraba deficientemente los elementos probatorios.

La Sala revisa el laudo arbitral y confirma que el tribunal arbitral, en su laudo, (i) aplica erróneamente la normativa anterior en materia de contratación de productos financieros y contraviene las «*normas imperativas de ineludible aplicación*», (ii) no califica los productos como «*complejos*» y (iii) no analiza los deberes de información que pesaban sobre BBVA. En definitiva, según la Sala, el laudo basa su argumentación en un «*error patente*» y, además, presenta una «*evidente falta de motivación*».

En atención a estas circunstancias, la Sala pone de manifiesto que el laudo es arbitrario y, por tanto, contrario al orden público procesal y económico, y, en consecuencia, estima la demanda de anulación de Nuevas Actividades.

Por último, la sentencia examinada contiene un voto particular del presidente de la Sala, que comparte el fallo de la decisión mayoritaria, aunque matiza las apreciaciones relativas a la incorrecta calificación de los productos como no complejos. Según el magistrado, esta calificación no se deduce del contenido del laudo y, aun en el caso de que así fuera, ello no determinaría, *per se*, un motivo de anulación.

## 2 · ARBITRAJE DE INVERSIÓN (Resoluciones Arbitrales)

**Un Tribunal arbitral dicta un laudo CIADI rechazando su jurisdicción por entender que la sociedad demandante no era francesa (pese a haberse constituido en ese país), así como por considerar que no existió inversión por parte de esta**

*Laudo CIADI N.º ARB/12/36, Société Civil Immobilière de Gaëta contra la República de Guinea*

El pasado 16 de diciembre de 2015 un Tribunal arbitral bajo los auspicios del CIADI dictó un laudo en el que rechazaba su jurisdicción para conocer de una reclamación presentada por la sociedad civil inmobiliaria Gaëta contra la República de Guinea. El Tribunal consideró que no tenía competencia *ratione personae* ni *ratione materiae*.

Gaëta alegó el incumplimiento por parte de Guinea tanto del Derecho internacional como del Derecho interno guineano (Código de inversiones de la República de Guinea, «CIG») por (i) violación de la obligación del Estado de no expropiar, salvo por causa de utilidad pública y mediando indemnización justa y adecuada, así como (ii) violación de la obligación de dispensar un trato justo y equitativo a los inversores extranjeros.

El Tribunal estimó que la sociedad demandante no podía ser calificada como inversor extranjero ni a efectos del Convenio CIADI ni a efectos del CIG, pues su nacionalidad no era, como alegaba Gaëta, francesa, pese a haberse constituido en Francia en 1988.

Así, el Tribunal consideró que, bajo Derecho francés —el derecho aplicable para determinar si la sociedad tenía nacionalidad francesa—, si bien existe la presunción de que una sociedad es francesa cuando su sede social está en Francia, esta presunción puede quedar desvirtuada si los elementos fácticos del caso (principal actividad comercial, dirección del administrador único, dirección a efectos de comunicaciones, etc.) evidencian que su dirección efectiva tiene lugar en otro país, en este caso, en Guinea. Por tanto, el Tribunal estimó que los contactos con Francia de la demandante eran artificiales e insuficientes para otorgarle a la demandante la protección internacional pretendida.

Por otro lado, el Tribunal también consideró que las inversiones realizadas al amparo del contrato de arrendamiento con compromiso de obra que había sido concedido a la demandante por el Gobierno guineano para la construcción y posterior arrendamiento de un complejo industrial no podía calificarse como «inversión» a los efectos del artículo 25 de Convenio CIADI. Para analizar esta cuestión, el Tribunal utilizó los criterios del *Test Salini*, a saber, que la operación debe (i) tener cierta duración, (ii) implicar una asunción de riesgo por parte del inversor, quien debe igualmente (iii) realizar un aporte sustancial, y (iv) contribuir al desarrollo del Estado receptor. Así, el Tribunal entendió que, si bien se había realizado una inversión para la construcción del complejo industrial, no se había demostrado que la sociedad demandante fuese quien hubiese realizado dicha inversión. En efecto, el Tribunal consideró que quien había realizado la inversión era en realidad el accionista y administrador de la sociedad demandante, y que este no era parte del procedimiento arbitral. Finalmente, el Tribunal concluyó que la inversión en la gestión de los alquileres que sí había realizado la sociedad demandante no podía considerarse, sin embargo, una inversión «sustancial» que cumpliera con los requisitos del *Test Salini*.

**Se dicta el primer laudo en uno de los arbitrajes del sector de las energías fotovoltaicas contra España: el Tribunal se declara competente pero da la razón a España en cuanto al fondo**

*Laudo en el arbitraje no. 062/2012 de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. contra el Reino de España*

El pasado 21 de enero de 2016, un Tribunal arbitral en un procedimiento administrado por la Cámara de Comercio de Estocolmo, se declaró competente para oír la disputa entre un inversor holandés, un inversor luxemburgués y el Reino de España y, en el fondo, dictó el primer laudo que resuelve sobre una demanda interpuesta contra el Estado español por las modificaciones regulatorias en el sector de las energías fotovoltaicas. El laudo desestimó las pretensiones de los demandantes y los condenó a pagar 1,3 millones de euros por los gastos del arbitraje.

Las sociedades demandantes Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L., accionistas holandesas y luxemburguesas de la filial de renovables del Grupo Isolux Corsán, T-Solar, S.A., demandaron al Reino de España por entender, en esencia, que el RD 1565/2010 y el RDL 14/2010 (conjuntamente, los «Decretos») infringían el Tratado de la Carta de la Energía por (i) tener carácter expropiatorio y por (ii) vulnerar la obligación del Estado de dispensar un trato

justo y equitativo al inversor. Las demandantes excluyeron explícitamente de la competencia del Tribunal arbitral las normas posteriores a 2010.

El Reino de España solicitó al Tribunal arbitral que declarase que carecía de jurisdicción sobre la disputa por entender que: (i) las demandantes habían renunciado a la jurisdicción del Tribunal arbitral activando la cláusula *electa una via*; (ii) al estar controladas por nacionales españoles no eran inversores de acuerdo a la definición de la Carta de la Energía; y, (iii) la disputa era entre inversores europeos y un Estado europeo y se encontraba sujeta al régimen normativo de la UE.

El Tribunal desestimó la pretensión del Reino de España y se declaró competente al considerar que:

(i) No se había activado la cláusula *electa una via*, ya que no se cumplía el test de triple identidad (de partes, de objeto y de fundamento legal), en su componente subjetivo. Aunque formaban parte del mismo grupo, consideró que, incluso en una interpretación flexible del test de triple identidad, no se había demostrado que los inversores tenían poder de decisión sobre las partes que habían iniciado los procedimientos contencioso-administrativos y el procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

(ii) El hecho de que los inversores estuviesen controlados por nacionales españoles no excluía la competencia del Tribunal arbitral, ya que: (i) la definición de inversor de la Carta de la Energía incluía cualquier sociedad constituida con arreglo a la legislación de una parte contratante (lo que los inversores cumplían en este caso en Países Bajos y Luxemburgo); (ii) el supuesto en cuestión (control del inversor por nacionales del país receptor de la inversión) no estaba recogido en la Carta de la Energía como supuesto de denegación de beneficios de la Carta de la Energía; y, (iii) no se daban las circunstancias que permitirían un levantamiento del velo societario (en particular el carácter fraudulento en la instrumentación de la inversión).

(iii) En respuesta a los tres argumentos planteados por España en relación con el derecho de la UE (argumentos compartidos por la Comisión Europea en el *amicus curiae* que presentó), el Tribunal resolvió que:

— Existía diversidad territorial, ya que, aunque la UE fuese parte de la Carta de la Energía, también lo eran España, Países Bajos y Luxemburgo. En opinión del Tribunal, la demanda se dirigía contra España y no contra la UE, por actos supuestamente ilícitos cometidos por el Reino de España en el ejercicio de su soberanía nacional.

— No se había demostrado la existencia de una cláusula de desconexión implícita para relaciones intra-UE: (i) el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE») aplicaba a disputas entre Estados miembros de la UE y no entre una parte privada y un Estado miembro; (ii) la existencia de una unión aduanera no constituía ningún impedimento al cumplimiento de la Carta de la Energía; (iii) ninguna interpretación de la Carta de la Energía podía llevar a concluir que existiese una cláusula de desconexión implícita; (iv) no existía ninguna inconsistencia entre la Carta de la Energía y el TFUE.

— El artículo 344 TFUE no prohibía someter a arbitraje cualquier disputa entre inversores y Estados miembros de la UE que pudiese implicar la interpretación de los tratados europeos. El Tribunal consideró además que no existía ninguna norma de orden público europeo que prohibiera la resolución de la disputa mediante arbitraje, ni se había alegado por el Reino de España que la decisión que adoptase el Tribunal pudiese ser contraria al ordenamiento europeo. En todo caso, consideró que esto sería una cuestión a tener en cuenta en el fondo de la cuestión, pero no para determinar la jurisdicción del Tribunal arbitral.

Respecto de la expropiación, el Tribunal determinó que para que existiera expropiación no bastaba con que la rentabilidad de las acciones de T-Solar se viera seriamente afectada, sino que la pérdida de valor tenía que ser de tal magnitud que equivaliese a la privación total o parcial de su inversión. En opinión del Tribunal, la rentabilidad de las plantas fotovoltaicas se mantuvo positiva, aunque reducida, por lo que no quedaba probado que los Decretos tuvieran efectos equivalentes a una expropiación.

Por lo que se refiere a la obligación de trato justo y equitativo, las demandantes alegaban que los Decretos modificaban de un modo inesperado el régimen regulatorio y económico que les

era aplicable, vulneraba sus legítimas expectativas al generar una inestabilidad regulatoria y una falta de claridad que continúa aún a día de hoy, y al ser retroactivas serían violatorias de sus derechos.

El Tribunal, en este sentido, decretó lo siguiente:

(i) Para verificar si había inestabilidad regulatoria y falta de claridad era necesario analizar la evolución del ordenamiento jurídico hasta el 2013, lo cual no era posible por no ser objeto del arbitraje. Las demandantes solo se refirieron en su demanda a los Decretos y excluyeron expresamente las normas dictadas en 2013 sobre la materia.

(ii) Para generar expectativas legítimas en un inversor, el Estado debía haber adoptado compromisos específicos como una cláusula de estabilización, lo cual no se daba en este caso.

(iii) Que las expectativas del inversor debían fundarse en un análisis objetivo, no en meras creencias subjetivas y que aquellas debían ser razonables en el caso concreto. Para el Tribunal, las demandantes no podían tener una expectativa legítima de que el marco regulatorio iba a permanecer inmutable durante toda la vida útil de las plantas fotovoltaicas, pues ello equivaldría a congelar el marco regulatorio aplicable a estas aunque cambiasen las circunstancias.

(iv) Para que las expectativas del inversor fueran legítimas, las medidas regulatorias no debían haber sido previsibles en el momento de la inversión. El Tribunal estima que cuando las demandantes efectuaron su inversión, la jurisprudencia española y la ley ya se habían pronunciado respecto de la facultad que el Gobierno español tenía de modificar el régimen aplicable a las plantas fotovoltaicas. Por tanto, *«al menos ese es el nivel de diligencia que se esperaría de un inversionista extranjero en un sector altamente regulado como el energético, donde un análisis previo y exhaustivo del marco jurídico aplicable al sector es indispensable para proceder a realizar la inversión»*.

(v) La expectativa legítima de los inversores con respecto a los cambios regulatorios comprende la creencia de que el Estado no actuará de manera (a) desproporcionada, (b) irrazonable o arbitraria o (c) contraria al interés público.

— Para el Tribunal, los Decretos no eran desproporcionados porque *«no suprimieron las características fundamentales del marco regulatorio existente, ya que los operadores fotovoltaicos mantuvieron el derecho a percibir una tarifa (FIT), y la posibilidad de vender de manera prioritaria la totalidad de su producción en el sistema»*.

— Además, las medidas implementadas no eran irracionales o arbitrarias, dado que respondían a circunstancias objetivas: la limitación de la tarifa a 30 años se corresponde con la vida útil esperada de una planta de generación fotovoltaica y la limitación de horas elegibles responde a un criterio objetivo basado en la zona climática en la que se ubique la planta, así como en la tecnología utilizada.

— Los Decretos no podían tampoco considerarse contrarios al interés público, dado que las primas liquidadas al sector suponían, en términos absolutos, más que las pagadas a todas las otras tecnologías y aumentaban de manera considerable con carácter anual.

Es importante la matización que efectúa el Tribunal al afirmar que su conclusión *«no pretende prejuzgar de manera alguna las conclusiones a las que podría llegar otro tribunal con base en el análisis del conjunto de las normas adoptadas hasta la fecha, incluyendo las de 2013»*.

En otro orden de cosas, y en relación con la retroactividad de los Decretos alegada por las demandantes, el Tribunal entendió que el hecho de que estos fueran inmediatamente aplicables desde su entrada en vigor a las plantas que ya se encontraban en funcionamiento no suponía una aplicación retroactiva, ya que nada prohíbe a un Estado tomar medidas regulatorias con efecto inmediato respecto de situaciones en curso.

Por último, cabe destacar que el árbitro Guido Santiago Tawil emitió una opinión disidente en relación con el análisis efectuado por el Tribunal sobre las expectativas legítimas del inversor. En

su opinión, la expectativa legítima del inversor no se encuentra limitada exclusivamente por la existencia de un compromiso específico del Estado de no alterar la regulación aplicable, sino que puede derivarse del ordenamiento jurídico vigente. Por ello, (i) la existencia de una norma que creaba un fuerte incentivo a invertir en energías renovables y dirigida a un número reducido de potenciales destinatarios, así como (ii) la concesión de un plazo breve para realizar todos los trámites para ser acreedor de los beneficios conferidos, determinan que debiera aceptarse la existencia de expectativas legítimas en las demandantes. Estas expectativas legítimas no conllevarían, según el árbitro disidente, la congelación de la potestad reglamentaria del Estado receptor, sino que determinarían que, en caso de ejercitarse esta última, el inversor deba ser indemnizado por los perjuicios que se le hayan causado.

## COMPETENCIA\*

### 1 · JURISPRUDENCIA

#### [España]

**El Tribunal Supremo señala que la falta de comunicación del hecho de la denegación del auto al inspeccionado constituye un vicio en el consentimiento que invalida la inspección**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera), de 15 de junio de 2015, en recurso de casación núm. 1407/2014 interpuesto por Cosmética Cosbar, S.L.*

El Tribunal Supremo ha declarado que, en el marco de una inspección de la autoridad de competencia, la falta de comunicación a la empresa objeto de la inspección del hecho de la denegación del auto judicial de autorización de entrada en el domicilio de la empresa solicitado por la autoridad constituye un vicio que invalida el consentimiento prestado para la entrada en el domicilio y, en consecuencia, determina la nulidad de la posterior inspección practicada. Pese a que la autoridad de competencia tiene la opción de decidir si solicita o no una autorización judicial con carácter previo a la realización de una inspección, una vez solicitada, y si es denegada, dicha circunstancia debe ser comunicada a la empresa en aplicación del principio de buena fe.

Como consecuencia de la anulación de la autorización de entrada y de la posterior inspección, el Tribunal Supremo anula también la sanción, dado que la resolución se basaba principalmente en las pruebas recabadas durante dicha inspección domiciliaria.

**La Audiencia Nacional aclara que el hecho de que un determinado servicio no esté caracterizado como «universal» no justifica una negativa de acceso por un operador dominante como Correos**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta), de 13 de julio de 2015, en recurso núm. 275/2013 interpuesto por la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos*

La Audiencia Nacional recuerda que el cumplimiento de la regulación sectorial no exime de la observancia de la normativa en materia de defensa de la competencia. Las prácticas imputadas a Correos constituían un supuesto abuso de posición de dominio consistente en la negativa de acceso a la red postal para la prestación de servicios de notificaciones administrativas. Correos sostuvo que la normativa sectorial no le imponía una obligación de dar acceso a terceros a su red para la prestación de estos servicios (al no ser considerados como parte del Servicio Universal).

La Audiencia Nacional declara que la negativa injustificada de acceso a un servicio esencial para competir en el mercado constituye una infracción del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia («LDC»), con independencia de que tal acceso no sea requerido por la normativa sectorial.

\* Esta sección ha sido coordinada por Alfonso Gutiérrez, y en su elaboración han participado Raquel Lapresta, Paloma Sanjuán, Tomás Arranz, Jordi Calvet, Cristina Caballero, Patricia Roger, Pablo Solano y Javier Montañés, 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 Supremo se pronuncia sobre la posibilidad de recurrir los requerimientos de información de la CNMC**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera), de 2 de noviembre de 2015, en recurso casación núm. 2354/2013 interpuesto por Mediaset España Comunicación, S.A.*

El Tribunal Supremo confirma que los requerimientos de información de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia («CNMC») no se pueden considerar actos de trámite no recurribles. En concreto, los requerimientos de la CNMC pueden constituir actos de trámite cualificados susceptibles de recurso si conllevan obligaciones de cumplimiento inmediato y no existe un procedimiento para discutir los efectos que de ellos se deriven. También podrán serlo cuando el objeto del recurso sea la propia legalidad del requerimiento.

En la sentencia también se aclara que puede estar justificada la solicitud de la CNMC en el sentido de que la respuesta se proporcione en un determinado formato cuando sea necesario para facilitar su labor y que no resulte «extravagante en atención a los usos comunes».

**La Audiencia Provincial de Madrid declara compatible con las normas de defensa de la competencia el sistema de precios aplicado por un laboratorio farmacéutico a sus distribuidores**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 7 de diciembre de 2015, en recurso de apelación núm. 555/2013 interpuesto por la European Association of Euro-Pharmaceutical Companies*

La Audiencia Provincial de Madrid reinterpreta el precedente más reciente del Tribunal Supremo en esta materia, en el que, aplicando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, se cuestionó la compatibilidad con la normativa de defensa de la competencia de los sistemas de precio libre aplicados por algunos laboratorios farmacéuticos. En concreto, considera que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre esta materia se refiere a un contexto normativo diferente del actual. Así, declara que en este momento el precio de los medicamentos, en general, es libre en España y que los laboratorios solo tienen que soportar la intervención sobre precios en algunas circunstancias (principalmente, medicamentos financiados por la Seguridad Social y dispensados en territorio nacional).

En este escenario, la Audiencia entiende que el hecho de que coexistan dos precios de venta, uno general y otro más reducido (para los medicamentos financiados por la Seguridad Social y dispensados en España) no tiene por objetivo la limitación de las exportaciones. La conclusión es distinta a la alcanzada por el Tribunal de Justicia de la UE en el denominado asunto «Glaxo» debido a que en la actualidad los laboratorios estarían fijando unilateralmente el precio que consideran más conveniente y solamente aplicarían una reducción en los supuestos de intervención estatal en los precios, mientras que el sistema analizado en «Glaxo» suponía un precio distinto en función de si el medicamento era destinado a la exportación.

## [Unión Europea]

**El Tribunal General anula una Decisión de la Comisión Europea por la incoherencia entre la exposición de motivos y la parte expositiva**

*Sentencias del Tribunal General de 16 de diciembre de 2015 en los asuntos Air Canada (as. T-9/11), Koninklijke Luchtvaart Maatschappij (as. T-28/11), Japan Airlines (as. T-36/11), Cathay Pacific Airways (as. T-38/11), Cargolux Airlines International (as. T-39/11), Latam Airlines Group y otros (as. T-40/11), Singapore Airlines y otros (as. T-43/11), Deutsche Lufthansa y otros (as. T-46/11), British Airways (as. T-48/11), SAS Cargo Group y otros (as. T-56/11), Air France-KLM (as. T-62/11), Société Air France (as. T-63/11) y Martinair Holland (as. T-67/11) contra Comisión*

El Tribunal General ha anulado una decisión de la Comisión Europea que imponía multas por un total de 790 millones de euros a varias empresas por su participación en un supuesto cártel en el mercado del transporte aéreo de mercancías. En opinión del Tribunal General, la decisión adolece de una contradicción, dado que la exposición de motivos se refiere a una infracción única y continuada de dimensión mundial en la que habrían participado todas las empresas imputadas, mientras que la parte dispositiva se refiere a cuatro infracciones únicas y continuadas cometidas por distintas empresas.

La sentencia entiende que la falta de claridad y precisión de la parte dispositiva no permite determinar su alcance, lo que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva, ni permite que los órganos jurisdiccionales nacionales extraigan las consecuencias necesarias en materia de reclamación de daños.

**Infracciones por objeto o por efecto. Criterios para la determinación de los efectos**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 2015 en el asunto Maxima Latvija (as. C-345/14)*

El Tribunal de Justicia ha reafirmado su interpretación restrictiva de la noción de infracción por objeto, al confirmar que el pacto incluido en un contrato de arrendamiento de local en virtud del cual el arrendatario puede impedir al arrendador que alquile locales del mismo centro comercial a competidores no revela en sí mismo un grado suficiente de nocividad para considerarlo una infracción por objeto. El pacto tendrá por efecto impedir, restringir o falsear la competencia si tras el análisis del contexto económico y jurídico y las particularidades del mercado se confirma que contribuye significativamente, de manera actual o potencial, a un posible cierre del mercado.

**Participación en cárteles. Sanción a empresas asesoras que actúan como facilitadores**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2015 en el asunto AC-Treuhand AG contra Comisión (as. C-194/14 P)*

El Tribunal de Justicia confirma la sanción impuesta por la Comisión Europea a una empresa de consultoría que recopiló y comunicó datos sobre ventas en los mercados afectados por un cártel a sus participantes. Además, moderó las actividades del cártel y animó a las empresas a llegar a acuerdos.

A pesar de que la empresa de consultoría no está presente en el mercado afectado por el cártel, no se puede considerar que sus servicios no guarden relación alguna con las conductas sancionadas. Por tanto, se concluye que el comportamiento de la empresa está incluido en el ámbito del artículo 101 del TFUE.

**Descuentos abusivos. Criterio del competidor igualmente eficaz**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2015 en el asunto Post Danmark A/S (as. C-23/14)*

El Tribunal de Justicia ha señalado que la utilización del criterio del competidor igualmente eficaz no es indispensable para determinar el carácter abusivo de un sistema de descuentos que no sean ni cuantitativos ni por exclusividad en aquellos casos en los que la estructura del mercado hace prácticamente imposible la aparición de un competidor igualmente eficaz. Así, cuando la empresa dominante goza de una cuota de mercado especialmente elevada y de ventajas estructurales derivadas de un monopolio legal, este criterio no resulta relevante para determinar el carácter abusivo de la conducta. Por el contrario, considera que un sistema de descuentos es ilegal si su efecto anticompetitivo es probable, sin que sea necesario demostrar que tiene un carácter grave o apreciable.

**La empresa matriz declarada responsable por una infracción cometida por una filial deberá beneficiarse de una eventual reducción obtenida por la filial en sede de recurso**

*Sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2015 en los asuntos Total S.A. (as. C-597/13 P) y Total Marketing Services S.A. (as. C-634/13 P) contra Comisión*

El Tribunal de Justicia ha señalado que, en los casos en los que la responsabilidad de la matriz deriva exclusivamente de la conducta de su filial, la cuantía de la multa que corresponde a la matriz no puede exceder del importe de la sanción impuesta a su filial. Además, en caso de recursos paralelos formulados por la matriz y la filial, el Tribunal General deberá tener en cuenta a la hora de resolver sobre el recurso de la matriz el resultado del procedimiento iniciado por la filial, de manera que se beneficie de cualquier reducción de la responsabilidad imputada a ésta.

**El Tribunal General declara que el sistema español de tax lease no constituye una ayuda de Estado**

*Sentencia del Tribunal General, de 17 de diciembre de 2015, en los asuntos acumulados Reino de España (as. T-515/13) y Lico Leasing, S.A. y PYMAR, S.A. (as. T-719/13) contra Comisión*

El Tribunal General ha anulado la Decisión de la Comisión Europea que declaró que el sistema español de arrendamiento fiscal (o *tax lease*) era ayuda de Estado ilegal.

De conformidad con el Tribunal General, la ventaja de la que disfrutaron las empresas que se acogieron a este sistema no puede calificarse como selectiva, puesto que las medidas controvertidas no beneficiaban a empresas o sectores concretos, en el sentido del artículo 107 del TFUE. Por el contrario, los beneficios fiscales derivados de este sistema fiscal eran accesibles para cualquier inversor, con independencia del sector de actividad en el que operase o su tamaño.

## 2 · DECISIONES EN MATERIA DE EXPEDIENTES SANCIONADORES

### [España]

**La CNMC impone una multa a Grifols por ejecución de una concentración sin contar con autorización previa**

*Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, de 16 de octubre de 2015, en el Expediente SNC/DC/037/15 – Grifols*

La CNMC impone una sanción de más de 100.000 euros a Grifols por la ejecución sin previa autorización de la adquisición del negocio de diagnóstico de transfusiones sanguíneas mediante el uso de tecnología de amplificación de ácidos nucleicos de Novartis International AG.

Una vez descartado el cumplimiento del umbral de volumen de negocios, y debido a que la facturación del negocio adquirido era inferior a los 10 millones de euros, solamente existiría obligación de notificar si las partes tuvieran una cuota igual o superior al 50 % en un mercado afectado. De acuerdo con la investigación de la CNMC, la cuota de mercado en términos de unidades era del 52,2 %, mientras que los cálculos de Grifols la reducían a un 49 %.

La CNMC considera que Grifols no actuó diligentemente, puesto que no realizó una consulta previa ni hizo uso del trámite de prenotificación. Además, al haber notificado la operación en Alemania, Estados Unidos y Brasil, Grifols debería haber concluido que existía una alta probabilidad de cumplir umbrales en España.

**La CNMC sanciona a Mediaset por reincidencia en el incumplimiento de los compromisos adoptados como consecuencia de la autorización de la adquisición de Cuatro por Telecinco**

*Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, de 17 de septiembre de 2015, en el Expediente SNC/0036/15 – Mediaset*

En el marco de la operación TELECINCO/CUATRO, Mediaset se comprometió a no comercializar mediante una misma oferta comercial la publicidad de sus dos canales de televisión en abierto de mayor audiencia. También se comprometió a que la audiencia conjunta de los canales comercializados en cada paquete comercial no superara el 22 %.

La CNMC considera acreditado que las propuestas de Mediaset vinculaban *de facto* las ofertas comerciales para los dos principales canales. En concreto, la comercialización la realizaba un mismo comercial a través de negociaciones simultáneas y utilizaban referencias a cifras de inversión conjuntas. En consecuencia, la CNMC impone a Mediaset una sanción por importe de 3 millones de euros, tomando en consideración que la misma conducta fue sancionada con anterioridad.

## 3 · DECISIONES EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

### [Unión Europea]

**La Comisión Europea autoriza la concentración entre Orange y Jazztel con compromisos**

*Decisión de la Comisión Europea, de 19 de mayo de 2015, en el asunto M.7421 ORANGE / JAZZTEL*

La Comisión Europea ha autorizado la compra de Jazztel por parte de Orange. Tras la operación, Orange se consolidará como tercer gran operador del mercado de las telecomunicaciones en España, junto con Movistar y Vodafone.

La Comisión expresó su preocupación, principalmente, por los solapamientos existentes entre las actividades de las partes en acceso fijo a internet y telefonía móvil. Los compromisos afectaron a las tecnologías ADSL y fibra óptica, quedando la autorización condicionada a la desinversión de un número significativo de unidades ubicadas en las principales ciudades españolas y a que Orange garantice el acceso a su red de telefonía móvil al comprador de las unidades de internet.

**La Comisión Europea autoriza con compromisos la compra de Aer Lingus por parte de IAG**

*Decisión de la Comisión Europea, de 14 de julio de 2015, en el asunto M. 7541 IAG/AER LINGUS*

La Comisión Europea ha decidido autorizar en primer fase la adquisición de Aer Lingus por parte de IAG. En el análisis de la operación se apreciaron solapamientos significativos en las actividades de las partes en varias rutas europeas y transatlánticas. Para solucionar los potenciales problemas de competencia derivados de la reducción del número de operadores en determinadas rutas, la Comisión Europea somete la autorización a la desinversión de determinadas áreas

de las que disponían las partes en el aeropuerto de London Gatwick. Adicionalmente, AIG se compromete a suscribir acuerdos con otros operadores en relación con vuelos de largo alcance.

**La Comisión Europea autoriza en primera fase sin compromisos la concentración de embotelladoras europeas de Coca-Cola**

*Decisión de la Comisión Europea, de 9 de noviembre de 2015, en el asunto M.7763 TCCC/COBEGA/CCEP*

La Comisión Europea ha decidido autorizar en primera fase y sin compromisos la fusión de los principales embotelladores de Coca-Cola en Europa. La entidad resultante será controlada conjuntamente por Coca-Cola Iberian Partners y The Coca-Cola Company.

La Comisión Europea no ha apreciado la existencia de riesgos para la competencia, dado que los solapamientos entre las actividades de las partes son muy limitados. En concreto, las entidades fusionadas son propietarias de un número poco significativo de marcas propias. Adicionalmente, la Comisión señala que las partes no operan en los mismos mercados geográficos, por lo que sus clientes son distintos y no se produce un solapamiento en relación con las actividades de embotellado. Tampoco prevé un impacto negativo en mercados verticalmente relacionados, debido a que el 95 % del negocio de las embotelladoras está basado en bebidas de la marca Coca-Cola. Asimismo, el test de mercado ha revelado que existen varios embotelladores alternativos en los mercados afectados por la operación.

### [España]

**La CNMC condiciona la adquisición del negocio de metilaminas de CEPESA QUÍMICA al mantenimiento del suministro a un competidor en un mercado verticalmente relacionado**

*Resolución de la Sala de Competencia Consejo de la CNMC, de 25 de junio de 2015, en el Expediente C/0643/15 TAMINCO/CEPSA QUÍMICA-ACTIVOS*

La CNMC ha autorizado con compromisos la compra por parte de TAMINCO del negocio de metilaminas y derivados metilamínicos de CEPESA QUÍMICA. Aunque ambas partes están presentes en los mercados de metilaminas y determinados derivados metilamínicos, la presencia de CEPESA QUÍMICA se concentra en España, donde la actividad de la adquirente es meramente testimonial. Por tanto, los efectos horizontales de la operación se limitan a la sustitución de CEPESA QUÍMICA por TAMINCO.

En cambio, la operación afecta al mercado verticalmente relacionado de producción de cloruro de colina, en el que solamente está presente la empresa adquirente, y que tiene como principal materia prima un tipo de metilamina producido por CEPESA QUÍMICA. En la actualidad, CEPESA QUÍMICA suministra metilaminas al principal competidor de TAMINCO en este mercado en España, por lo que la operación podría resultar en un bloqueo de insumos. En consecuencia, la CNMC ha condicionado la autorización de la operación al compromiso de TAMINCO de suministrar metilaminas a su competidor en el mercado verticalmente relacionado en los términos previstos en los contratos vigentes suscritos con CEPESA QUÍMICA y por un plazo de 4 años.

## 4 · DECISIONES EN MATERIA DE AYUDAS DE ESTADO

### [Unión Europea]

**La Comisión Europea declara ilegal el régimen fiscal belga de beneficios extraordinarios y ordena la recuperación de aproximadamente 700 millones de euros**

*Decisión de la Comisión, de 11 de enero de 2016, en el asunto SA.37667*

El régimen fiscal belga de beneficios extraordinarios, aplicable desde 2005, permitió a determinados grupos empresariales multinacionales reducir sustancialmente la cantidad de impuestos pagados en Bélgica por la aplicación de resoluciones fiscales de la autoridad fiscal belga. Este régimen permitió reducir la base del impuesto de sociedades entre un 50 y un 90 % al descontar los denominados «beneficios extraordinarios» que presuntamente resultarían de la pertenencia a un grupo multinacional.

En su Decisión, la Comisión Europea ha señalado que el régimen belga constituía una excepción tanto de la práctica habitual con arreglo a las normas del impuesto de sociedades belga como del denominado «principio de plena competencia», contraviniendo así las normas de la Unión Europea sobre ayudas estatales.

**La Comisión Europea declara ilegales las ventajas fiscales selectivas obtenidas por Fiat en Luxemburgo y Starbucks en los Países Bajos**

*Decisiones de la Comisión Europea, de 21 de octubre de 2015, en los asuntos SA.38375 y SA.38374*

La Comisión Europea ha concluido que Luxemburgo y los Países Bajos concedieron ventajas fiscales selectivas a la financiera de Fiat y a la empresa de torrefacción de café de Starbucks, respectivamente. En ambos casos, una resolución emitida por la autoridad fiscal nacional rebajó artificialmente el impuesto pagado por la empresa.

La Comisión concluye que estas resoluciones fiscales establecieron **métodos artificiales y complejos** para determinar los beneficios imposables de las empresas que no reflejaban la **realidad económica**. De acuerdo con estos métodos, los precios de bienes y servicios vendidos entre empresas de los grupos Fiat y Starbucks (denominados «precios de transferencia»), se fijaron en un nivel que no se correspondía con las condiciones de mercado. Como resultado, la mayor parte de los beneficios de la empresa de torrefacción de café de Starbucks se trasladaban al extranjero, donde no estaban sujetas a gravamen, mientras que la sociedad financiera de Fiat solo tributaba por una pequeña parte de sus beneficios reales. En consecuencia, la Comisión Europea ha ordenado la recuperación de los impuestos impagados.

## COMUNICACIÓN, TECNOLOGÍA Y OCIO\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

**Reglamento sobre el Registro Estatal Audiovisual**

*Real Decreto 847/2015, de 28 de septiembre, por el que se regula el Registro Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual y el procedimiento de comunicación previa de inicio de actividad (BOE de 29 de septiembre de 2015)*

La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, establece que los servicios de comunicación audiovisual de interés general se prestarán en régimen de libre competencia con los límites previstos para el uso del espectro radioeléctrico y la protección de los derechos e intereses de los individuos.

Este Real Decreto desarrolla los requisitos para prestar servicios de comunicación audiovisual y, en concreto, desarrolla el régimen de comunicación previa ya previsto en la Ley 7/2010. En virtud de esta norma, la prestación de servicios de comunicación audiovisual radiofónicos, televisivos y conexos e interactivos son servicios de interés general que requieren de una comunicación fehaciente y previa ante la autoridad audiovisual según el procedimiento fijado por el Gobierno y las Comunidades Autónomas en el marco de su respectivo ámbito competencial (arts. 22 y 23 de la Ley 7/2010).

El objetivo es ganar una mayor celeridad y eficacia en el inicio de actividades por parte de los prestadores de servicios audiovisuales. Los servicios de comunicación audiovisual que se presten mediante ondas hertzianas terrestres requerirán de licencia previa, mientras que el resto de servicios de ámbito estatal requieren de una comunicación previa al Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

Además, este Real Decreto establece el régimen jurídico de la inscripción en el Registro Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual, su estructura y su funcionamiento. En este Registro deben inscribirse (i) los prestadores de servicios de comunicación audio-

\* Esta sección ha sido coordinada por Álvaro Bourkaib, y en su redacción han participado Rafael Sánchez Aristi, Santiago de Ampuero Castellanos, María García Galindo, Cristina Areces López y Daniel García Juárez, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

visual de ámbito estatal, de titularidad pública o privada, sometidos a la jurisdicción española y (ii) quienes tengan una participación significativa directa o indirecta (*i. e.*, quienes tengan un 5 % de capital social o el 30 % de los derechos de voto o menos cuando puedan designar en los 24 meses siguientes a la adquisición más de la mitad de los miembros del órgano de administración).

Cabe destacar, a este respecto, la obligatoriedad del uso de medios de comunicación electrónica para la gestión de este Registro y su acceso público a través de la web del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

El Real Decreto entró en vigor el 29 de noviembre de 2015, al día siguiente de la publicación de la Orden PRE/2516/2015 que a continuación se resume.

**Regulación del régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas**

*Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre, por el que se regula el régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas (BOE de 7 de noviembre de 2015)*

El Real Decreto regula el régimen jurídico de la obligación —prevista en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual— dirigida a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de contribuir anualmente a financiar, de manera anticipada, la producción europea de películas cinematográficas, películas y series de televisión y documentales, películas y series de animación.

Esta normativa modifica la regulación vigente para dar cumplimiento al mandato de la mencionada Ley de establecer reglamentariamente el procedimiento, los mecanismos de cómputo y la información que podrá recabarse de los operadores.

El objetivo del Reglamento también consiste en dotar de seguridad jurídica y claridad a la obligación de contribución anual a la financiación de la producción europea, estableciendo las condiciones y requisitos en que resulta exigible tal obligación. Además, la norma incluye mecanismos de flexibilidad en el cumplimiento de la obligación.

Por último, se prevé que todo el procedimiento de verificación del cumplimiento de la obligación se lleve a cabo por medios electrónicos, de conformidad con la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Esta tarea de verificación se asigna a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia («CNMC») que, además, publicará una lista de las películas beneficiarias de la financiación anticipada, reforzando la transparencia de la obligación.

**Real Decreto de desarrollo de la Ley del Cine por el que se regula el nuevo sistema de financiación**

*Real Decreto 1084/2015, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine (BOE de 5 de diciembre de 2015)*

El presente Real Decreto, siguiendo una estructura similar a la de la norma que sustituye, continúa con el desarrollo del nuevo sistema de financiación del cine y revisa determinados aspectos técnicos y procedimentales del derogado Real Decreto 2062/2008. Esta norma supone un paso más en el proceso de reforma y modernización de la Ley del Cine tras el impulso que le dio el Real Decreto-ley 6/2015, de 14 de mayo, por el que se modificó la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine; se conceden varios créditos extraordinarios y suplementos de créditos en el presupuesto del Estado y se adoptan otras medidas de carácter tributario (*vid. reseña en el número 41 de esta revista*).

El desarrollo operado por el Real Decreto se centra principalmente en el certificado de nacionalidad española de las obras, la calificación por edades, el régimen de coproducción con empresas extranjeras, la regulación de la exhibición cinematográfica y las medidas de fomento.

En lo que respecta al certificado de nacionalidad española, el Real Decreto regula la expedición también para series de televisión —a realizar por cada temporada—, determina el plazo de expedición e insiste en la necesidad de su obtención como condición necesaria para disfrutar del beneficio de las ayudas.

En relación con la calificación por edades, requisito indispensable y previo a la comercialización o difusión de una película u obra audiovisual, se prevé su otorgamiento de forma única para cualquier soporte en que la obra se comercialice. Por otro lado, el Real Decreto establece la obligación de publicidad de la calificación por edades de las películas u obras audiovisuales, si bien, de forma excepcional, se permite la exhibición del avance de una película pendiente de calificación.

En lo referente al régimen de coproducción con empresas extranjeras, se insiste en la necesidad de lograr la aprobación del proyecto de coproducción de manera previa al inicio del rodaje de la obra audiovisual.

Las obligaciones relativas a la exhibición cinematográfica contenidas en el Real Decreto ahora derogado se mantienen sin mayores modificaciones. Como principal novedad, se incluye un requisito de comunicación previa de la actividad de exhibición por parte de los titulares de salas de exhibición al Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales.

En cuanto a las medidas de fomento, el Real Decreto regula únicamente un régimen de ayudas a la producción de obras cinematográficas y determina los umbrales máximos de tales ayudas. Estos umbrales, no obstante, pueden ser incrementados para los supuestos en que una obra audiovisual ostente la calificación de «difícil», como en el caso de cortometrajes, de producciones realizadas por un nuevo realizador y de obras rodadas en alguna de las lenguas cooficiales. La percepción de las ayudas reconocidas en el Real Decreto procederá, únicamente, previa acreditación del carácter cultural de las obras audiovisuales. Por último, el Real Decreto regula los requisitos para la obtención de la condición de beneficiario, así como las obligaciones que a estos le corresponden, si bien elimina el deber de no comercializar la película en soporte videográfico con anterioridad al transcurso de tres meses desde su estreno comercial —requerido, hasta el momento, para acceder a las ayudas—.

**Traspaso de funciones audiovisuales al Ministerio de Industria, Energía y Turismo**

*Orden PRE/2516/2015, de 26 de noviembre, por la que se determina la fecha en la que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo comienza a ejercer de forma efectiva determinadas funciones en materia audiovisual transferidas por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (BOE de 28 de noviembre de 2015)*

La disposición transitoria cuarta de la ley de creación de la CNMC establece que la CNMC desempeñará las funciones que deban traspasarse a los ministerios hasta el momento en que estos dispongan de los medios necesarios para ejercer dichas funciones de forma efectiva. De esta forma, la Ley General de Telecomunicaciones, el Real Decreto de aprobación del Estatuto Orgánico de la CNMC o el Real Decreto por el que se aprueba el Registro Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual establecían que el traspaso de funciones al Ministerio de Industria, Energía y Turismo quedaba a expensas de la aprobación de esta Orden. La aprobación de la Orden PRE/2516/2015 supone la asunción por parte del Ministerio de las siguientes competencias:

- (i) «Recibir las comunicaciones de inicio de actividad de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual.
- (ii) Llevar el Registro Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual.
- (iii) Certificar la emisión en cadena por parte de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual radiofónica que así lo comunicasen, e instar su inscripción, cuando proceda, en el Registro Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual.
- (iv) Ejercer las funciones de gestión, liquidación, inspección y recaudación en período voluntario de las aportaciones a realizar por los operadores de telecomunicaciones y por los prestadores privados del servicio de comunicación audiovisual televisiva, de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma (...)

La fecha de ejercicio efectivo de las funciones indicadas se inició con la entrada en vigor de la Orden el día siguiente al de su publicación en el BOE —i. e., el 29 de noviembre de 2015—.

**Orden de regulación del coste de una película e inversión del productor**

*Orden ECD/2784/2015, de 18 de diciembre, por la que se regula el reconocimiento del coste de una película y la inversión del productor (BOE de 23 de diciembre de 2015)*

Esta disposición ha sido aprobada en modificación de la Orden CUL/2834/2009 y regula, de manera completa e independiente, el coste de una película y la inversión del productor. La Orden forma parte del marco normativo de desarrollo de la Ley del Cine y, en particular, del sistema de financiación de las obras audiovisuales.

La norma precisa cuestiones tales como la remuneración del productor ejecutivo; la consideración de determinados gastos como gastos generales; los límites temporales para poder reconocer gastos de posproducción, escenografía y decoración; la manera de justificar determinadas aportaciones dinerarias en el caso de coproducciones con empresas extranjeras y la posibilidad de modificar la resolución de reconocimiento del coste cuando se detecte la alteración de las condiciones tenidas en cuenta para su adopción. Asimismo, incluye nuevos conceptos que podrán ser considerados como coste.

Por otro lado, la Orden aclara el régimen de subcontratación en concordancia con la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. De tal manera, se fija un porcentaje máximo del coste de realización de la película que resulta posible subcontratar con otros profesionales o empresas de producción cinematográfica y se determinan los supuestos en los que no cabe la subcontratación.

**Orden por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas a las obras audiovisuales**

*Orden ECD/2796/2015, de 18 de diciembre, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas previstas en el Capítulo III de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, y se determina la estructura del Registro Administrativo de Empresas Cinematográficas y Audiovisuales (BOE de 23 de diciembre de 2015)*

El proceso de desarrollo de la Ley del Cine y de regulación del sistema de financiación de las obras audiovisuales culmina con la aprobación de esta Orden Ministerial (junto a la anteriormente comentada).

En particular, esta Orden Ministerial actualiza —con la autorización del Real Decreto 1084/2015— las bases reguladoras de las ayudas a la financiación de las obras audiovisuales para su adaptación al nuevo modelo. Con este fin, modifica y deroga parcialmente la Orden CUL/2834/2009, en concreto, en lo relativo al reconocimiento del coste de una película e inversión del productor.

El capítulo II de la Orden determina las bases reguladoras a todas las ayudas del capítulo III de la Ley del Cine. El capítulo III regula las bases específicas de las ayudas generales y selectivas para la producción de largometrajes sobre proyecto, mientras que el capítulo IV hace lo propio con los cortometrajes sobre proyecto y realizados. El capítulo V establece las ayudas a la distribución y, por último, los capítulos VI y VII regulan las ayudas para la participación de películas españolas en festivales y las ayudas para la organización de festivales y certámenes, respectivamente.

Además, la norma regula, simplificándola, la estructura del Registro Administrativo de Empresas Cinematográficas y Audiovisuales.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Unión Europea]

**Cuestión prejudicial sobre la definición de servicios de comunicación audiovisual**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, de 21 de octubre de 2015 (asunto C347/14)*

Las cuestiones prejudiciales planteadas en este procedimiento surgen en el seno de un litigio entre New Media Online GmbH y el Bundeskommunikationssenat (Austria) relacionado con la decisión de la autoridad austriaca de comunicación de calificar una parte de los servicios de la compañía New Media Online como «servicios de comunicación audiovisual a petición», supedi-



tados, en consecuencia, a la obligación de notificación prevista por la normativa pertinente (*vid.* reseña en el número 41 de esta revista, relativa a las conclusiones presentadas por el abogado general austriaco, el Sr. Maciej Szpunar el pasado 1 de julio).

La decisión prejudicial interpreta el artículo 1, apartado 1, letras a) y b) de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual («Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual»).

Mediante la primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si los vídeos de corta duración ofrecidos por New Media, a través de un subdominio incluido en el sitio web de su periódico *online*, pueden ser calificados de «programa» a efectos de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual y si son comparables a la «radiodifusión televisiva». El TJUE responde que el concepto de programa previsto en el artículo 1 de la Directiva incluye la puesta a disposición de vídeos de corta duración consistentes en secuencias cortas extraídas de noticias locales, deportivas o de entretenimiento que se lleva a cabo, como en el caso de New Media, en un subdominio de la web de un periódico digital. Además, el TJUE aclara que la comparación con la «radiodifusión televisiva» debe realizarse con cada vídeo y no en función del catálogo completo de vídeos ofertados. Asimismo, confirma que la brevedad de los vídeos no excluye su calificación como «programa» y, por último, considera que la manera de seleccionar los vídeos controvertidos no difiere de la propuesta en el marco de los servicios de comunicación audiovisual a petición.

En la segunda cuestión prejudicial, el órgano remitente pregunta cuáles son los criterios para determinar la finalidad principal de un servicio de puesta a disposición de vídeos, dado que, conforme a la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual, la versión electrónica de un periódico con elementos audiovisuales no puede considerarse un servicio audiovisual cuando tales elementos sean incidentales y sirvan únicamente para completar la oferta de los artículos de prensa escrita. El TJUE responde que debe adoptarse un enfoque material al examinar si el servicio de que se trate (como tal y de manera independiente del marco en que se ofrece) tiene como finalidad principal proporcionar al público en general programas con un propósito de información, de entretenimiento o de educación. En este sentido, el TJUE resalta que el hecho de que los servicios se inserten en el dominio principal del sitio de Internet o en un subdominio de este no puede resultar determinante para decidir la finalidad principal.

### 3 · VARIOS

#### [España]

**CNMC. Proyecto de medida relativo a la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor**

*Proyecto de medida relativo a la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (mercados 3a 3b 4)*

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aprobó el 18 de noviembre de 2015 el Proyecto de medida sobre la regulación mayorista de los mercados de banda ancha (Mercados 3a, 3b y 4). El Proyecto busca mantener un equilibrio entre la promoción de una inversión eficiente en redes de fibra de nueva generación (*Next Generation Access* o NGA) y la garantía de prestación de servicios de banda ancha y banda ultra ancha en condiciones de competencia.

El Proyecto identifica a Telefónica como operador con poder significativo de mercado y contempla lo siguiente:

Respecto al mercado de acceso directo (Mercado 3a), el Proyecto identifica las demarcaciones en las que hay al menos 3 operadores con una cobertura mínima individual del 20 % desplegando simultáneamente NGA (34 municipios en el momento de análisis del mercado —datos de diciembre 2014—, número que se puede incrementar dependiendo de la evolución del

mercado en los próximos meses). El Proyecto propone no regular el acceso a la red de fibra óptica de Telefónica en estos 34 municipios al considerar que hay competencia suficiente, si bien se mantienen las obligaciones sobre la red de cobre y el acceso a las infraestructuras de uso civil. Para el resto de municipios, Telefónica deberá ofrecer a los operadores alternativos un acceso virtual a su red de fibra óptica (NEBA local).

Respecto al mercado de acceso indirecto residencial (Mercado 3b), Telefónica mantendrá un acceso mayorista indirecto sobre la red de cobre y de fibra óptica sin el límite de velocidad de 30 Mbps actualmente aplicable en las zonas con menor competencia (NEBA cobre y NEBA fibra). Con respecto a las zonas con más competencia, se eliminarán todas las obligaciones vigentes de acceso mayorista indirecto de Telefónica en un plazo de 6 meses.

Respecto al mercado de acceso indirecto empresarial (Mercado 4), dado el menor nivel de competencia, Telefónica pondrá a disposición de los operadores alternativos una oferta mayorista de acceso indirecto de fibra y cobre (NEBA empresarial).

El Proyecto fue remitido a la Comisión Europea, al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y al Ministerio de Economía y Competitividad para formular observaciones que la CNMC tendrá en cuenta a la hora de aprobar definitivamente la medida, prevista para comienzos de 2016.

#### Adjudicación de seis licencias para la explotación, en régimen de emisión en abierto, del servicio de comunicación audiovisual televisiva

*Resolución de 26 de octubre de 2015, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de octubre de 2015, por el que se resuelve el concurso público para la adjudicación mediante régimen de concurrencia de seis licencias para la explotación, en régimen de emisión en abierto, del servicio de comunicación audiovisual televisiva mediante ondas hertzianas terrestres de cobertura estatal*

En el número 40 de *Actualidad Jurídica UM* se incluyó una referencia a la convocatoria por parte del Consejo de Ministros, mediante acuerdo de 17 de abril de 2015 por el que se aprobó el pliego de bases, al concurso público de seis licencias para la explotación, en régimen de emisión en abierto, del servicio de comunicación audiovisual televisiva mediante ondas hertzianas terrestres de cobertura estatal. En concreto, se ofertaron seis licencias, tres para la emisión de televisión en alta definición (HD) y las tres restantes para la emisión de televisión en calidad estándar (SD).

El Consejo de Ministros procedió a la adjudicación de las seis licencias el pasado octubre a los siguientes adjudicatarios:

- Radio Blanca, S.A. y Central Broadcaster Media, S.L.U., cada uno, de: una licencia para la emisión en calidad estándar (SD) en el múltiple digital RGE2;
- 13TV, S.A. de una licencia para la emisión en calidad estándar (SD) en el múltiple digital MPE4; y
- Real Madrid Club de Fútbol, Mediaset España Comunicación, S.A. y Atresmedia Corporación Medios de Comunicación, S.A., cada uno, de una licencia para la emisión en alta definición (HD) en el múltiple digital MPE5.

#### 3er Informe Trimestral 2015 sobre la evolución del mercado de juego online

*3er Informe Trimestral 2015 de la Dirección General de Ordenación del Juego sobre la evolución del mercado de juego online, de 23 de noviembre de 2015*

La Dirección General de Ordenación del Juego ha publicado el tercer informe trimestral publicados (desde junio de 2012) de la evolución del mercado de juego *online* regulado en España de ámbito nacional, excluyendo juegos reservados y apuestas mutuas de Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado *online*.

El informe indica que hay nuevos juegos que han accedido al mercado como consecuencia de las licencias otorgadas a principios de junio (*i. e.*, 29 licencias de *máquinas de azar* y 3 licencias de apuestas cruzadas). Se analiza la evolución de apuestas, casino, bingo y póquer, al igual que el gasto en publicidad y promociones, y los usuarios activos. Se mantiene una tendencia de crecimiento de las principales magnitudes del juego, cantidades jugadas y *GGR* (ingreso bruto de juego).

## ENERGÍA\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

##### Normativa estatal

- Orden IET/1953/2015, de 24 de septiembre, por la que se modifica la Orden IET/1459/2014, de 1 de agosto, por la que se aprueban los parámetros retributivos y se establece el mecanismo de asignación del régimen retributivo específico para nuevas instalaciones eólicas y fotovoltaicas en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares (BOE de 28 de septiembre de 2015)
- Resolución de 25 de septiembre 2015 de la Dirección General Política Energética y Minas por la que se Publica la tarifa de último recurso de gas natural (BOE de 30 septiembre 2015)
- Resolución de 1 de octubre 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por la que se establece y publica las relaciones de operadores dominantes en los sectores energéticos (BOE de 14 de noviembre de 2015)
- Orden PRE/2056/2015, 2 de octubre, por la que se modifica la Orden PRE/2037/2010, de 26 de julio de 2010, que crea el Comité de Seguimiento del proceso de titulación del déficit del sistema eléctrico (BOE de 7 de octubre de 2015)
- Resolución de 9 de octubre 2015 de la Secretaría de Estado de Energía por la que se corrige errores en la resolución de 30 de julio de 2015, por la que se aprueban las características del procedimiento competitivo de subastas para la asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad regulado en la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre de 2013, por la que se regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, para la temporada eléctrica 2016 (BOE de 15 de octubre de 2015)
- Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre, por el que se regula las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía eléctrica con autoconsumo y de producción con autoconsumo (BOE de 10 de octubre de 2015)
- Orden IET/2182/2015, de 15 de octubre, por la que se aprueban los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondientes a 2015 (BOE de 20 de octubre de 2015)
- Resolución de 16 de octubre 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por la que se establece y publica las relaciones de operadores principales en los sectores energéticos (BOE de 14 de noviembre de 2015)
- Orden IET/2208/2015, de 20 de octubre, por la que se reconocen los derechos de cobro del Sistema Nacional de Obligaciones de Eficiencia Energética correspondientes a aportaciones indebidas realizadas en los años 2014 y 2015 al Fondo Nacional de Eficiencia Energética (BOE de 23 de octubre de 2015)
- Resolución de 22 de octubre 2015 de la Dirección General de Política Energética y Minas por la que se fija el precio medio de la energía a aplicar en el cálculo de la retribución del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad ofrecido por los consumidores de los sistemas eléctricos no peninsulares a los que resulta de aplicación la Orden ITC/2370/2007, de 26 de julio de 2007, durante el cuarto trimestre de 2015 (BOE de 2 de noviembre de 2015)
- Orden IET/2212/2015, de 23 de octubre, por la que se regula el procedimiento de asignación del régimen retributivo específico en la convocatoria para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de biomasa situadas en el sistema eléctrico peninsular y para ins-

\* Esta sección ha sido coordinada por María José Descalzo, y en su elaboración han participado Ignacio Álvarez Couso y Ricardo Lecaro, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

*talaciones de tecnología eólica, convocada al amparo del Real Decreto 947/2015, de 16 de octubre de 2015, y se aprueban sus parámetros retributivos (BOE de 24 de octubre de 2015)*

— *Real Decreto 1073/2015, de 27 de noviembre, por el que se modifican distintas disposiciones en los reales decretos de retribución de redes eléctricas (BOE de 28 de noviembre de 2015)*

— *Real Decreto 1074/2015, de 27 de noviembre, por la que se modifican distintas disposiciones en el sector eléctrico (BOE de 4 diciembre de 2015)*

— *Resolución de 30 de noviembre 2015 de la Secretaría de Estado de Energía por la que se convoca la subasta para la asignación del régimen retributivo específico a nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de biomasa situadas en el sistema eléctrico peninsular y a instalaciones de tecnología eólica, y se establecen el procedimiento y las reglas de la misma, al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 947/2015, de 16 de octubre de 2015, y en la Orden IET/2212/2015, de 23 de octubre de 2015 (BOE de 3 de diciembre de 2015)*

— *Orden IET/2659/2015, de 1 de diciembre, por la que se aprueban las instalaciones tipo y los valores unitarios de referencia de inversión y de operación y mantenimiento por elemento de inmovilizado que se emplearán en el cálculo de la retribución de las empresas titulares de instalaciones de transporte de energía eléctrica (BOE de 12 de diciembre de 2015)*

— *Real Decreto 1085/2015, de 4 de diciembre, de fomento de los Biocarburantes (BOE de 5 de diciembre de 2015)*

— *Resolución de 4 de diciembre 2015 de la Secretaría de Estado de Energía por la que se aprueban las reglas del mercado, el contrato de adhesión y las resoluciones del mercado organizado de gas (BOE de 9 de diciembre de 2015)*

— *Orden IET/2660/2015, de 11 de diciembre, por la que se aprueban las instalaciones tipo y los valores unitarios de referencia de inversión, de operación y mantenimiento por elemento de inmovilizado y los valores unitarios de retribución de otras tareas reguladas que se emplearán en el cálculo de la retribución de las empresas distribuidoras de energía eléctrica, se establecen las definiciones de crecimiento vegetativo y aumento relevante de potencia y las compensaciones por uso y reserva de locales (BOE de 12 de diciembre de 2015)*

— *Orden IET/2736/2015, de 17 de diciembre, por la que se establece los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas para el 2016 (BOE de 18 de diciembre de 2015)*

— *Orden IET/2786/2015, de 17 de diciembre, por la que se modifica la Orden ITC/2877/2008, de 9 de octubre de 2008, por la que se establece un mecanismo de fomento del uso de biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte (BOE de 23 de diciembre de 2015)*

— *Orden IET/2735/2015, de 17 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso de energía eléctrica para 2016 y se aprueban determinadas instalaciones tipo y parámetros retributivos de instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (BOE de 18 de diciembre de 2015)*

— *Orden IET/2839/2015, de 23 de diciembre, por la que se aprueban las cuotas de la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos correspondientes al ejercicio 2016 (BOE de 30 de diciembre de 2015)*

— *Resolución de 23 de diciembre 2015 de la Secretaría de Estado de Energía por la que se aprueba el calendario de instalación y verificación de los equipos de medida, control y comunicaciones (EMCC) del sistema de comunicación, ejecución y control del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad regulado en la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre 2013, por la que se regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad (BOE de 30 de diciembre de 2015)*

— *Resolución de 23 de diciembre 2015 de la Dirección General de Política Energética y Mina por la que se aprueba el protocolo de detalle PD-17 «Provisión de información sobre el balance del gas en las redes de transporte» (BOE de 30 de diciembre de 2015)*

- Resolución de 23 de diciembre 2015 de la Secretaría de Estado de Energía por la que se desarrolla el procedimiento de adquisición de gas de operación (BOE de 30 de diciembre de 2015)
- Resolución de 23 de diciembre 2015, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se modifica el protocolo de detalle PD-02 «Procedimiento de Reparto en Puntos de Conexión Transporte-Distribución (PCTD) y en puntos de Conexión Distribución-Distribución (PCDD)» (BOE de 30 de diciembre de 2015)
- Resolución de 23 de diciembre 2015 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 (BOE de 30 de diciembre de 2015)
- Resolución de 18 de diciembre 2015 de la Secretaría de Estado de Energía por la que se establecen los criterios para participar en los servicios de ajuste del sistema y se aprueban determinados procedimientos de pruebas y procedimientos de operación para su adaptación al Real Decreto 413/2014, de 6 de junio de 2014, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (BOE de 30 de diciembre de 2015)
- Orden 3/2015, de 18 de septiembre, de la Comunidad Valenciana por la que se derogan diversas normas y resoluciones en materia de distribución de energía eléctrica (DOCV de 30 septiembre de 2015)
- Resolución de 19 de noviembre 2015 de la Consejería Empleo, Empresa y Comercio de la Junta de Andalucía por la que se aclaran cuestiones de interpretación derivadas de la aplicación de las Órdenes de 29 de febrero de 2008 y de 25 de julio de 2011 de procedimientos de priorización de instalaciones de generación que utilicen como energía primaria la energía eólica (BOJA de 27 noviembre de 2015)

## 2 · JURISPRUDENCIA

**Constitucionalidad de los preceptos legales que establecen un nuevo régimen retributivo para los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen primado**

*Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional n.º 270/2015, de 17 de diciembre de 2015 (Recurso de inconstitucionalidad 5347-2013)*

Véase comentario a esta sentencia que se incluye en esta misma sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» (Administrativo) de este mismo número de la revista.

**No concurre responsabilidad patrimonial del Estado al modificar el régimen retributivo de las instalaciones fotovoltaicas**

*Sentencia n.º 66/2016 del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de enero de 2016*

Véase comentario a esta sentencia que se incluye en esta misma sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» (Administrativo) de este mismo número de la revista.

## INMOBILIARIO Y URBANISMO\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

#### Obligaciones de suministro de información por los notarios al Catastro

*Resolución de 26 de octubre de 2015, de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para dar cumplimiento a las obligaciones de suministro de información por los notarios establecidas en el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (BOE de 30 de octubre de 2015)*

El objeto de la resolución es la regulación de los requisitos técnicos para dar cumplimiento a las obligaciones de los notarios de suministrar a la Dirección General del Catastro, por vía telemática, información relativa a los documentos por ellos autorizados en los que consten los hechos, actos o negocios susceptibles de inscripción en el Catastro Inmobiliario.

#### Intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad

*Resolución de 29 de octubre de 2015, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad (BOE de 30 de octubre de 2015)*

Establece que el intercambio de información entre la Dirección General del Catastro y los registradores de la propiedad se realizará telemáticamente a través de servicios web que proporcionarán la Sede Electrónica de la Dirección General del Catastro y la del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, utilizando sistemas de firma electrónica.

#### Andalucía. Declaración responsable

*Decreto 1/2016, de 12 de enero, por el que se establece un conjunto de medidas para la aplicación de la declaración responsable para determinadas actividades económicas reguladas en la Ley 3/2014, de 1 de octubre, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas y en el proyecto «Emprende en 3» (BOJA de 15 de enero de 2016)*

Establece el trámite de declaración responsable para el inicio de las actividades de comercio minorista y la prestación de los servicios previstos en el anexo de la Ley estatal 12/2012.

#### Aragón. Ordenación del territorio

*Decreto Ley 2/2015, de 17 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación del territorio de Aragón (BOA de 20 de noviembre de 2015)*

Sistematiza en una única norma, sin realizar modificaciones sustanciales, la regulación de la ordenación del territorio. Así, deroga: (i) la Ley 4/2009 de ordenación del territorio de Aragón; (ii) el acuerdo de 8 de febrero de 2011 por el que se modifica el anexo de la Ley 4/2009; y (iii) la Ley 8/2014 de modificación de la Ley 4/2009.

#### Aragón. Medidas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda

*Decreto Ley 3/2015, de 15 de diciembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda (BOA de 18 de diciembre de 2015)*

Prevé: (i) la suspensión de lanzamientos judiciales o extrajudiciales, cuando la vivienda se haya adjudicado al acreedor hipotecario o a un tercero propuesto por él, hasta que exista una alternativa habitacional para el deudor; (ii) la obligación de las entidades financieras, sus sociedades

\* Esta sección ha sido coordinada por Felipe Iglesias, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid), y en su elaboración han participado Verónica Benito, Carmen Martínez, Héctor Nogués, Javier Colino e Iván Abad, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Valencia).

inmobiliarias y SAREB de facilitar a la administración las viviendas adquiridas por procedimientos de ejecución hipotecaria o similares, en caso de que esta no pueda proveer un alojamiento a las personas en situación de vulnerabilidad; (iii) imposición de multas coercitivas de hasta un 25 % del valor catastral si se incumple la obligación del punto anterior; y (iv) creación del Registro de Viviendas Desocupadas de Aragón.

- Baleares. Modificación o suspensión de medidas extraordinarias liberalizadoras** *Decreto Ley 1/2016, de 12 de enero, de medidas urgentes en materia urbanística (BOIB de 13 de enero de 2016)*
- Modifica: (i) la Ley 2/2014 de ordenación y uso del suelo, eliminando la consideración como suelo urbano de los asentamientos rurales y aumentando a un 15 % el porcentaje de cesión gratuita en las actuaciones de transformación urbanística, así como (ii) la Ley 8/2012 del turismo, en la que elimina la posibilidad de que las construcciones en parcelas vinculadas al establecimiento incumplan el volumen máximo, incorpora la exigencia de que el planeamiento permita el uso turístico para la reapertura de los establecimientos dados de baja definitiva y modifica la regulación de las solicitudes de modernización de establecimientos.
- Cantabria. Albergues turísticos** *Decreto 141/2015, de 1 de octubre, por el que se regulan los albergues turísticos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC de 9 de octubre de 2015)*
- Define el concepto, requisitos técnicos y régimen de funcionamiento de los albergues turísticos, exigiendo la presentación de una declaración responsable para el comienzo, cese y modificación de la actividad, así como en el supuesto de cambio de titularidad.
- Cantabria. Medidas fiscales y administrativas 2016** *Ley 6/2015, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas para 2016 (BOC de 30 de diciembre de 2015)*
- Modifica la Ley 5/2014 de vivienda protegida de Cantabria, regulando (i) las medidas para remediar la emergencia habitacional; (ii) el silencio negativo en la descalificación; (iii) la inclusión en la definición de parque público de viviendas de las procedentes de acuerdos con entidades que cedan su usufructo a la administración; y (iv) la exoneración de sanción a los propietarios que incumplan la obligación de destinar las viviendas protegidas a este uso siempre que las cedan en usufructo gratuito a la administración.
- Cataluña. Medidas urgentes en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética** *Resolución TES/7/2016, de 4 de enero, por la que se establecen las condiciones de acceso a las prestaciones económicas de especial urgencia para afrontar situaciones de emergencia en el ámbito de la vivienda, y el procedimiento para su concesión (DOGC de 14 de enero de 2016)*
- Tiene por objeto establecer las condiciones de acceso a las prestaciones económicas de especial urgencia, para afrontar situaciones de emergencia en el ámbito de la vivienda y el procedimiento para su concesión a aquellas personas que se encuentran en situación de riesgo. La finalidad de las prestaciones es posibilitar la permanencia en la vivienda de la persona solicitante, para prevenir la exclusión social que puede suponer la pérdida de la vivienda.
- Galicia. Medidas fiscales y administrativas para 2016** *Ley 13/2015, de 24 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas para 2016 (DOG de 31 de diciembre de 2015)*
- Tipifica en la Ley 8/2012 de vivienda de Galicia como infracción leve (con multa de 300 a 3.000 euros) la no inscripción en el Censo de Viviendas Vacías cuando sea obligatorio. Incluye en la Ley 7/2011 del turismo de Galicia la obligación de inscribir las empresas de servicios turísticos complementarios en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas.
- Madrid. Suelo** *Ley 4/2015, de 18 de diciembre, de modificación de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de la Comunidad de Madrid (BOCM de 28 de diciembre de 2015)*
- Elimina en la Ley 9/2001 del suelo de la Comunidad de Madrid la prohibición de edificar con una altura superior a 3 plantas más ático.

**Navarra. Impuestos y otras medidas tributarias**

*Ley FORAL 23/2015, de 28 de diciembre, de modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias (BON de 30 de diciembre de 2015)*

Introduce una disposición adicional en la Ley Foral 35/2002 de ordenación del territorio y urbanismo, por la que, para la aprobación definitiva de operaciones de inmatriculación, parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde, que determinen una reordenación de los terrenos, se debe contar con un informe vinculante de la Hacienda Tributaria que constate que el perímetro del área de actuación coincide con el perímetro de la cartografía catastral.

**Valencia. Medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización para 2016**

*Ley 10/2015, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat (DOCV de 31 de diciembre de 2015)*

Modifica la Ley 3/1998 de turismo de la Comunidad Valenciana, en relación con las subvenciones para los municipios turísticos, y deroga el Decreto 71/2000 por el que se aprueba el Reglamento regulador de los convenios previstos en la Ley de turismo.

Por otro lado, modifica la Ley 5/2014 de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, para (i) designar al Ayuntamiento como órgano ambiental y territorial competente en la evaluación ambiental y territorial estratégica de planes y programas; (ii) reducir el plazo de consultas a las administraciones de 45 a 20 días hábiles para determinados planes; (iii) reducir las multas en un 50 % en caso de pago voluntario; y (iv) permitir la suspensión, hasta por 2 años, del procedimiento sancionador iniciado en relación con construcciones, instalaciones y usos ilegales, si se hubiera expuesto al público el planeamiento que permita su legalización.

**Valencia. Espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos**

*Decreto 143/2015, de 11 de septiembre, por el que aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 14/2010, de 3 de diciembre, de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos (DOCV de 15 de septiembre de 2015)*

Deroga el anterior Reglamento y aprueba uno nuevo que agiliza los trámites de inicio de actividad, estableciendo la declaración responsable con carácter general y dejando la autorización administrativa únicamente para actividades de mayor riesgo. Introduce la figura de los Organismos de Certificación Administrativa, cuyos certificados acortan plazos y reducen la participación de la administración en el proceso de apertura de establecimientos. Finalmente, se mantiene la remisión a la Ley 30/1992 en cuanto al régimen sancionador.

## 2 · JURISPRUDENCIA

**Contenido del trámite de información pública**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de julio de 2015*

El Tribunal Supremo declara nulo el Plan Territorial Especial Supramunicipal Área de Tratamiento Centralizado de Residuos de Asturias, por no respetar el trámite de información pública. El Tribunal pone de manifiesto que no resulta suficiente con abrir formalmente un trámite de alegaciones, sino que es necesario dar respuesta razonada a las alegaciones planteadas por los recurrentes.

**Nulidad de pleno derecho del Plan de Ordenación Territorial de la Costa del Sol Occidental**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de octubre de 2015*

El Tribunal estima el recurso de casación por un doble motivo: (i) la Administración autonómica no dio respuesta a las alegaciones formuladas por la entidad recurrente en el trámite de información pública y (ii) en el procedimiento de elaboración del Plan de Ordenación Territorial no se emitió el informe sobre impacto por razón de género exigido por la legislación autonómica andaluza.



### Nulidad del Plan General de Ordenación Urbana de Marbella

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de octubre de 2015*

El Tribunal declara la nulidad de la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Marbella de 2010. Los motivos por los que se declara la nulidad son varios, entre los que se incluyen la falta de potestad del planeamiento para legalizar lo ilegalmente construido, la defectuosa cumplimentación de la obligación de evaluación ambiental estratégica o la ausencia de un informe de sostenibilidad económica.

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

### Modificación de proyecto de reparcelación sin consentimiento de afectados

*Resolución de la DGRN de 6 de julio de 2015 (BOE de 12 de agosto de 2015)*

El Ayuntamiento emitió una certificación administrativa, en trámite de ejecución de sentencia, que modificaba un proyecto de reparcelación y pretendía segregar parte de una finca registral y agrupar la porción segregada a otra finca registral para que se respetase la superficie de parcela mínima, sin que constara acreditado el consentimiento expreso de algunos de los titulares para la concreción de los porcentajes de titularidad en la nueva finca.

La DGRN estima el recurso entendiendo justificada en este caso la posibilidad de rectificar el proyecto de equidistribución inscrito, puesto que se trata de hacer efectiva una sentencia firme que invalida de forma parcial el proyecto y que afecta únicamente a determinados propietarios (que intervinieron en el proceso judicial y administrativo) y a los nuevos titulares registrales a los que se había dado audiencia.

### Cesión en pago de deuda hipotecaria

*Resolución de la DGRN de 7 de octubre de 2015 (BOE de 29 de octubre de 2015)*

Se analiza la solicitud de inscripción de escritura por la que la titular de un inmueble gravado con una hipoteca en garantía de un préstamo en favor de un banco, «cede» el inmueble a una sociedad distinta del acreedor hipotecario «en pago» de la deuda hipotecaria. La inscripción de dicha escritura de «dación en pago» se deniega por entenderse que la causa (*i. e.*, la «dación en pago») no es correcta, pues la transmisión no se efectúa en favor del acreedor hipotecario, sino en favor de un tercero, sin perjuicio de que exista una relación entre ese tercero y el acreedor hipotecario que causalice la adjudicación realizada.

### Plazo de prescripción de la acción hipotecaria

*Resolución de la DGRN de 27 de octubre de 2015 (BOE de 23 de noviembre de 2015)*

Se solicita la cancelación registral de hipoteca por transcurso del plazo de 20 años de prescripción de la acción hipotecaria (una de las causas legales de cancelación ajenas a la propia ejecución). La registradora deniega la inscripción, pues considera que el plazo de prescripción de la acción hipotecaria se vio interrumpido por el inicio de un procedimiento de ejecución hipotecaria por parte del acreedor, lo que se hizo constar por medio de nota marginal de expedición de cargas. La DGRN confirma que la nota de certificación de cargas interrumpe el plazo de prescripción (a pesar de que posteriormente se cancelara) y que la fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción hipotecaria sería el día siguiente a aquel en que terminó el acto interruptivo (en este caso, fecha de la nota de expedición de la certificación de cargas).

### Cláusula suelo

*Resolución de la DGRN de 10 de diciembre de 2015 (BOE de 28 de diciembre de 2015)*

Se debate sobre si en un préstamo hipotecario a interés variable, en el que se ha pactado que el deudor nunca podrá beneficiarse de intereses negativos, resulta necesario que este último manifieste que conoce y acepta los riesgos de dicha transacción, como exige el artículo 6 de la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. A juicio del notario autorizante, no se trata de una cláusula suelo, sino de una apreciación que es consustancial a la figura jurídica del préstamo, que puede ser gratuito u oneroso, pero en el que, de acuerdo con el Código Civil, no cabe la remuneración por parte del prestamista al prestatario (*i. e.*, interés negativo).

La DGRN deniega la inscripción de la citada cláusula al considerar que concurren todos los requisitos exigidos por el mencionado artículo 6 para que sea necesario realizar la manifestación de conocimiento por el deudor, esto es: (i) hipoteca sobre vivienda; (ii) condición de profesional del prestamista, siendo el deudor una persona física; y (iii) pactarse límites a la variabilidad del tipo de interés en los cuales el límite de variabilidad a la baja es inferior al límite de variabilidad al alza.

## LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL\*

### 1 · LEGISLACIÓN

[España]

**Medidas de relevancia laboral en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016** *Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (BOE de 30 de octubre de 2015)*

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016 («LPGE 2016») prevé que las pensiones abonadas por el sistema de la Seguridad Social, así como de Clases Pasivas, experimentarán con carácter general un incremento del 0,25 % este año.

El tope máximo de la base de cotización en cada uno de los regímenes de la Seguridad Social que lo tengan establecido queda fijado, a partir de 1 de enero de 2016, en la cuantía de 3.642,00 euros mensuales o 121,40 euros diarios.

Las bases mínimas de cotización en el Régimen General, se incrementarán, desde el 1 de enero de 2016 y respecto de las vigentes en 31 de diciembre de 2015, en el mismo porcentaje en que aumente el Salario Mínimo Interprofesional («SMI»). En el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia, la base mínima de cotización para 2016 es de 893,10 euros mensuales.

La disposición adicional octogésima sexta establece que en el supuesto en que, por razón de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, la trabajadora sea destinada a un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado, se aplicará una reducción del 50 % en las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes. Esta misma reducción se aplicará cuando, por razón de enfermedad profesional, el trabajador sea destinado a un puesto de trabajo diferente.

El interés legal del dinero hasta el 31 de diciembre de 2016 se reduce respecto al anteriormente vigente, y queda establecido en el 3 %. También se reduce el interés de demora a que se refiere la Ley General Tributaria y la Ley General de Subvenciones, que queda fijado en el 3,75 %.

El Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples («IPREM») para el año 2016 se mantiene en idénticos términos al pasado ejercicio, con las siguientes cantidades: 17,75 euros/día; (ii) 532,51 euros/mes; y (iii) 6.390,13 euros/año.

Por su parte, en los supuestos en que la referencia al SMI ha sido sustituida por la referencia al IPREM, su cuantía anual se mantiene en 7.455,14 euros, salvo que expresamente excluyeran las pagas extraordinarias, en cuyo caso será de 6.390,13 euros.

Se retrasa de nuevo la entrada en vigor de la Ley 9/2009 que amplía el permiso de paternidad a cuatro semanas. Por lo tanto, hasta el 1 de enero de 2017, ese permiso seguirá siendo de 13 días.

\* Esta sección ha sido elaborada por Lourdes Martín Flórez, Alba Pérez Canet, Marta Presas y Teresa Da Cunha, del Área Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid, Valencia y Lisboa).

Se prorrogan durante el ejercicio 2016 los beneficios en la cotización a la Seguridad Social reconocidos en la disposición transitoria única de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

Por último, la disposición final octava aclara y define el término «*personal en trabajos exclusivos de oficina*» referida en la letra «a» del Cuadro II de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, como aquellos trabajadores por cuenta ajena que desarrollen su ocupación exclusivamente en la realización de trabajos propios de oficina y únicamente en los lugares destinados a oficinas de la empresa.

#### **Modificación de la Ley de Sociedades Laborales**

*Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas (BOE de 15 de octubre de 2015)*

Esta Ley actualiza, moderniza y mejora el contenido de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales, como consecuencia de las últimas reformas en materia mercantil y societaria. Además, refuerza la naturaleza, función y caracterización de la sociedad laboral como entidad de la economía social.

Entre las novedades introducidas por la ley se encuentran: (i) la mejora del régimen jurídico de las sociedades laborales con el objetivo de fomentar la participación de los trabajadores en la empresa y (ii) la introducción de nuevas medidas para asegurar el control de la sociedad por parte de los trabajadores y aumentar la utilidad de este tipo de sociedades.

#### **Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil**

*Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 6 de octubre de 2015)*

Esta norma introduce una novedad relevante para el orden social: generaliza el uso de los medios telemáticos o electrónicos como medio para la tramitación de los procedimientos judiciales y de relación de la Administración de Justicia con los profesionales y los ciudadanos, otorgando carácter subsidiario al papel.

En primer lugar, con efectos del 1 de enero de 2016, la norma impone la obligación de emplear los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia para la presentación de escritos y demás documentos, así como los actos de comunicación procesal a todos los profesionales de la justicia. Esta obligación también pesa sobre sujetos no profesionales de la justicia como (i) las personas jurídicas, (ii) las entidades sin personalidad jurídica, (iii) quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria para los trámites y actuaciones que realicen con la Administración de Justicia, en ejercicio de dicha actividad profesional, (iv) los notarios y registradores, (v) quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia, y (vi) los funcionarios de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen por razón de su cargo.

Así, únicamente se mantiene la exigencia del soporte papel cuando (i) los interesados no estén obligados a utilizar los medios telemáticos y no hubieran optado por ello, (ii) no sean susceptibles de conversión en formato electrónico y (iii) lo prevean las leyes.

En segundo lugar, se prevé tanto el momento en que se puede efectuar la presentación de escritos y documentos a través del sistema LexNet (todos los días del año durante las 24 horas) como cuándo se tendrá por realizada dicha presentación a efectos procesales. En este punto, nótese que el día de gracia se hace extensivo a las presentaciones efectuadas telemáticamente.

En tercer lugar, la norma regula los actos de comunicación por medios electrónicos, las consecuencias de la falta de acceso al contenido de dichos actos de comunicación en un plazo de tres días, así como las causas válidas con las que los destinatarios de tales actos de comunicación pueden justificar la falta de acceso al sistema.

No se practicarán actos de comunicación a los profesionales por vía electrónica durante el mes de agosto, salvo que sean hábiles para las actuaciones que correspondan. En este sentido, en el orden jurisdiccional social el mes de agosto es hábil para todas aquellas actuaciones previstas en el art. 43.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social («LRJS»).

Por su parte, la norma dispone el procedimiento a seguir en caso de interrupciones del servicio, tanto no planificadas como planificadas, así como para los supuestos de insuficiencia de capacidad del sistema por el exceso del volumen de los archivos adjuntos.

Las previsiones relativas a la utilización de medios telemáticos por los interesados que no sean profesionales de la justicia y no estén representados por procurador entrarán en vigor el 1 de enero de 2017.

#### **Reforma de la Ley del Procedimiento Administrativo**

*Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE de 2 de octubre de 2015)*

La presente Ley deroga la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En lo que aquí interesa, suprime la reclamación previa en la vía administrativa.

A tales efectos, modifica los artículos de la LRJS que recogían la obligación de interponer reclamación previa en vía administrativa u otra forma de agotamiento de esta antes de acudir a la vía judicial social cuando se demande al Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de aquellos.

Sin embargo, se mantiene el requisito de reclamación previa en los procedimientos en materia de prestaciones de Seguridad Social.

Por último, se prevé que se regirán por su normativa específica o supletoriamente, por lo dispuesto en esta Ley, (i) las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y Desempleo, y (ii) las actuaciones y procedimientos sancionadores en el orden social.

Esta Ley entrará en vigor el próximo 2 de octubre de 2016.

#### **Aprobación del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social**

*Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 31 de octubre de 2015)*

Esta norma tiene como objeto reordenar, aclarar y armonizar en un único texto la dispersión de normas en materia de Seguridad Social. Únicamente se exceptúa la regulación del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, que, por su particularidad, cuenta con su normativa específica.

Sobre esta norma, véase la sección de Foro de Actualidad de este mismo número de la Revista.

#### **Aprobación del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores**

*Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 24 de octubre de 2015)*

Esta disposición tiene como objetivo (i) actualizar el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores («ET») en lo relativo a la técnica normativa y al lenguaje; (ii) aclarar y reordenar una serie de artículos, e (iii) integrar en un solo texto normativo las normas legales que han ido modificando el ET durante estos años. Ello, sin embargo, no ha implicado introducir cambios de orden sustantivo.

Véase el análisis específico que, de esta norma, se hace en la sección de Foro de Actualidad de este mismo número de la Revista.

#### **Texto Refundido de la Ley de Empleo**

*Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (BOE de 24 de octubre de 2015)*

El Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo regulariza, armoniza y aclara la normativa de empleo, sin introducir novedades sustantivas en la materia. Se pretende así, simplificar el marco jurídico y facilitar a los trabajadores el ejercicio de sus derechos.

Sobre esta norma, véase la sección de Foro de Actualidad de este mismo número de la Revista.

**Salario Mínimo Interprofesional**

*Real Decreto 1171/2015, de 29 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2016 (BOE de 30 de diciembre de 2015)*

Se fija el salario mínimo interprofesional en 655,20 euros al mes o 21,84 euros al día, según que el salario esté fijado por meses o por días. Según la norma, el incremento responde a la mejora de las condiciones generales de la economía. El total anual asciende a 9.172,80 euros.

El SMI indicado estará vigente durante el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2016.

**Comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia a través de LexNet**

*Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET (BOE de 1 de diciembre de 2015)*

Este Real Decreto tiene por objeto desarrollar la Ley 18/2011, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, en tres aspectos distintos: (i) comunicaciones y notificaciones electrónicas, (ii) presentación electrónica de escritos, documentos u otros medios o instrumentos y (iii) traslado de copias, en el ámbito de la competencia del Ministerio de Justicia y sin perjuicio de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas.

La norma regula el sistema LexNet, que es un medio de transmisión seguro de información que mediante el uso de técnicas criptográficas, garantiza la presentación de escritos y documentos y la recepción de actos de comunicación, sus fechas de emisión, puesta a disposición y recepción o acceso al contenido de los mismos. Se desarrollan en este Real Decreto sus funcionalidades, administración, disponibilidad y operatividad, así como el procedimiento a seguir en caso de insuficiencia de capacidad del sistema por el exceso del volumen de los archivos adjuntos, o cuando se pretenda llevar a cabo sustituciones o autorizaciones entre profesionales de la justicia.

**Concesión del distintivo «Igualdad en la Empresa»**

*Real Decreto 850/2015, de 28 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo «Igualdad en la Empresa» (BOE de 13 de octubre de 2015)*

Este Real Decreto recoge los requisitos y los criterios de valoración para obtener el distintivo «Igualdad en la Empresa».

Entre los requisitos generales que deben reunir las entidades están: (i) no haber sido sancionadas con carácter firme en los dos o tres años anteriores a la finalización del plazo de presentación de candidaturas por infracciones graves o muy graves, respectivamente, en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, así como en materia de igualdad y no discriminación en el acceso a los bienes y servicios, (ii) la implantación de un plan de igualdad, en caso de estar obligadas a ello, (iii) la acreditación de la incorporación de sistemas de seguimiento y evaluación de los planes de igualdad, y (iv) la acreditación de la presencia de las mujeres en los órganos de administración en los términos previstos en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Por su parte, la norma dispone que las certificaciones o reconocimientos de calidad obtenidos por la empresa en materia de conciliación de la vida laboral, personal y familiar serán tenidas en cuenta como criterio de valoración.

**Documento Único Electrónico**

*Real Decreto 867/2015, de 2 de octubre, por el que se regulan las especificaciones y condiciones para el empleo del Documento Único Electrónico para el cese de actividad y extinción de las sociedades de responsabilidad limitada y el cese de actividad de las empresas individuales (BOE de 16 de octubre de 2015)*

Este Real Decreto (que entra en vigor el 16 de abril de 2016) pretende simplificar los procesos de extinción y cese de la actividad de las empresas mediante un proceso electrónico. Así, se habilita la utilización del Documento Único Electrónico para la tramitación de manera integrada y por vía electrónica del cese de la actividad de los empresarios individuales y los emprendedo-

res de responsabilidad limitada, así como para el cese de actividad y extinción de las sociedades de responsabilidad limitada.

## [Portugal]

### Proteção na invalidez e complemento de dependência

*Decreto-Lei n.º 246/2015, de 20 de outubro (DR 205, SÉRIE I, 20 de outubro de 2015)*

No passado dia 20 de outubro, foi publicado em Diário da República o Decreto-Lei n.º 246/2015. Este diploma procede à primeira alteração da Lei n.º 90/2009, de 31 de agosto, que aprovou o regime especial de proteção na invalidez, e à terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 265/99, de 14 de julho, que procedeu à criação de uma prestação destinada a complementar a proteção concedida aos pensionistas de invalidez, velhice e sobrevivência.

Através das alterações introduzidas, em alternativa à previsão de uma lista de doenças abrangidas pelo regime especial de proteção na invalidez, o acesso à proteção especial na invalidez passa agora a estar dependente da verificação de condições objetivas especiais de incapacidade permanente para o trabalho, independentemente da doença causadora de tal situação.

Adicionalmente, o presente diploma determina a aplicação, a título experimental, da Tabela Nacional de Funcionalidades nas peritagens médicas de avaliação de incapacidade permanente para o trabalho, deficiência e dependência, para efeitos de atribuição de prestações sociais nas respetivas eventualidades. A Tabela Nacional de Funcionalidades encontra-se anexa ao Despacho n.º 10218/2014, de 1 de agosto.

O presente Decreto-Lei entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2016.

### Portaria de condições de trabalho para trabalhadores administrativos

*Portaria n.º 382/2015, de 26 de outubro (DR 209, SÉRIE I, 26 de outubro de 2015)*

No passado dia 26 de outubro de 2015, foi publicada a Portaria n.º 382/2015, que procede à sexta alteração à Portaria n.º 736/2006, de 26 de julho, que aprovou o Regulamento de Condições Mínimas para os trabalhadores administrativos não sujeitos a regulamentação coletiva específica.

Neste âmbito, destacam-se as seguintes alterações:

#### 1. Subsídio de Refeição

A Portaria em apreço veio alterar o valor do subsídio de refeição dos trabalhadores administrativos por ela abrangidos, e que estava anteriormente fixado em € 3,45, para € 4,00, por cada dia completo de trabalho.

#### 2. Retribuições mínimas

Foram, ainda, atualizadas as retribuições mínimas fixadas na Portaria n.º 736/2006, de 26 de julho, e nas respetivas alterações subsequentes e, por conseguinte, o valor das diuturnidades dos trabalhadores foi também alterado, cifrando-se atualmente em € 18,60, por diuturnidade.

As retribuições mínimas são, agora, as constantes da seguinte tabela:

Níveis	Profissões e Categorias Profissionais	2012 Retribuições mínimas	2015 Retribuições mínimas
I	Diretor de serviços; Secretário- geral	980	997
II	Analista de informática; Contabilista/Técnico oficial de contas; Inspetor administrativo	956	972
III	Chefe de serviços; Programador de informática; Tesoureiro; Técnico de apoio jurídico III; Técnico de computador III; Técnico de contabilidade III; Técnico de estatística III; Técnico de recursos humanos III	870	885

IV	Técnico de apoio jurídico II; Técnico de computador II; Técnico de contabilidade II; Técnico de estatística II; Técnico de recursos humanos II	795	808
V	Chefe de secção; Técnico de apoio jurídico I; Técnico de computador I; Técnico de contabilidade I; Técnico de estatística I; Técnico de recursos humanos I	727	739
VI	Analista de funções; Correspondente em línguas estrangeiras; Documentalista; Planeador de informática de 1.ª; Técnico administrativo; Técnico de secretariado; Tradutor	679	691
VII	Assistente administrativo de 1.ª; Caixa; Operador de computador de 1.ª; Operador de máquinas auxiliares de 1.ª; Planeador de informática de 2.ª	609	620
VIII	Assistente administrativo de 2.ª; Assistente de consultório de 1.ª; Cobrador de 1.ª; Controlador de informática de 1.ª; Operador de computador de 2.ª; Operador de máquinas auxiliares de 2.ª; Rececionista de 1.ª	559	569
IX	Assistente administrativo de 3.ª; Assistente de consultório de 2.ª; Cobrador de 2.ª; Chefe de trabalhadores auxiliares; Controlador de informática de 2.ª; Operador de tratamento de texto de 1.ª; Rececionista de 2.ª; Telefonista de 1.ª	517	526
X	Assistente administrativo de 3.ª (até um ano); Contínuo de 1.ª; Guarda de 1.ª; Operador de tratamento de texto de 2.ª; Porteiro de 1.ª; Rececionista de 2.ª (até quatro meses); Telefonista de 2.ª	490	510
XI	Contínuo de 2.ª; Guarda de 2.ª; Porteiro de 2.ª; Trabalhador de limpeza	485	505

A Portaria n.º 382/2015 entrou em vigor no dia 2 de novembro de 2015.

No entanto, importa assinalar que as alterações relativas às retribuições mínimas, ao subsídio de refeição e à atualização das diuturnidades, produzem efeitos retroativos ao dia 1 de outubro de 2015.

#### Remuneração mínima mensal garantida - atualização

*Decreto-Lei n.º 254-A/2015, de 31 de dezembro (DR 255, SÉRIE I, 31 de dezembro de 2015)*

No passado dia 31 de dezembro de 2015, foi publicado em Diário da República o Decreto-Lei n.º 254-A/2015, que atualizou o valor da retribuição mínima mensal garantida.

De acordo com o referido diploma, a partir do dia 1 de janeiro de 2016, é garantida a todos os trabalhadores uma retribuição mínima mensal no montante de € 530, independentemente da modalidade de contrato em vigor.

Deve salientar-se, no entanto, que o valor da retribuição mínima mensal garantida é distinto no território do Continente e nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira. Por força do fator de atualização determinado no artigo 3.º do Decreto Legislativo Regional n.º 8/2002/A, de 10 de abril, o valor da retribuição mínima mensal garantida da Região Autónoma dos Açores é, atualmente, de € 556,50.

Relativamente à Região Autónoma da Madeira, importa assinalar que o valor da retribuição mínima mensal garantida para o ano de 2016 não foi ainda aprovado em Assembleia Legislativa Regional. A Proposta de Decreto Legislativo Regional prevê um aumento de 2% em relação à retribuição mínima mensal garantida em vigor no território do Continente, o que significa que a remuneração mínima mensal nesta Região poderá ser atualizada para o montante de € 540,60.

As alterações efetuadas pelo diploma em análise encontram-se sintetizadas na seguinte tabela:

<i>Retribuição mínima mensal garantida</i>	<i>Valor anterior</i>	<i>Valor atual</i>
Portugal Continental	505	530
Região Autónoma dos Açores	530,25	556,50
Região Autónoma da Madeira	515,10	540,60*

\* Pendente de autorização da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira.

### Complemento solidário para idosos

#### *Decreto-Lei n.º 254-B/2015, de 31 de dezembro (DR 255, SÉRIE I, 31 de dezembro de 2015)*

Foi publicado em Diário da República no passado dia 31 de dezembro, o Decreto-Lei n.º 254-B/2015, que repõe as regras de atualização do valor das pensões do regime geral da Segurança Social e do regime de proteção social convergente e fixa o valor do Complemento Solidário para Idosos.

De acordo com as alterações efetuadas, as pensões de invalidez e outras prestações atribuídas pelo sistema de Segurança Social e as pensões de aposentação, reforma e invalidez atribuídas pela Caixa Geral de Aposentações, serão atualizadas em 2016, de acordo com as regras previstas no artigo 6.º da Lei n.º 53-B/2006, de 29 de dezembro, conforme alterada. É, assim, objetivo do XXI Governo Constitucional que no ano de 2016 sejam atualizadas todas as pensões de montante igual ou inferior a € 628,82.

Adicionalmente, também as pensões por incapacidade permanente para o trabalho e as pensões por morte resultantes de doença profissional serão atualizadas em 2016, nos termos previstos na Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro.

Finalmente, de acordo com o presente diploma, o valor de referência do Complemento Solidário para Idosos, previsto no artigo 9.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 232/2005, de 29 de dezembro, conforme alterado, foi aumentado para € 5022/ano, anteriormente fixado em € 4909/ano.

O presente Decreto-Lei entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2016.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Unión Europea]

#### Validez de la imposición de un salario mínimo para los trabajadores de una empresa licitadora

#### *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de noviembre de 2015*

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») examina la correspondencia entre la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios («Directiva 2004/18») y la normativa de un Estado miembro que imponga, en el marco de adjudicación de un contrato público, (i) la observancia por las empresas de una cuantía de salario mínimo en favor de los trabajadores, y (ii) la exclusión de la licitación pública a la empresa que no se comprometa al pago del salario mínimo.

Al respecto, el TJUE sostiene que, aunque en virtud de la Directiva 2004/18 el salario mínimo solo se aplica a los contratos públicos y no a los privados, esta circunstancia no implica que el establecimiento de un salario mínimo para los trabajadores contratados por la empresa licitadora o sus subcontratistas no esté justificado como mecanismo de protección de los trabajadores. En consecuencia, la exclusión de la participación en la licitación que incluya el requisito de salario mínimo en una norma imperativa debe ser entendida como una consecuencia del incumplimiento de estos requisitos y no como una sanción.



**Cálculo de las vacaciones de los trabajadores cuando hay incremento de la jornada laboral**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de noviembre de 2015*

El TJUE examina las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal laboral de Birmingham (Reino Unido) acerca de la interpretación del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, celebrado el 6 de junio de 1997 («Acuerdo marco») y la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo («Directiva 2003/88»).

Así, el TJUE señala que, con arreglo al Acuerdo marco y a la Directiva 2003/88, ante el incremento de la jornada laboral de un trabajador, los Estados miembros no tienen la obligación de prever que las vacaciones ya devengadas (disfrutadas o no) se vuelvan a calcular *a posteriori* en función del nuevo ritmo de trabajo del empleado.

No obstante, el TJUE sí considera que deben calcularse de nuevo los días de vacaciones que corresponden al período durante el cual la jornada se haya incrementado.

Por último, el TJUE establece que el cálculo de los días de vacaciones anuales retribuidas a los que el trabajador tiene derecho debe efectuarse de acuerdo con los mismos principios tanto para (i) la determinación de la indemnización compensatoria por vacaciones anuales retribuidas devengadas y no disfrutadas, de extinguirse la relación laboral, como (ii) para la determinación del cálculo de los días de vacaciones anuales retribuidas a los que el trabajador tiene derecho, de mantenerse la relación laboral.

**Cómputo de las extinciones a efectos de los umbrales del despido colectivo**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de noviembre de 2015*

El TJUE examina las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, en un procedimiento en el que el trabajador interpuso demanda contra la empresa y el Fondo de Garantía Salarial por entender que la compañía debía haber aplicado el procedimiento de despido colectivo.

En concreto, las cuestiones prejudiciales planteadas versan sobre la interpretación de la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

Véase el análisis que, sobre esta sentencia, se encuentra en la sección de Foro de Actualidad de este mismo número de la Revista.

**Indemnización por despido en el marco de una reestructuración a consecuencia de una decisión de la Comisión Europea**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de octubre de 2015*

El TJUE resuelve, en los asuntos acumulados C-352/14 y C-353/14, si la Decisión sobre la reestructuración del Grupo Banco Financiero y de Ahorros, que incluye Banco Financiero y de Ahorros, S. A. (BFA) y su filial Bankia, S. A. (Bankia), y los arts. 107 y 108 del TFUE, en los que dicha Decisión se basa, se oponen a la aplicación del art. 56 del ET, la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012 y los arts. 123 y 124.13 de la LRJS, que ante un despido improcedente fijan un importe indemnizatorio superior al autorizado por aquélla.

Sobre esta sentencia, véase la sección de Foro de Actualidad de este mismo número de la Revista.

**El tiempo de trabajo de los trabajadores itinerantes incluye el período de desplazamiento entre su domicilio y el centro de un cliente asignado**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, de 10 de septiembre de 2015*

El objeto del litigio del presente asunto consiste en determinar si, en el caso de trabajadores que carecen de centro de trabajo fijo o habitual, el período de desplazamiento entre su domicilio y los centros de los clientes se puede considerar tiempo de trabajo a la luz de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (la «Directiva»).

El TJUE recuerda que el concepto de tiempo de trabajo se interpreta, en contraposición con el de período de descanso, como aquel espacio temporal en el que el empleado (i) permanece en el trabajo, (ii) está a disposición del empresario y (iii) realiza sus tareas o funciones.

En consecuencia, tras analizar el supuesto de hecho, el TJUE determina que el período de desplazamiento entre el domicilio del trabajador itinerante y el centro de un cliente asignado y a la

inversa se encuentra englobado en el concepto de tiempo de trabajo de la Directiva, al concurrir los tres requisitos referidos en el párrafo anterior.

### Concepto de transmisión de centro de actividad

#### *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, de 9 de septiembre de 2015*

La disolución de la empresa Air Atlantis, S.A. (la «*Empresa*»), dedicada a los vuelos chárter, conllevó el despido colectivo de la totalidad de su plantilla. Posteriormente, su principal accionista (TAP) introdujo entre sus servicios vuelos chárter, para lo que (i) utilizó parte de los medios materiales de la Empresa (aviones, inmuebles, equipos de oficina, etc.), (ii) cubrió rutas realizadas tradicionalmente por la Empresa, (iii) cumplió con las obligaciones derivadas de los contratos de *leasing* suscritos por la Empresa, y (iv) contrató a parte de su antigua plantilla. En este contexto, los extrabajadores de la Empresa alegaron que se había producido una transmisión de empresa.

El TJUE, tras examinar el supuesto, entiende que TAP se ha subrogado en la posición de empleador que ocupaba la Empresa. Así, el *quid* de la transmisión de empresa es que se transfieran a la adquirente los elementos necesarios para realizar una actividad económica análoga a la de la empresa transmitente (en este caso, la transmisión de parte de la plantilla, la subrogación en los contratos de *leasing* de aviones y en los contratos de vuelos chárter, etc.), así como su vínculo funcional. El TJUE declara que no es relevante, a estos efectos, que los elementos transmitidos tengan una organización específica distinta en la empresa transmitente y la adquirente.

### [España]

### Cuantificación de los complementos retributivos variables de un liberado sindical

#### *Sentencia del Tribunal Constitucional, de 6 de julio de 2015*

El objeto del recurso de amparo presentado ante el Tribunal Constitucional («*TC*») consiste en determinar si el método utilizado por la Administración para cuantificar los complementos retributivos extraordinarios a abonar a un liberado sindical vulnera su derecho a la libertad sindical. En concreto, el criterio seguido por la Administración es el de la media de la cuantía percibida por este concepto por los trabajadores de su categoría.

El TC considera que, al tratarse de complementos retributivos eventuales, no procede cuestionarse qué cuantía habría percibido el trabajador por este concepto de no haber ejercido funciones sindicales, pues, aun en ese caso, tanto la percepción como la cuantía del complemento extraordinario son inciertas. Así, el TC declara que el criterio utilizado es adecuado y no quiebra la garantía de indemnidad retributiva del trabajador, al fundamentarse en un dato objetivo y razonable.

### Ultraactividad de un convenio colectivo

#### *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 17 de noviembre de 2015*

El Tribunal Supremo («*TS*») desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional («*AN*») sobre conflicto colectivo.

La sentencia se pronuncia sobre los límites de la ultraactividad de los convenios colectivos a raíz de la modificación operada en el art. 86.3 del ET por la Ley 3/2012. La redacción vigente en el momento del nacimiento del litigio dispone que «*transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio colectivo o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación*».

La cuestión interpretativa, que la Sala ya había abordado, es en qué momento debe producirse tal pacto expreso de mantenimiento de vigencia del convenio para que resulte válido. Alegando razones de seguridad jurídica, se mantiene su anterior criterio, lo que implica que, si un convenio colectivo suscrito antes de la Ley 3/2012 contiene una cláusula de ultraactividad indefinida, dicha cláusula ha de ser considerada como el «pacto en contrario» a que se refiere el art. 86.3 del ET.

**Elementos  
definitivos del  
grupo de empresas  
a efectos laborales*****Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de noviembre de 2015***

El TS examina la legitimación de un grupo de empresas para la iniciación y negociación de un expediente de regulación de empleo («ERE»), aprobado por la autoridad laboral de acuerdo con la normativa vigente antes de la entrada en vigor del Real Decreto 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Un grupo de empresas inició un ERE por causas productivas para (i) la extinción de los 150 contratos laborales de un centro de trabajo perteneciente a una de las empresas del grupo, y (ii) la suspensión de las relaciones laborales, de forma rotatoria, de determinados contratos en diferentes centros de trabajo del grupo.

Los representantes de los trabajadores del centro de trabajo afectado por la extinción de contratos defendían que la comisión negociadora única constituida en representación de todos los trabajadores del grupo carecía de implantación en dicho centro, y que la representación y negociación del ERE de extinción le correspondía, en exclusiva, al comité de empresa de aquel centro de trabajo.

A estos efectos, el TS señala que el control accionario y la unidad de dirección de las sociedades no son factores suficientes para afirmar la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales. Para ello, se requieren otros elementos adicionales, tales como (i) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo en favor de varias empresas del grupo, (ii) la confusión patrimonial, (iii) la unidad de caja, (iv) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de empresa «aparente», y (v) el uso abusivo de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores.

El TS considera que no queda acreditado ninguno de los anteriores elementos y, por lo tanto, determina la inexistencia de grupo de empresas patológico. Por lo tanto, el grupo de empresas demandado carece de legitimación para la iniciación y negociación del ERE en un centro de trabajo y, en consecuencia, el TS declara la nulidad del ERE.

***Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de octubre de 2015***

El TS resuelve el recurso de casación interpuesto por el Abogado de Estado en representación de TRAGSA y TRAGSATEC frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la AN sobre conflicto colectivo.

La sentencia analiza el concepto de grupo de empresa a efectos laborales y efectúa una matización terminológica a su anterior doctrina. Así, reserva la expresión «grupo patológico» exclusivamente para los casos en que la responsabilidad solidaria deriva de la concurrencia de circunstancias enmarcadas en el terreno de la ocultación o fraude; para los restantes casos, afirma que la terminología más adecuada es la de «empresa de grupo» o «empresa-grupo».

En el supuesto, al no apreciarse los elementos generadores de la responsabilidad solidaria del grupo de empresas —ya enunciados— se afirma que no nos encontramos ante un grupo patológico. Paralelamente, se declara la suficiencia de la documentación entregada, la concreción de las causas del despido y la inexistencia de defectos en la determinación de los criterios de selección de los trabajadores afectados. Por tanto, se acoge el recurso interpuesto y se declara ajustada a derecho la decisión extintiva objeto de debate.

La sentencia cuenta con dos votos particulares concurrentes.

**Vulneración de  
derechos  
fundamentales*****Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de noviembre de 2015***

El TS examina la vulneración del derecho al honor y a la imagen, y a la protección de datos de carácter personal de un trabajador por parte de su anterior empleadora.

El demandante, trabajador de una compañía de telecomunicaciones, fue objeto de un despido disciplinario declarado improcedente.

Posteriormente, tras múltiples entrevistas en otras compañías del sector, una de estas empresas le manifestó que no podía contratarlo porque había sido vetado por la compañía de la que esta empresa era contratista. El trabajador, tras ponerse en contacto con el comité de empresa de la compañía en la que, supuestamente, había sido vetado, descubrió que había sido incluido, por los hechos motivadores de su despido disciplinario y a petición de su anterior empleadora, en un fichero de aquella sobre trabajadores conflictivos. Ante tales circunstancias, el trabajador interpuso demanda por vulneración del derecho al honor y a la imagen, y a la protección de datos de carácter personal.

Tras examinar el supuesto, el TS concluye que el trabajador había aportado suficientes indicios de que tal vulneración se había cometido, mientras que su anterior empleadora no había aportado prueba en contrario.

Por ello, el TS declara la vulneración de los derechos al honor y a la protección de datos de carácter personal del trabajador y obliga a la antigua empleadora a abonarle una indemnización de 30.000 euros.

#### *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 21 de septiembre de 2015*

El TS resuelve el recurso de casación interpuesto por la empresa frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la AN sobre conflicto colectivo.

El objeto del proceso se reduce a analizar la validez de una cláusula que la empresa introduce en los contratos de trabajo en virtud de la cual «*las partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico... según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto*» y que «*cualquier cambio o incidencia con respecto a los mismos, deberá ser comunicada a la empresa de forma fehaciente en inmediata*».

Entiende el TS que la incorporación de estos datos al contrato de trabajo requiere que el consentimiento se haya prestado de una manera libre y voluntaria y, aunque en este caso la cláusula establezca que el propio trabajador presta su voluntario consentimiento, en realidad esto no sucede. Así, el empresario se vale de que el trabajador es la parte más débil del contrato y este, por miedo a no ser contratado, admitirá la inclusión de dicha cláusula, de donde se deriva la ausencia de un consentimiento libre y voluntario.

En consecuencia, la cláusula contractual debe considerarse nula por vulnerar el derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal consagrado en el art. 18.4 de la Constitución Española.

#### *Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 15 de junio de 2015*

El origen de este procedimiento se encuentra en una serie de comunicados emitidos por la empresa a los trabajadores los días 26 de diciembre de 2012, 4 de enero de 2013, 27 de noviembre de 2014 y 3 de febrero de 2015. En el primero de ellos, se les recomendaba que no atendieran el llamamiento de huelga realizado por la representación legal de los trabajadores. En el segundo comunicado, la empresa además de reiterar lo dicho en el anterior, les informó sobre cuáles serían las consecuencias que se derivarían si la huelga convocada fuera considerada ilegal o abusiva. En el tercero de los comunicados, se criticaba la actividad llevada a cabo por los representantes de los trabajadores. El último de ellos alude a datos económicos y cuestiones salariales.

Los representantes de los trabajadores consideran que, dado su contenido, dichas comunicaciones constituyen una violación del derecho fundamental a la libertad sindical, del derecho a la huelga y del derecho a la dignidad personal.

La empresa opuso, por un lado, las excepciones de incompetencia de jurisdicción y de prescripción de la acción y, por otro, que no existía vulneración de derechos fundamentales.

En relación con la excepción de prescripción, se estimó la relativa a los comunicados de la empresa de 26 de diciembre de 2012 y de 4 de enero de 2013. En consecuencia, se entendió

también prescrita la denunciada vulneración del derecho de huelga, y ello porque era precisamente en dichos comunicados en los que la Empresa advertía del perjuicio económico que le generaría el que los trabajadores secundaran la huelga convocada.

A continuación, entrando al fondo del asunto, la AN examina si de los otros dos comunicados podría derivarse una vulneración del derecho a la libertad sindical, al honor y a la dignidad. A tal efecto, siguiendo doctrina del TC, recuerda que, aunque la libertad de expresión no es absoluta, no se debería ver limitado su ejercicio cuando aquello que se manifiesta sea necesario, entendido en el sentido de imprescindible, adecuado y absolutamente pertinente.

En el presente caso, los comunicados, aunque incluyan duras manifestaciones sobre la actividad del sindicato, deben contextualizarse en el marco de la relación conflictiva existente entre la empresa y los representantes de los trabajadores y, por lo tanto, a juicio de la Sala se ejecutaron dentro de los límites de la libertad de expresión.

#### Antigüedad computable a efectos del cálculo de la indemnización por despido

##### *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de octubre de 2015*

El TS resuelve un recurso de casación para la unificación de la doctrina, que había sido interpuesto tanto por la empresa como por el trabajador.

Se trata de un supuesto de despido que había sido declarado improcedente en instancia. La empresa había optado por la readmisión, pero el trabajador no se reincorporó a su puesto de trabajo.

La empresa formula recurso de casación solicitando que se declare la no necesidad de que, una vez obtenida la firmeza de la sentencia, se efectúe un segundo requerimiento de readmisión. Sin embargo, se desestiman sus pretensiones. Se considera que, tras la confirmación de la sentencia, la interpretación sistemática de la regulación legal y la buena fe determinan que la empresa reitere su ofrecimiento de readmisión. Al no haberlo hecho así, procede la ejecución definitiva del fallo.

El trabajador pretende que la antigüedad computable para calcular la indemnización se extienda desde la fecha de inicio de prestación de servicios hasta la de la resolución que declara extinguida la relación laboral por no readmisión o readmisión irregular.

La Sala estima parcialmente el recurso. Para ello, diferencia dos periodos de tiempo: (i) el que media entre la sentencia que declara la improcedencia y la resolución que declara extinguida la relación laboral por no readmisión, y (ii) el que transcurre entre el despido y la antedicha sentencia. En el primer caso, dado que la falta de servicios no puede ser atribuida a la empresa, sino a la exclusiva voluntad del trabajador, no procede computar ese tiempo en la antigüedad del trabajador a efectos del cálculo de la indemnización por despido. Sin embargo, el periodo de inactividad que media entre el despido y la sentencia que declara la improcedencia, con la opción de readmisión, pasa a ser considerado como tiempo de relación laboral, y la ausencia de prestación de servicios únicamente puede atribuirse al previo despido, no al posterior incumplimiento del requerimiento de readmisión, por lo que sí debe tenerse en cuenta a la hora de calcular la indemnización por despido a la que el trabajador tenga derecho.

La sentencia cuenta con un voto particular.

#### Doctrina judicial sobre despido colectivo

##### *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 22 de julio de 2015*

El TS resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa frente a la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, que estimaba las pretensiones de una trabajadora en una reclamación por despido.

La sentencia trae causa de un despido colectivo en el que la empresa y los representantes de los trabajadores llegaron a un acuerdo en el período de consultas. En dicho acuerdo se establecieron los criterios de afectación, se pactaron unas indemnizaciones superiores a la legal de 20 días de salario por año de servicio y, debido a los problemas de liquidez de la compañía, se acordó el fraccionamiento del abono de las indemnizaciones.

La trabajadora impugnó individualmente su despido alegando la falta de puesta a disposición de la indemnización de forma simultánea a la entrega de la carta de despido y por no haberse acreditado la falta de liquidez.

El TS señala que, en el marco de la negociación colectiva previa al despido, es válido convenir un fraccionamiento o aplazamiento del pago de las indemnizaciones adeudadas a los trabajadores por las extinciones contractuales en caso de falta de liquidez de la empresa. Así, el TS concluye que los problemas de tesorería de la compañía quedaron acreditados, se acordaron las citadas medidas en el propio pacto colectivo y, además, se incrementó el importe de las indemnizaciones a percibir por los trabajadores. Por lo tanto, no resulta necesario que la empresa pruebe su falta de liquidez, ni esa circunstancia puede debatirse en el procedimiento de extinción individual.

En consecuencia, el TS estima el recurso interpuesto por la empresa.

#### *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 22 de julio de 2015*

Una empresa constructora, en el marco de un despido colectivo por causas productivas, alcanza un acuerdo con los representantes de los trabajadores por el que se reduce el número de trabajadores afectados por la medida extintiva —en concreto, de 131 afectados inicialmente pasan a 116—, se mejora la indemnización legal a percibir por estos trabajadores y se aplaza el pago de una parte de la indemnización.

Este acuerdo se impugna por doce trabajadores afectados, por entender que se ha vulnerado el requisito de puesta a disposición de la indemnización de forma simultánea a la entrega de la carta de despido, recogido en el art. 53.1 b) del ET.

El TS declara que el acuerdo colectivo es lícito y basa su decisión en las circunstancias concurrentes en este caso: (i) la trascendencia de que la medida se adoptase por medio de un acuerdo colectivo que concluyó el periodo de consultas del despido colectivo, (ii) la rebaja del número de afectados por el despido colectivo, (iii) la sustancial mejora de la indemnización legal, (iv) la situación acreditada de falta de liquidez de la empresa, (v) el abono del importe total de la indemnización se había efectuado al tiempo de dictarse la sentencia de instancia y (vi) la impugnación del acuerdo estaba sustentada únicamente por 12 de los 116 trabajadores afectados. El TS sostiene que la conjunción de estos factores justifica que es razonable declarar la licitud del acuerdo.

En este caso concreto, el TS afirma que una solución contraria a la licitud del acuerdo quebraría el principio de solidaridad que ha de presidir toda negociación colectiva.

#### **Plazo de caducidad de la acción de despido**

#### *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 26 de mayo de 2015*

El litigio trae causa del despido de una trabajadora que interpuso papeleta de conciliación el 19 de febrero de 2013, antes de las 15:00 horas del vigésimo primer día desde el despido, que le fue comunicado mediante burofax el 21 de enero de 2013. Celebrado el acto de conciliación sin avenencia el 8 de marzo de 2013, la trabajadora formuló demanda por despido el 11 de marzo de 2013, es decir, el siguiente día hábil tras la fecha de la conciliación.

El objeto del recurso se reduce a determinar si la acción de despido, que tiene un plazo de caducidad de 20 días hábiles para su ejercicio (art. 59.3 del ET), se encuentra o no caducada cuando la papeleta de conciliación se formula antes de las 15:00 horas del vigésimo primer día de su comunicación. Es decir, si resulta aplicable la prórroga de la anterior redacción del art. 135.1 de la LEC: «*Cuando la presentación de un escrito esté sujeta a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en el servicio común procesal creado a tal efecto o, de no existir éste, en la sede del órgano judicial*».

El TS señala, con base en su doctrina jurisprudencial, que la conciliación previa ante los servicios competentes no constituye un procedimiento meramente administrativo, sino que es una actuación exigible e imprescindible para poder acceder posteriormente a la jurisdicción laboral y, por lo tanto, se encuentra estrechamente vinculada a los principios procesales y generales del derecho laboral.

Así, el plazo para ejercer la acción de despido queda congelado durante la sustanciación de la conciliación, es decir, desde el día que se interpone la papeleta hasta el día que se celebra el acto de conciliación. Por lo tanto, en caso de interponerse la papeleta de conciliación antes de las 15:00 horas del vigésimo primer día desde la comunicación del despido, se puede formular demanda hasta las 15:00 horas del siguiente día hábil tras la celebración de la conciliación.

**Doctrina judicial sobre convenios colectivos** *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 17 de septiembre de 2015*

El TS analiza si resulta ajustada a Derecho la práctica de una gasolinera consistente en obligar a los encargados a denunciar los casos en los que el cliente se marcha de las estaciones de servicio sin abonar el combustible.

En la resolución de este asunto el Tribunal se remite, por un lado, al tenor literal del convenio colectivo de aplicación, según el cual las funciones de los encargados ahí enumeradas lo son meramente a título enunciativo y no limitativo. Por otro lado, se indica que queda dentro del poder de dirección del empresario organizar el trabajo y la obligación de denunciar los robos debe entenderse una manifestación de aquel.

En virtud de lo anterior, el TS concluye que la obligación de denunciar impuesta a ese colectivo no vulnera el convenio colectivo de las estaciones de servicio.

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 30 de septiembre de 2015*

La AN estima una demanda de impugnación de convenio formulada por UGT declarando la nulidad de un convenio de empresa por incumplimiento de los requisitos de capacidad y legitimación para negociar, recogidos en los arts. 87.1, 88.2 y 89.3 del ET.

El convenio colectivo de empresa se había negociado por un delegado de personal de un único centro de trabajo, a pesar de que se aplicaba a las actividades de los centros de todo el territorio nacional. Según la AN, resulta evidente que el firmante en representación de los trabajadores no estaba legitimado para ello, pues debe existir una precisa correspondencia entre el órgano de representación que interviene en la negociación de empresa y el ámbito del personal afectado, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 87 a 89 del ET. Por ello, declara la anulación del convenio.

La sentencia indica que los vicios en los que se ha incurrido no son susceptibles de su corrección, ni siquiera reduciendo su ámbito al centro de trabajo en el que el delegado de personal sí tenía representatividad, dado que no era la voluntad de las partes negociar un convenio de centro.

**Derecho al «plus de festivos» de los trabajadores contratados para trabajar durante el fin de semana**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 22 de junio de 2015*

La AN examina un conflicto colectivo planteado en el sector de los servicios de atención a personas dependientes. El *quid* de la cuestión consiste en determinar si las personas contratadas exclusivamente para prestar servicios durante el fin de semana tienen derecho al plus de festividad previsto en el convenio colectivo de aplicación.

La AN declara que las empresas sí están obligadas al abono del plus de festivos a estos trabajadores. La argumentación de la AN se basa en una interpretación literal de la norma convencional que únicamente excluye la percepción de este complemento retributivo por aquellos trabajadores contratados «*específicamente*» para domingos o festivos, y, por tanto, nada dice respecto de los trabajadores que prestan servicios durante el fin de semana.

**Improcedencia del despido de un trabajador por justificar sus ausencias con certificados médicos, en lugar de con partes médicas oficiales de baja**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 8 de octubre de 2015*

El Tribunal Superior de Justicia («TSJ») desestima el recurso de suplicación interpuesto por el Patronato Sociocultural del Ayuntamiento de Alcobendas contra la sentencia de instancia que había declarado la improcedencia de un despido.

Conforme al convenio colectivo aplicable, la falta de asistencia al trabajo no justificada durante cuatro días o más al mes es constitutiva de una falta muy grave. Por su parte, el art. 18 de este convenio indica que «*toda ausencia por enfermedad del trabajador deberá ser justificada median-*

te el *correspondiente volante médico*». En el supuesto examinado, el Ayuntamiento había entendido que las faltas de asistencia del trabajador no habían sido debidamente justificadas a través de certificados médicos. Por tanto, según su criterio, se había producido un incumplimiento contractual calificado como falta muy grave y sancionable con el despido.

Sin embargo, el TSJ entiende que el convenio no pide que las ausencias por enfermedad se justifiquen con partes médicos de baja oficiales, dado que el término «volante médico» es lo suficientemente genérico como para entender cualquier certificado, que emitido por un facultativo, deja constancia de la asistencia médica dispensada. Si se hubiera querido vincular la justificación de la enfermedad a los partes oficiales, se tendría que haber especificado en el convenio, tal y como efectivamente se hace en su regulación de la situación de la incapacidad temporal. De esta forma, se confirma la sentencia de instancia y la improcedencia del despido.

**«WhatsApp» es un medio válido para comunicar la baja voluntaria en la empresa**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 10 de junio de 2015*

El TSJ examina la validez de los mensajes intercambiados a través de la aplicación «WhatsApp» a los efectos de que los trabajadores comuniquen a la empresa su decisión de causar baja voluntaria.

La Sala recuerda la doctrina pacífica del TS según la cual, para que se entienda que el trabajador ha dimitido, es necesario que aquel lo manifieste de una manera clara, firme e inequívoca.

Así, en el caso examinado, y habida cuenta de que de los mensajes intercambiados con la encargada a través de «WhatsApp» quedó patente su voluntad de no volver al trabajo, no ha existido despido, como alega la trabajadora, sino una baja voluntaria.

**Concepto de accidente *in itinere***

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 2 de junio de 2015*

El TSJ califica como «accidente *in itinere*» el asesinato de un trabajador perpetrado por un alumno suyo cuando se disponía a coger el coche para acudir al trabajo, siendo el motivo de tal agresión el robo de la cadena de oro que aquel llevaba en el cuello.

La Sala afirma que concurren los requisitos legales para que su muerte tenga tal calificación:

- (i) Elemento teleológico: la finalidad principal por la que el trabajador iba a coger su vehículo era para dirigirse al trabajo.
- (ii) Elemento geográfico: en el momento en que sucedió el asesinato aquel no se había desviado del camino habitual de su domicilio al trabajo.
- (iii) Elemento cronológico: el accidente tuvo lugar dentro del tiempo que normalmente se invierte en el trayecto, es decir, 30 minutos antes de la hora de entrada al trabajo.
- (iv) Idoneidad del medio: el medio de transporte que iba a utilizar era el mismo de siempre.
- (v) Carácter fortuito de la agresión sufrida: el asesinato del trabajador no obedecía a razones personales entre él y su agresor, sino a un hecho fortuito, ya que difícilmente podía haber previsto que su propio alumno le agrediría para robarle.

**El volumen de trabajo no es una condición laboral**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Social, de 26 de mayo de 2015*

El litigio tiene origen en la decisión de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A. consistente en suprimir determinadas secciones de reparto de la empresa. El sindicato CGT considera que esta decisión empresarial es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (alega que la carga de trabajo de las secciones suprimidas se repartirá entre las restantes) y, por ello, solicita la nulidad de la medida.

Tras examinar el supuesto de hecho, el TSJ desestima la petición del sindicato, pues considera que (i) no queda acreditado el aumento de la carga de trabajo para las restantes secciones de reparto, (ii) el incremento del volumen de trabajo no altera de forma notoria ninguna de las



condiciones previstas en el art. 41 del ET y (iii) el volumen de trabajo no es una condición laboral, salvo que se haya pactado un rendimiento determinado.

**«Derecho» de llevar a los hijos a la guardería**

*Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 13 de Madrid, de 22 de octubre de 2015*

El Juzgado resuelve una acción declarativa ejercida por un trabajador que pretendía el reconocimiento de su derecho a flexibilizar su horario de entrada en el turno de mañana (de lunes a viernes) en el máximo de una hora, para poder llevar a su hijo al centro escolar.

La sentencia declara procedente la flexibilización, razonando que esta únicamente interesa al actor para poder llevar a su hijo al centro escolar. Se afirma que no se produce un cambio de turno o modificación permanente, ni el reconocimiento del derecho afecta de manera drástica al servicio, siendo la incidencia mínima. Además, se declara que no pueden prevalecer las dificultades organizativas alegadas por la empresa sobre la protección jurídica de la familia que deben garantizar los poderes públicos, según el art. 39.1 de la CE.

**[Portugal]**

**Impugnação de despedimento coletivo contra a massa insolvente**

*Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28 de outubro de 2015 (Fernanda Soares) Processo n.º 671/15.3T8AGD.P1*

No acórdão em apreço, o Tribunal da Relação do Porto pronunciou-se acerca da competência material do Tribunal do Trabalho para conhecer de ação de impugnação de despedimento coletivo contra massa insolvente.

Em suma, o Tribunal entendeu que sendo o despedimento promovido por administrador da insolvência, em momento ulterior à sentença que declare a Ré insolvente, as suas consequências projetar-se-ão, necessariamente, já não sobre o insolvente, mas sim sobre a massa insolvente (conforme decorre das disposições conjugadas dos artigos 55.º, n.º 1, alínea b), e 51.º, n.º 1, alínea d), do CIRE).

Assim, sendo suscetível de onerar a massa insolvente, a ação (ou procedimento cautelar) que vise a declaração de ilicitude da cessação de contrato de trabalho promovida por administrador da insolvência deve correr por apenso ao respetivo processo, de acordo com o disposto no artigo 89.º, n.º 2, do CIRE, sendo a competência para o seu conhecimento e tramitação cometida ao Tribunal do Comércio, ao abrigo do disposto no artigo 128.º, n.º 1, alínea a), e n.º 3 da LOSJ.

O Tribunal afirmou que o referido entendimento se mantém ainda que a par dos créditos reclamados seja também peticionada a reintegração do Autor no seu posto de trabalho, matéria que é da exclusiva competência do Tribunal do Trabalho, ao abrigo do disposto no artigo 126.º da LOSJ. Na medida em que o trabalhador pode optar por receber uma indemnização em substituição da sua reintegração, esta tem a virtualidade de afetar, por via reflexa, a massa insolvente, o que reclama a competência dos Tribunais do Comércio para o seu conhecimento.

**Contrato de trabalho plurilocalizado**

*Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de novembro de 2015 (Leopoldo Soares) Processo n.º 2998.14.2TTLSB.L1-4*

No âmbito do presente recurso, o Tribunal da Relação de Lisboa pronunciou-se acerca da lei aplicável a um contrato de trabalho outorgado entre um cidadão português e uma pessoa coletiva de direito espanhol, cuja execução decorreu, em exclusivo, em Portugal.

No caso concreto, dando cumprimento ao disposto no artigo 3.º, n.º 1, da Convenção de Roma, as partes acordaram que o referido contrato estaria sujeito à lei espanhola, nomeadamente, ao Estatuto dos Trabalhadores («Estatuto de los Trabajadores»). De acordo com o artigo 4.º da Convenção de Roma, na falta de escolha efetuada pelas partes, o contrato rege-se pela Lei do país em que o trabalhador desenvolve habitualmente a sua atividade, a não ser que resulte do conjunto das circunstâncias que o contrato de trabalho apresenta uma conexão mais estreita

com um outro ordenamento jurídico, sendo neste caso aplicável a lei desse outro país.

Ora, no caso concreto, a entidade empregadora fez cessar o contrato de trabalho do Autor através de carta datada de 30 de junho de 2014, com produção de efeitos imediatos. Antes do despedimento, porém, não foi permitido ao trabalhador exercer qualquer contraditório sobre os factos de que estava acusado. Note-se que a ausência de contraditório é admissível no Ordenamento Jurídico Espanhol, ao abrigo do artigo 54.º do Estatuto dos Trabalhadores.

Na sua decisão, o Tribunal afirmou que, de acordo com o disposto no artigo 6.º, n.º 1, da Convenção de Roma, a escolha que as partes tenham feito no que toca à lei aplicável ao contrato de trabalho não pode ter como consequência privar o trabalhador da proteção que lhe garantem as disposições imperativas da lei que, na falta de escolha, seria objetivamente competente (neste caso, a Lei portuguesa).

O Tribunal considerou que a ausência de contraditório, ainda que legitimada pela legislação espanhola aplicável, ofende os princípios da segurança no emprego e da proibição dos despedimentos sem justa causa (ambos previstos no artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa), pelo que, de acordo com o disposto no artigo 6.º, n.º 1, da Convenção de Roma, o ordenamento jurídico aplicável ao contrato de trabalho em análise seria o português.

#### Abandono do trabalho

*Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19 de novembro de 2015 (Paula do Paço) Processo n.º 495/14.5TTLRA.C1*

No acórdão em apreço, o Tribunal da Relação de Coimbra pronunciou-se sobre os pressupostos da situação de abandono do trabalho, prevista no artigo 403.º do Código do Trabalho.

Densificando os referidos pressupostos, o Tribunal começou por afirmar que o empregador que pretenda ver reconhecida a denúncia do contrato de trabalho, com fundamento na presunção estabelecida no artigo 403.º, n.º 2, do Código do Trabalho, deverá alegar e provar a verificação dos factos indiciários aí previstos (*i.e.*, a ausência do trabalhador ao serviço por mais de 10 dias úteis seguidos e a falta de comunicação do motivo da ausência ao empregador).

No entanto, mesmo que os referidos factos se mostrem provados, e ainda que o trabalhador não ilida a presunção estabelecida no n.º 2 do referido normativo legal (ao abrigo do n.º 4 do mesmo preceito), o abandono do trabalho, por si só, não vale como denúncia do contrato de trabalho.

O abandono do trabalho só poderá ser invocado pelo empregador após comunicação ao trabalhador dos factos constitutivos do abandono ou da presunção do mesmo, por carta registada com aviso de receção, para a última morada conhecida do trabalhador (cfr. artigo 403.º, n.º 3, do Código do Trabalho).

Adicionalmente, de acordo com o disposto no artigo 403.º, n.º 1, do Código do Trabalho, o abandono do trabalho tem de ser acompanhado de factos que, com toda a probabilidade, 00 revelam a intenção do trabalhador de não retomar o serviço.

No caso concreto, o Tribunal entendeu que se verifica uma situação de denúncia do contrato de trabalho por abandono quando, verificados os demais pressupostos, o trabalhador, ao contrário do que havia feito consecutivas vezes durante o período de mais de um ano, além de não comparecer ao serviço e de nada dizer à entidade empregadora, não apresenta qualquer certificado médico de incapacidade temporária para o trabalho, durante cerca de dois meses. No entender do Tribunal, tal factualidade revela, com toda a probabilidade, a intenção do trabalhador de não retornar o trabalho.

#### Denúncia do contrato de trabalho pelo trabalhador - exigência de documento escrito

*Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de dezembro de 2015 (Maria João Romba) Processo n.º 2898/14.6TTLSB.L1-4*

No âmbito do presente recurso, o Tribunal da Relação de Lisboa pronunciou-se acerca da interpretação a dar ao disposto no artigo 400.º do Código do Trabalho, que prevê a denúncia (com aviso prévio) do contrato de trabalho pelo trabalhador.

Em causa estava a questão de saber se a referência que é feita no artigo 400.º, n.º 1, quanto à forma escrita se reporta ao aviso prévio ou à denúncia do contrato de trabalho, propriamente dita.

Na esteira da decisão recorrida, o Tribunal da Relação de Lisboa considerou que «a exigência de documento escrito para a denúncia do contrato de trabalho pelo trabalhador não é uma formalidade ad substantiam, mas tão só ad probationem, pelo que, quando feita apenas oralmente, não deixa, por isso, de ser eficaz».

Assim, a exigência de forma prevista artigo 400.º, n.º 1, do Código do Trabalho é um requisito, não da denúncia propriamente dita, mas apenas do aviso prévio, pelo que a denúncia feita oralmente não deixa de ser eficaz, tendo a virtualidade de fazer cessar o contrato de trabalho.

## MARÍTIMO, TRANSPORTE Y LOGÍSTICA\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

#### Viajes combinados. Protección de los consumidores

*Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo (DOUE L 326/2015, de 11 de diciembre)*

La finalidad de esta Directiva es favorecer el funcionamiento del mercado interior, así como elevar y uniformizar el nivel de protección de los consumidores en los distintos Estados miembros en relación con los contratos entre viajeros y empresarios relativos a viajes combinados y a servicios de viajes vinculados, siempre que (i) éstos duren más de 24 horas, y (ii) no se trate de servicios ofrecidos de forma ocasional o sobre la base de un convenio general para la organización de viajes de negocios entre un empresario y una persona física o jurídica.

La posible contratación de viajes combinados a través de internet, así como sus diferentes combinaciones, no incluidos claramente en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/314/CE hace necesaria la adopción de esta nueva norma, que se centra en los requisitos de la información precontractual proporcionada por el empresario, la cual debería estar adaptada a las especiales características de los viajeros, así como en la responsabilidad en los casos de insolvencia del organizador o del minorista.

Los Estados miembros deberán transponer esta Directiva a sus ordenamientos internos antes del 1 de enero de 2018.

#### Aéreo. Seguridad aérea

*Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1998 de la Comisión, de 5 de noviembre de 2015, por el que se establecen medidas detalladas para la aplicación de las normas básicas comunes de seguridad aérea (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 299/2015, de 14 de noviembre de 2015)*

El Reglamento establece medidas dirigidas a desarrollar las normas básicas comunes para proteger a la aviación civil de actos de interferencia ilícita, las cuales se regulan en el Reglamento 300/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo. Estas medidas fueron establecidas por el anterior Reglamento 185/2010 de la Comisión, que queda derogado en aras de una mayor claridad y seguridad jurídica.

\* Esta sección ha sido coordinada por Luz Martínez de Azcoitia, y en su elaboración han participado Tomás Fernández Quirós, Maria João Dias, Sofía Rodríguez Torres, José Sánchez-Fayos, Nicolás Nägele García de Fuentes, Irene Díaz de Aguilar, Laura Peláez, Joana Torres Ereio y Joana Mota del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

Las medidas se recogen en el anexo del Reglamento y se refieren, entre otros aspectos, a controles de acceso a zonas restringidas, métodos de inspección de personas y objetos (entre los que se incluye tanto el equipaje de mano como el de bodega), categorías de artículos prohibidos, registros de seguridad de las aeronaves, controles de seguridad de la carga, correo, provisiones de a bordo y suministros de aeropuerto, métodos de formación de personal y comprobación de equipos de seguridad, tales como arcos detectores de metales o equipos de detección de explosivos.

El Reglamento resulta aplicable desde el 1 de febrero de 2016.

#### **Aéreo. Operaciones aéreas**

*Reglamento (UE) 2015/2338 de la Comisión, de 11 de diciembre de 2015, que modifica el Reglamento (UE) n.º 965/2012 en lo que se refiere a los requisitos relativos a los registradores de vuelo, los dispositivos de localización submarina y los sistemas de seguimiento de aeronaves (DOUE L 330/2015, de 16 de diciembre de 2015)*

El Reglamento modifica el Reglamento 965/2012 con el fin de reflejar mejoras de la seguridad operacional de las aeronaves. Entre estas mejoras se encuentra la prevención del uso inapropiado y de la divulgación de las grabaciones del registrador de voz de la cabina de vuelo (CVR), herramienta de gran importancia en la investigación realizada por la autoridad competente en caso de accidente.

Las mejoras van dirigidas a facilitar la recuperación de la aeronave y de sus registradores de vuelo, así como a mejorar el rendimiento de estos últimos. Las medidas adoptadas incluyen el tratamiento que deben recibir las grabaciones de los registradores de vuelo, el establecimiento de un sistema de seguimiento de aeronaves en relación con aeronaves de una determinada masa máxima certificada de despegue y la prolongación del tiempo de transmisión de los dispositivos de localización submarina.

El Reglamento entró en vigor el 5 de enero de 2016.

#### **Aéreo. Protección medioambiental**

*Reglamento (UE) 2016/5 de la Comisión, de 5 de enero de 2016, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 748/2012 en lo que se refiere a la aplicación de requisitos esenciales de protección medioambiental (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 3/2015, de 6 de enero de 2016)*

Este Reglamento modifica el Anexo I, parte 21 del Reglamento 748/2012, con el objetivo de reflejar los cambios introducidos sobre normas de ruido en los volúmenes I y II del Anexo 16 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Convenio de Chicago), el cual establece los requisitos de protección medioambiental que fueron incorporados en el Reglamento 748/2012.

Entre las nuevas medidas incorporadas por el Reglamento se encuentran la inclusión de un nuevo estándar de ruido para aeronaves de reacción y aeronaves de hélice, así como la aplicación a las aeronaves de rotor basculante de los requisitos sobre niveles de ruido para la emisión de un certificado de tipo.

El Reglamento entró en vigor el 26 de enero de 2016.

#### **Transporte por carretera. Utilización de biocombustibles y regulación de determinadas fuentes de energía renovables**

*Directiva (UE) 2015/1513 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se modifican la Directiva 98/70/CE, relativa a la calidad de la gasolina y el gasóleo, y la Directiva 2009/28/CE, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (DOUE L 239/2015, de 15 de diciembre)*

El objeto de esta Directiva es garantizar un mercado único de los combustibles utilizados para el transporte por carretera, así como fomentar la reducción de las emisiones a través del aumento de la eficiencia energética, el transporte eléctrico y las fuentes de energía renovables.

Las modificaciones que la Directiva 2015/1513 opera sobre la Directiva 98/70/CE y la Directiva 2009/28/CE se centran en la inclusión de disposiciones que regulen el impacto del cambio indirecto del uso de la tierra, ya que los biocombustibles actuales se producen fundamentalmente a partir de cultivos plantados en tierras agrícolas existentes.

Los Estados miembros tienen hasta el 10 de septiembre de 2017 para transponer esta Directiva a sus ordenamientos internos, con la obligación de informar en 2020 a la Comisión de los logros que hayan conseguido en relación con los objetivos que deben fijarse (artículo 3.4 e, Directiva 2009/28/CE).

**Marítimo.  
Trabajadores del Mar**

*Directiva (UE) 2015/1794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015, por la que se modifican las Directivas 2008/94/CE, 2009/38/CE y 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 98/59/CE y 2001/23/CE del Consejo, en lo que se refiere a la gente de mar (DOUE L 263/2015, de 8 de octubre de 2015)*

Esta Directiva tiene por objeto la mejora de las condiciones de trabajo de la gente de mar y su información y consulta. En particular: (i) protege su derecho a participar en comisiones negociadoras o comités de empresa europeos en determinadas circunstancias; (ii) elimina la posibilidad de los Estados miembros de establecer excepciones al marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores, aplicables a las tripulaciones de buques que naveguen en alta mar; (iii) introduce la obligación de notificar los proyectos de despido colectivo al Estado del pabellón; y (iv) mantiene los derechos de los trabajadores cuando se transmita un buque como parte de una transmisión de empresa o centro de actividad. Los Estados miembros están obligados a integrar esta normativa en sus ordenamientos internos antes del 10 de octubre de 2017.

**Marítimo.  
Instalaciones  
portuarias receptoras  
de residuos  
generados por  
buques**

*Directiva 2015/2087/UE de la Comisión, de 18 de noviembre de 2015, por la que se modifica el anexo II de la Directiva 2000/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre instalaciones portuarias receptoras de desechos generados por buques y residuos de carga (DOUE L 302/2015, de 19 de noviembre de 2015)*

Esta Directiva, que los Estados miembros deberán incorporar a sus ordenamientos internos en o antes del 9 de diciembre de 2016, modifica el anexo II de la Directiva 2000/59/CE para adaptarlo a la nueva categorización de las basuras previstas en el anexo V del Convenio MARPOL con el fin de reducir los vertidos en el mar de desechos generados por buques y residuos de carga, tal y como recomienda el dictamen del Comité de Seguridad Marítima y Prevención de la Contaminación por los Buques.

**Marítimo. Transporte  
de pasajeros y sus  
equipajes por mar**

*Instrumento de ratificación del Protocolo de 2002 al Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, 1974, hecho en Londres el 1 de noviembre de 2002 (BOE de 11 de septiembre de 2015)*

A través de este instrumento de ratificación, España manifiesta su consentimiento en obligarse por el Protocolo de 2002 al Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, 1974, hecho en Londres el 1 de noviembre de 2002.

El Gobierno se reserva el derecho a limitar, entre otras cuestiones: (i) las cuantías por responsabilidad con respecto a la muerte o lesiones de un pasajero derivadas de los riesgos previstos en las Directrices de la OMI para la implantación del Convenio de Atenas; (ii) la responsabilidad del transportista ejecutor, así como la de sus empleados y agentes; (iii) el requisito de mantener un seguro u otra garantía financiera con respecto a la muerte y lesiones de pasajeros derivadas de los riesgos indicados en el apartado (i) anterior.

**[España]**

**Marítimo. Inspección  
de buques**

*Real Decreto 706/2015, de 24 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 877/2011, de 24 de junio, sobre reglas y estándares comunes para las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques y para las actividades correspondientes de la Administración marítima (BOE de 11 de agosto de 2015)*

El Real Decreto trata de adaptar la normativa interna a los Códigos y enmiendas a los convenios y protocolos internacionales incluidos en el artículo 2 del Real Decreto 877/2011, de 24

de junio, recientemente adoptados por la Asamblea de la Organización Marítima Internacional (OMI).

En particular, modifica el artículo 2.e) del Real Decreto 877/2011, sobre reglas y estándares comunes para las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques y para las actividades correspondientes de la Administración marítima, para que (i) por «convenios internacionales» se entienda: el Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar de 1 de noviembre de 1974 (SOLAS 74), con excepción del capítulo XI-2 de su anexo, el Convenio internacional sobre líneas de carga de 5 de abril de 1966 y el Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques de 2 de noviembre de 1973 (MARPOL), junto con sus protocolos y enmiendas, y los correspondientes códigos de carácter obligatorio en España, en su versión actualizada; y (ii) por «normas de carácter nacional»: normas de similar contenido a las indicadas en el epígrafe (i), aplicables a los buques y embarcaciones no cubiertos por los convenios internacionales.

**Marítimo.  
Construcción naval  
(ayudas)**

*Orden IET/2679/2015, de 4 de diciembre, por la que se aprueban las normas de aplicación del Fondo de Reestructuración del Sector de la Construcción Naval para ayudas a la investigación, desarrollo e innovación (BOE de 15 de diciembre de 2015)*

Esta Orden, sin perjuicio de las normas generales aplicables al otorgamiento de ayudas y subvenciones estatales y en cumplimiento de lo establecido en el Real Decreto 442/1994, de 11 de marzo, fija los criterios de acceso y procedimiento aplicables a las citadas ayudas, teniendo en cuenta el Reglamento (UE) n.º 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado.

En concreto, la Orden trata de establecer los criterios de acceso a las ayudas basadas en el denominado Fondo de Reestructuración (depositado en Pequeños y Medianos Astilleros, Sociedad de Reconversión, S.A.) dentro de los fines para los que éste ha sido creado, que subvencionará la realización de actuaciones de I+D y actuaciones de innovación, para potenciar la capacidad competitiva del sector de la construcción naval y la diferenciación tecnológica de productos y procesos. El periodo de vigencia de la Orden, a los efectos de la concesión de las ayudas correspondientes, finalizará el 31 de diciembre de 2020.

**Aéreo. Matriculación  
de aeronaves civiles**

*Orden FOM/1687/2015, de 30 de julio, por la que se establecen disposiciones complementarias sobre las marcas de nacionalidad y de matrícula de las aeronaves civiles (BOE de 10 de agosto de 2015)*

La Orden FOM/1687/2015 tiene por objeto completar el régimen aplicable en materia de marcas de nacionalidad y de matrícula de las aeronaves civiles matriculadas en España.

Para ello, la presente Orden regula la clasificación, las características de las marcas de nacionalidad y de la matrícula, y la placa de identificación de las aeronaves civiles matriculadas en España. Además, con el fin de recoger en la misma norma todo lo relacionado con esta materia, incluye la regulación especial sobre marcas y matrículas de las aeronaves históricas o destinadas a acrobacias.

**Transporte  
ferroviario. Ley del  
sector ferroviario**

*Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario (BOE de 30 de septiembre de 2015)*

El pasado 30 de septiembre de 2015 se publicó en el BOE la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario, que entró en vigor al día siguiente de su publicación. Deroga la Ley 39/2003 de 17 de noviembre, norma por la que se regulaba hasta entonces el sector ferroviario en nuestro país.

Esta Ley, compuesta de 114 artículos divididos en siete títulos, y diecisiete disposiciones adicionales, ocho disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, seis disposiciones finales y tres anexos, incorpora a nuestro ordenamiento jurídico las reformas operadas por la Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de noviembre de 2012, por la que se establece un espacio ferroviario europeo único.

**Transporte ferroviario. Seguridad en la red ferroviaria**

*Real Decreto 1006/2015, de 6 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento sobre seguridad en la circulación de la Red Ferroviaria de Interés General, aprobado por el Real Decreto 810/2007, de 22 de junio (BOE de 7 de noviembre de 2015)*

Este Real Decreto se dicta al amparo de la disposición final tercera de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario, que contiene la habilitación reglamentaria para que se adopten las medidas necesarias para su desarrollo. El Real Decreto tiene por objeto incorporar al ordenamiento jurídico español la 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, modificando el régimen previsto en el Real Decreto 810/2007, de 22 de junio.

En particular, modifica, entre otras cuestiones: (i) el anexo I del Reglamento sobre seguridad aprobado por el Real Decreto 810/2007; (ii) la rúbrica del capítulo VII y el artículo 19 del Real Decreto 1434/2010, sobre interoperabilidad del sistema ferroviario de la Red Ferroviaria de Interés General; y (iii) el artículo 134 del Reglamento del Sector Ferroviario aprobado por el Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre.

**Transporte ferroviario. Interoperabilidad de la red ferroviaria de interés general**

*Orden FOM/2437/2015, de 13 de noviembre, por la que se modifican los anexos I, V y VI del Real Decreto 1434/2010, de 5 de noviembre, sobre interoperabilidad del sistema ferroviario de la Red Ferroviaria de interés general (BOE de 19 de noviembre de 2015)*

La presente Orden se dicta al amparo de la disposición final cuarta del Real Decreto 1434/2010, de 5 de noviembre, sobre interoperabilidad del sistema ferroviario de la Red Ferroviaria de Interés General, que incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2008/57/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Comunidad, así como la Directiva 2009/131/CE, de la Comisión, de 16 de octubre de 2009. La Orden modifica: (i) el párrafo segundo del apartado 1.2 del anexo I; y (ii) los anexos V y VI, todos ellos del citado Real Decreto 1434/2010.

**Transporte por carretera. Ley de carreteras**

*Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras (BOE de 30 de septiembre de 2015)*

La Ley 37/2015 tiene por objeto la ordenación y la gestión de la Red de Carreteras del Estado, así como sus correspondientes zonas de dominio público y protección. La Ley actualiza la normativa sobre carreteras, en la que refleja la importancia que debe darse a aquellos aspectos de la gestión orientados a lograr la mayor compatibilidad y coordinación posibles entre la construcción, conservación y explotación de infraestructuras y la gestión y defensa del medio ambiente.

Como novedad, la Ley introduce la obligatoriedad de llevar a cabo evaluaciones de impacto y auditorías específicas en las distintas fases de concepción y ejecución de actuaciones en carreteras. La norma reduce los tipos de carretera y las limitaciones a las propiedades privadas adyacentes a ellas, y además, con el objetivo de promover la competencia en el sector de los carburantes, la Ley limita el grado de concentración de los operadores mayoristas en las concesiones sobre las áreas de servicio.

**Transporte terrestre. Arrendamiento de vehículo con conductor**

*Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, para adaptarlo a la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (BOE de 21 de noviembre de 2015)*

El Real Decreto modifica los artículos 181 y 182 del Reglamento de la LOTT para adaptarlo a la nueva regulación sobre el ejercicio de la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor. En virtud de la Ley 9/2013, esta actividad pasa a encuadrarse dentro de las modalidades de transporte de viajeros en vehículos de turismo y, por tanto, precisará de la autorización correspondiente para su ejercicio. Se establecen limitaciones a la concesión de estas autorizaciones en relación con las condiciones de prestación de los servicios.

Entre las limitaciones introducidas por el Real Decreto se encuentran: (i) la obligación de disponer de una flota de al menos siete vehículos destinados al ejercicio de la actividad de arrendamiento de vehículo con conductor; (ii) el mantenimiento del equilibrio entre esta actividad y la de transporte público de viajeros en vehículos de turismo dentro de un mismo territorio, delimitando ambas actividades; y (iii) la obligación de utilizar habitualmente dichos vehículos para la prestación de servicios que atiendan necesidades relacionadas con la Comunidad Autónoma donde está domiciliada la autorización para el ejercicio de la actividad.

El Real Decreto entró en vigor el 22 de noviembre de 2015.

**Transporte terrestre.  
Arrendamiento de  
vehículo con  
conductor**

*Orden FOM/2799/2015, de 18 de diciembre, por la que se modifica la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, por la que se desarrolla la sección segunda del capítulo IV del título V, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (BOE de 24 de diciembre de 2015)*

En línea con el Real Decreto 1057/2015, la Orden pretende adecuar el contenido de las órdenes ministeriales en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, por lo que se modifica en este sentido la Orden FOM/36/2008.

La Orden desarrolla, entre otros aspectos: (i) algunos de los requisitos para la obtención de las autorizaciones necesarias para el ejercicio de la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor; (ii) la forma de acreditar que se dispone de la flota mínima de vehículos exigida por el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres; y (iii) la supresión de la prohibición de utilización de publicidad y signos distintivos por parte de los vehículos dedicados a la actividad de arrendamiento con conductor.

Esta Orden entró en vigor el 25 de diciembre de 2015.

**[Portugal]**

**Aluguer de veículos  
de passageiros sem  
condutor**

*Decreto-Lei n.º 207/2015, de 24 de setembro*

O presente diploma veio alterar o Decreto-Lei n.º 181/2012, de 6 de agosto, que estabelece o regime de acesso e de exercício da atividade de aluguer de veículos de passageiros sem condutor (*rent-a-car*), visando, em particular, eliminar entraves ao funcionamento das empresas dedicadas a esta atividade e introduzir um maior equilíbrio nas relações entre locador e locatário.

Em particular, este diploma introduziu as seguintes alterações:

(i) passou a permitir a concessão de autorização administrativa provisória (pelo prazo de 9 meses) a quem, cumprindo os demais requisitos de acesso à atividade no momento da apresentação da comunicação prévia ao IMT, I.P., não detenha ainda a propriedade do número mínimo de veículos necessário para o efeito;

(ii) foi eliminada a proibição de cobrança de taxas pelo reabastecimento do veículo pelo locador, passando a ser obrigatório mencionar no contrato, de forma clara, precisa e com caracteres legíveis, que a devolução do veículo com nível de combustível inferior ao que tinha à data do seu levantamento pode implicar a cobrança de tais taxas, a calcular nos termos previstos neste diploma; e

(iii) harmonizaram-se os valores mínimo e máximo da coima aplicável em caso de estacionamento indevido na via pública de veículos afetos à atividade de *rent-a-car* com as regras gerais constantes do Código da Estrada.

Este Decreto-Lei entrou em vigor no dia 29 de setembro de 2015.



## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Unión Europea]

**Ayudas al sector naval: anulación de la Decisión 2014/200/UE de la Comisión relativa al régimen aplicable al Sistema español de arrendamiento fiscal**

*Sentencia del Tribunal General, Sala Séptima, de 17 de diciembre de 2015*

El Tribunal General anula la Decisión 2014/200/UE de la Comisión por medio de la cual se declaraba ilegal el Sistema español de arrendamiento fiscal (SEAF), también conocido como tax lease. En esencia, el Tribunal analiza si era selectiva la ventaja obtenida por los inversores los cuales —a través de la AIE— participaban en las operaciones del SEAF. La alegada selectividad pivotaba sobre las siguientes circunstancias: (i) que sólo disfrutaban de ella las empresas que realizaban un cierto tipo de inversión, y (ii) sobre un procedimiento de autorización previa de la Administración para poder acogerse al régimen de amortización anticipada. El Tribunal afirma que cuando se otorga en idénticas condiciones una ventaja a cualquier empresa que efectúe un cierto tipo de inversión que puede ser realizado por cualquier operador, esa ventaja tiene carácter general con respecto a esos operadores y no constituye una ayuda estatal en beneficio de estos últimos. El régimen de autorización sólo afectaba a las características de los activos financiados y no a las características de los inversores, de tal forma que cualquier inversor privado, sin discriminación, podía realizar el tipo de inversión que representaba la ventaja fiscal.

Como cierre, la sentencia declara que la decisión incurre en defectos insalvables de motivación y en incongruencias en lo que se refiere a la supuesta afectación del sistema al comercio intracomunitario y al falseamiento de la competencia. Por lo anterior, el Tribunal concluye que la Decisión impugnada adolece de diversos errores y de una motivación insuficiente en lo que respecta a la calificación de ayuda estatal en el sentido del artículo 107 TFUE, por lo que procede anular dicha Decisión en su totalidad.

**Gran retraso en un vuelo y derecho de compensación de los pasajeros: concepto de circunstancias extraordinarias**

*Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Novena, de 17 de septiembre de 2015*

El Tribunal como resultado de una cuestión prejudicial interpreta el concepto de «circunstancias extraordinarias» al que se refiere el artículo 5, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. El Tribunal entiende que un problema técnico (en el presente caso, la existencia de piezas defectuosas en el avión que acarrea la necesidad de traer otras desde otro aeropuerto, con el consecuente retraso en la salida del vuelo) que sobrevino de manera imprevista, no es imputable a un mantenimiento deficiente y que tampoco fue descubierto con ocasión de un mantenimiento regular. En definitiva, el Tribunal afirma que no encaja en el concepto de «circunstancias extraordinarias» en el sentido expuesto en la mencionada disposición.

### [España]

**Contrato de transporte terrestre de mercancías por carretera. Régimen de responsabilidad del porteador**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2015*

La limitación de responsabilidad de los porteadores que establece el art. 57 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, relativa al contrato de transporte terrestre de mercancías (LCCTM) no es de aplicación cuando la conducta de aquéllos infringe el deber jurídico que produce los daños, los cuales, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción (art. 62 LCCTM). El Tribunal aprecia la concurrencia del dolo eventual que permite superar el límite previsto en el art. 57 LCCTM debido a que los porteadores obraron negligentemente al no observar las señales que figuraban en los bultos (entre ellas, la de «frágil» mediante el signo universal en el mundo del transporte («una copa rota puesta de pie»)).

**Contrato de transporte terrestre de mercancías por carretera. Responsabilidad del transportista en el robo de la mercancía**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de julio de 2015*

En este caso, la actora (aseguradora) ejerció una acción de reclamación de cantidad contra el último transitario que intervino en el curso del transporte cuando se produjo el robo de parte de la mercancía. Así, se trata de ver si puede aplicarse la excepción respecto de los límites fijados en el artículo 62 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, relativa al contrato de transporte terrestre de mercancías para la indemnización que debe abonar el transportista en caso de daños y perjuicios ocasionados en la mercancía. Citada excepción a los límites opera cuando haya habido una actuación dolosa o con una infracción consciente y voluntaria del deber jurídico que produzca daños que, sin ser directamente queridos por el porteador, sean consecuencia necesaria de la acción.

En el caso de autos, el Tribunal considera que el aparcamiento del camión en una gasolinera sin vigilancia, accesible a cualquier persona y sin la debida protección de la mercancía supone una actuación dolosa por parte del porteador y que, por tanto, no cabe limitar la cantidad que debe abonar el transportista en concepto de indemnización.

**No inclusión de la piratería con carácter general como riesgo cubierto por el seguro**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 15 de septiembre de 2015*

En este caso, los actores reclaman la cobertura del seguro ante la sustracción, por medio de la fuerza, de diversos objetos del interior de una embarcación de la que son dueños. Así, los actores defienden que, si bien el robo de los accesorios no se encuentra cubierto por el seguro de citada embarcación, sí lo estaba la piratería y, considerando su condición de consumidores, la ambigüedad de la cláusula opera a su favor en el sentido de entender cubierto este riesgo.

Sin embargo, la Audiencia Provincial considera, al igual que el Juzgado de Primera Instancia que el concepto de piratería tiene un significado propio tanto a nivel internacional (artículo 101 de la Convención Internacional sobre derecho del mar), como a nivel nacional (artículo 616 ter del Código Penal) y que, por tanto, no se permite su equiparación con la mera sustracción ilegítima que sí estaría cubierta por el seguro marítimo que nos ocupa.

## MEDIO AMBIENTE\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

**Legislación europea  
Limitación de las  
emisiones a la  
atmósfera de  
determinados agentes  
contaminantes  
procedentes de las  
instalaciones de  
combustión medianas**

*Directiva 2015/2193 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre la limitación de las emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de las instalaciones de combustión medianas (DOUE L 313/2015, publicado el 28 de noviembre)*

La Directiva 2015/2193 establece normas en materia de emisiones atmosféricas de dióxido de azufre (SO<sub>2</sub>), óxidos de nitrógeno (NO<sub>x</sub>) y partículas procedentes de instalaciones de combustión medianas, entendiéndose por tales aquellas con una potencia térmica nominal superior o igual a 1 MW e inferior a 50 MW, con independencia del tipo de combustible que utilicen. La Directiva también es de aplicación a combinaciones de nuevas instalaciones de combustión medianas, incluso cuando su potencia térmica nominal sea igual o superior a 50 MW.

#### [España]

**Plan Estatal Marco de  
Gestión de Residuos  
(PEMAR)**

*Resolución de 16 de noviembre de 2015, de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental y Medio Natural, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de noviembre de 2015, por el que se aprueba el Plan Estatal Marco de Gestión de Residuos (PEMAR) 2016-2022 (BOE de 12 de diciembre de 2015)*

El Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de noviembre de 2015 aprobó el Plan Estatal Marco de Gestión de Residuos («PEMAR») para 2016-2022. Este nuevo plan sustituye al Plan Nacional Integrado de Residuos para 2008-2015 e incluye las obligaciones impuestas por la Directiva 2008/98/CE en materia de planificación de residuos.

El PEMAR pretende ser el instrumento para orientar la política de residuos en España, impulsando las medidas necesarias para mejorar las deficiencias detectadas y para asegurar la consecución de los objetivos marcados por la legislación nacional en materia de residuos. Según el texto del PEMAR, su finalidad última es la de convertir a España en una sociedad eficiente en el uso de los recursos, que avance hacia una economía circular. En definitiva, trata de sustituir una economía lineal, basada en producir, consumir y tirar, por una economía circular en la que se reincorporen al proceso productivo, una y otra vez, los materiales que contienen los residuos como nuevos productos o materias primas.

Estos planteamientos se materializan a través de la aplicación del principio de jerarquía de residuos, según el cual la prevención debe ser la prioridad principal en relación con la política de residuos, seguida en este orden por la preparación para la reutilización, el reciclado y otras formas de valorización, incluida la valorización energética. El PEMAR considera que el depósito en vertedero es la última opción para gestionar los residuos, y que, como tal, debe reducirse su uso para todos los flujos de residuos.

Finalmente, el PEMAR dedica quince de sus capítulos a flujos de residuos con normativa específica: residuos domésticos y comerciales, residuos de envases, residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, vehículos al final de su vida útil, neumáticos al final de su vida útil, aceites usados, pilas y baterías, residuos de construcción y demolición, lodos de depuración de aguas residuales, PCB's y PCT's, residuos agrarios, residuos de industrias extractivas, residuos industriales, buques y embarcaciones al final de su vida útil y residuos sanitarios.

\* Esta sección ha sido coordinada por Daniel Vázquez García, y en su elaboración han participado Jesús Andrés Sedano Lorenzo, Bárbara Fernández Cobo y Francisco Arróspide Baselga, del Grupo de Práctica de Derecho Público y Medio Ambiente de Uría Menéndez (Madrid).

**Patrimonio Natural y de la Biodiversidad** *Ley 33/2015, de 21 de septiembre, por la que se modifica la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad (BOE de 22 de septiembre de 2015)*

Las modificaciones introducidas en la Ley del patrimonio natural y de la biodiversidad tienen un triple objeto:

Por un lado, precisar las competencias que corresponden a la Administración General del Estado en lo relativo a la gestión del medio marino. En este sentido, como regla general, las funciones derivadas del artículo 149.1 23.<sup>ª</sup> de la CE han de ser ejercidas por las comunidades autónomas en el ámbito terrestre y por la Administración General del Estado en el ámbito marino. No obstante, se incluye una excepción en materia de espacios ambientalmente protegidos, siguiendo lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 87/2013, de 11 de abril.

Por otro lado, simplificar y agilizar los instrumentos para el conocimiento y planificación del patrimonio natural y de la biodiversidad, tales como el Inventario Español del Patrimonio Natural y la Biodiversidad y el Plan Estratégico Estatal del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

Y, finalmente, mejorar la gestión de los espacios protegidos y, en particular, de los incluidos en la Red Natura 2000. Para ello, se establecen, entre otras medidas: (a) la posibilidad de que las obras necesarias para la conservación y restauración de los espacios protegidos, para la conservación de especies amenazadas o para la conservación de hábitats en peligro de desaparición, sean declaradas obras de interés general del Estado; (b) el fomento de las actividades económicas compatibles con la conservación de los espacios naturales protegidos que contribuyan al bienestar de las poblaciones locales y a la creación de empleo; y (c) la incorporación de la información ambiental en el Registro de la Propiedad y al Catastro. Además, se prevé que el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente disponga de un servicio actualizado de mapas en línea, que permita identificar y delimitar los ámbitos espaciales protegidos, así como la importación de sus datos para ser contrastados con las fincas registrales en la aplicación gráfica del sistema informático registral único.

**Islas Baleares. Medidas urgentes en materia urbanística** *Decreto ley 1/2016, de 12 de enero, de medidas urgentes en materia urbanística (BOIB de 13 de enero de 2016)*

Diversas leyes baleares introdujeron procedimientos de carácter extraordinario y transitorio que operan de acuerdo con procedimientos singulares respecto de los previstos en la normativa ordinaria de disciplina urbanística. Se trata de la Ley 2/2014 de ordenación y uso del suelo, la Ley 7/2012 de medidas urgentes para la ordenación urbanística sostenible, la Ley 12/2014 agraria de las Islas Baleares, la Ley 6/1999 de directrices de ordenación territorial y de medidas tributarias, la Ley 6/1997 del suelo rústico de las Islas Baleares y la Ley 8/2012 del turismo en las Islas Baleares.

El objeto de este Decreto ley es eliminar dichos procedimientos extraordinarios y singulares mediante la modificación legal de las normas antes enumeradas o la suspensión de su vigencia hasta que sean revisadas, fijando para ello el plazo máximo del 31 de diciembre de 2017.

**Comunidad de Madrid. Protección de la Naturaleza** *Ley 3/2015, de 18 de diciembre, de modificación de la Ley 16/1995, de 4 de mayo, Forestal y de protección de la naturaleza de la Comunidad de Madrid (BOCM de 28 de diciembre de 2015)*

La Ley 3/2015 modifica la Ley 16/1995, forestal y de protección de la naturaleza de la Comunidad de Madrid, con la intención de adecuarla a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de octubre de 2015 (RTC 2015\214). En esta sentencia, se declaraba inconstitucional la exigencia de autorización judicial para el acceso a los montes o terrenos forestales de propiedad privada a los agentes forestales cuando éstos actuaban en el cumplimiento de sus funciones de vigilancia e inspección. Por tanto, la Ley 3/2015 establece como única limitación al acceso a montes o terrenos forestales de propiedad privada el respeto a la inviolabilidad del domicilio.

**Castilla y León. Ley de Prevención Ambiental** *Decreto legislativo 1/2015, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención ambiental de Castilla y León (BOCYL de 13 de noviembre de 2015)*

En la disposición final cuarta de la Ley 8/2014 se autorizaba a la Junta de Castilla y León para elaborar y aprobar, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la citada ley, un

texto refundido de la Ley de prevención ambiental de Castilla y León. En virtud de la referida delegación se aprueba el presente texto refundido, que tiene por objeto la prevención y el control integrados de la contaminación en el ámbito territorial de la Comunidad de Castilla y León, estableciendo para ello los correspondientes sistemas de intervención administrativa.

El texto refundido aprobado ordena sistemáticamente los preceptos, homogeniza la terminología, actualiza las remisiones legales y aclara determinados preceptos de difícil comprensión por su excesiva extensión.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### Interpretación del concepto de «funcionamiento clandestino» del artículo 326.a) del Código Penal

#### *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 13 de octubre de 2015*

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 4 de diciembre de 2014 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid en causa seguida por un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente del artículo 325.1 del CP por la gestión de residuos peligrosos (frigoríficos) sin la preceptiva autorización, produciendo con ello emisiones a la atmósfera.

La Sala considera que ha de aplicarse un criterio restrictivo del subtipo agravado del artículo 326.a) del CP, que determina la imposición de la pena superior en grado cuando la industria o actividad funcione clandestinamente sin haber obtenido autorización o la aprobación administrativa de sus instalaciones.

La Sala entiende que la clandestinidad del artículo 326.a) del CP implica situarse en condiciones de sustraerse al control administrativo, en opacidad o blindaje frente al adecuado control de la administración. Recuerda la doctrina jurisprudencial que establece que reputar que funciona clandestinamente una industria o actividad que actúa en el tráfico ordinario disponiendo de la pertinente licencia de apertura de sus instalaciones y que mantiene relaciones fluidas con la administración por el hecho de carecer de una licencia específica es llevar la interpretación de la expresión «*funcionamiento clandestino*» más allá del sentido natural de las palabras y más allá del contenido propio del tipo.

La Sala concluye que únicamente procede la aplicación del subtipo agravado de clandestinidad en los supuestos de falta de licencia para la explotación en sí misma y no de la actividad que constituye el vertido o emisión contaminante. De otro modo, podría llegarse a vulnerar el principio «*non bis in idem*» al aplicar la agravante de clandestinidad por los mismos hechos que determinan la concurrencia del elemento normativo del delito ambiental del artículo 325 del CP.

De este modo la Sala, con cita de pronunciamientos anteriores, señala que la concurrencia de la clandestinidad no debe confundirse con la plena regularidad administrativa o cumplimiento de todos los requisitos exigidos gubernativamente para el funcionamiento de una industria o actividad, pues ello sería contrario a las razones de la agravación, que se basan en la existencia de un mayor peligro para el medio ambiente al suprimir o dificultar seriamente las posibilidades de control de la Administración sobre la actividad, lo que es coherente con las graves consecuencias penales anudadas a la agravación.

### Al contrario de lo que sucede con el recurso de alzada, la interposición de un recurso de reposición no interrumpe el plazo de prescripción de una sanción

#### *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 1 de octubre de 2015*

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid resuelve un recurso interpuesto contra una Orden autonómica desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la sanción impuesta a una sociedad por el incumplimiento de las obligaciones de su autorización para la gestión de residuos peligrosos.

La Sala, considerando que el recurso de reposición se resolvió de manera expresa casi once años después de su formulación, declara que la Administración no podía reactivar la posibilidad

de ejercicio de sus facultades de autotutela porque el derecho para proceder de esta manera ha de considerarse prescrito por el transcurso del plazo legalmente establecido.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid rechaza así la aplicación al caso de la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual, al interponer recurso de alzada contra una resolución sancionadora, el transcurso del plazo de tres meses para la resolución no supone que la sanción gane firmeza ni que se convierta en ejecutiva, no iniciándose por tanto el cómputo de prescripción de la sanción.

En este sentido es fundamental la distinción entre el recurso de alzada y de reposición. Entiende la Sala que la doctrina jurisprudencial es aplicable solo al recurso de alzada por referirse este a resoluciones sancionadoras que no han agotado la vía administrativa. En el caso del recurso de reposición, en cambio, las sanciones son inmediatamente ejecutivas y ponen fin a la vía administrativa desde su notificación, lo que conduce a la aplicación del instituto de la prescripción conforme al artículo 132.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

**La modificación sustancial del plan estratégico de residuos obliga a nuevo sometimiento al trámite de información pública**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de julio de 2015*

El Tribunal Superior de Justicia de Asturias estima la impugnación de dos asociaciones ecologistas contra la aprobación del Plan de Residuos del Principado de Asturias 2014-2024 mediante acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de 12 de marzo de 2014.

La Sala considera que, pese a haberse sometido la versión preliminar del plan al trámite de información pública, se vició de nulidad el procedimiento al no haberse repetido el mismo trámite cuando se sustituyó la idea inicial de ampliar el vertedero existente y ampliar la planta de clasificación, por la construcción de una planta incineradora de residuos. Entiende la Sala que la decisión de optar por la incineración de residuos fue sustraída indebidamente del trámite de participación ciudadana pese a constituir una modificación esencial del plan inicialmente publicado.

Además, la Sala entiende que la no inclusión en la modificación del plan de la planta de clasificación es contraria a la jerarquía de residuos por destinar los residuos domésticos a la incineración sin previa clasificación para su reciclaje.

En consecuencia, la Sala obliga a retrotraer las actuaciones al trámite de información pública para que se puedan presentar alegaciones respecto de la versión del plan que incluya la opción por la construcción de la planta incineradora, debiéndose posteriormente continuar con la tramitación normal del plan, estudiando y dando respuesta a todas las alegaciones que se presenten.

**Se declara la inconstitucionalidad de determinadas disposiciones introducidas por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas**

*Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 5 de noviembre de 2015 (Recurso de inconstitucionalidad núm. 5012/2013)*

El Pleno del Tribunal Constitucional estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 2/2013, de 29 de mayo de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas («Ley 2/2013» y «Ley de Costas», respectivamente).

En primer lugar, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad del artículo 1.39 de la Ley 2/2013 en la medida en que añade un nuevo apartado quinto en la disposición transitoria primera de la Ley de Costas. Conforme a este nuevo apartado quinto, se excluyen del dominio público marítimo-terrestre (aun cuando sean naturalmente inundables) los terrenos ubicados en la zona marítimo-terrestre o la playa que hubieran sido inundados artificial y controladamente como consecuencia de obras o instalaciones realizadas al efecto y estuvieran destinados a actividades de cultivo marino o a salinas marítimas.

Entiende el Tribunal Constitucional que tal disposición vulnera el artículo 132.2 CE, pues, si bien el legislador dispone de margen de configuración para decidir acerca del régimen jurídico de los terrenos que hubieran sido inundados mediante técnicas artificiales y controladas no perte-

neciendo a la ribera del mar, resulta constitucionalmente inadmisibile excluir porciones del dominio público natural en atención a su transformación artificial y al tipo de explotación. La naturaleza demanial de estos bienes no es disponible para el legislador puesto que está determinada directamente por el artículo 132.2 CE.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional la disposición adicional cuarta de la Ley 2/2013, relativa al deslinde de la isla de Formentera, por consagrar un exorbitante privilegio proscrito por el artículo 132.2 CE. El Tribunal Constitucional entiende que dicha disposición es una determinación singular del dominio público marítimo terrestre que delimita la zona marítimo-terrestre y las playas con criterios diferentes a los recogidos en el artículo 3.1 a) y b) de la Ley de Costas sin justificación racional. Añade que los elementos abstractos definitorios de la zona marítimo-terrestre o las playas han de ser los mismos en el conjunto del territorio, peninsular o insular, pues la libertad de configuración del legislador tiene como uno de sus límites la concepción unitaria e indivisible de las categorías genéricas de los bienes que conforman el demanio natural.

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional declara asimismo inconstitucional la disposición adicional novena de Ley 2/2013, que regula la garantía de funcionamiento temporal de determinadas instalaciones de depuración que deben ser reubicadas en cumplimiento de sentencias firmes. Considera que se vulneran la potestad de los jueces y Tribunales para hacer ejecutar lo juzgado y el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes al supeditar el inicio de las actuaciones tendentes al cumplimiento de las sentencias firmes a que las circunstancias económicas lo permitan, a criterios de sostenibilidad y a la garantía del cumplimiento de otras inversiones conexas, lo que en la práctica desplaza la decisión sobre el cumplimiento de sentencias firmes a la administración y supone obstaculizar de forma indebida y desproporcionada el cumplimiento de los fallos judiciales.

Por último, el Tribunal Constitucional declara que la disposición adicional séptima y el Anexo de la Ley 2/2013 no son inconstitucionales siempre que se interpreten conforme a la CE. En este sentido, el Tribunal Constitucional indica que la exclusión del dominio público marítimo-terrestre de los terrenos correspondientes a los núcleos de población que se enumeran en el Anexo ha de interpretarse en el sentido de entender que sus consecuencias jurídicas no se extienden a la regulación del completo el régimen jurídico derivado del hecho de que esos núcleos de población han perdido las características naturales que determinaron su inclusión en el dominio público marítimo-terrestre en virtud de deslindes anteriores, sino que, por el contrario, ha de entenderse que la virtualidad de dicha disposición radica en la identificación, *ope legis*, de unos terrenos que notoriamente han perdido por obra de la acción del hombre las características de dominio público natural. De este modo, la enumeración no implica la efectividad inmediata de la exclusión del dominio público marítimo terrestre, sino que constituye solamente el presupuesto para la iniciación del expediente que en su caso determine su desafectación si efectivamente se comprueba que, además de haber perdido sus características naturales, ya no son tampoco necesarios para la protección o utilización del dominio público.

## MERCANTIL\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

— *Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, mediante la cual se establecen las normas con arreglo a las cuales los estados miembros distinguirán entre las categorías existentes de proveedores de servicios de pago, los requisitos de transparencia y requisitos de información para los servicios de pago, y los derechos y obligaciones respectivos de los usuarios de servicios de pago y de los proveedores de servicios de pago en relación con la prestación de dichos servicios con carácter de profesión u ocupación habitual (DOUE de 23 de diciembre de 2015)*

#### [España]

##### Mercado de Valores

— *Real Decreto 878/2015, de 2 de octubre, sobre compensación, liquidación y registro de valores negociables representados mediante anotaciones en cuenta, sobre el régimen jurídico de los depositarios centrales de valores y de las entidades de contrapartida central y sobre requisitos de transparencia de los emisores de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial (BOE de 3 de octubre de 2015)*

Tiene por objeto desarrollar la Ley 24/1988 del Mercado de Valores en lo que se refiere a la representación de valores por medio de anotaciones en cuenta, a la compensación, liquidación y registro de valores, al régimen jurídico de las entidades de contrapartida central y de los depositarios centrales de valores y a las obligaciones de transparencia de los emisores cuyos valores están admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. Se eliminan las denominadas «referencias de registro» que hasta ahora instrumentaban la compraventa de acciones. Además, se adapta el sistema español al Reglamento europeo de depositarios centrales de valores, lo cual supondrá la liquidación de las operaciones en dos días hábiles desde la contratación. La norma permitirá la integración de España en infraestructuras paneuropeas de postcontratación, como el llamado sistema Target2-Securities. Asimismo, incorpora al ordenamiento jurídico español los cambios normativos que requiere la Directiva comunitaria de transparencia sobre emisores de valores negociados en mercados regulados.

— *Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (BOE de 24 de octubre de 2015)*

Se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores con el objetivo de facilitar una trasposición más ágil de la nueva normativa europea MIFID (Directiva de Mercados e Instrumentos Financieros) y de abuso de mercado. Al tratarse de un texto refundido no hay cambios normativos. La complejidad del marco legislativo regulador del mercado de valores y las numerosas modificaciones que ha experimentado la Ley 24/1988 del Mercado de Valores en los últimos años justifican la elaboración de un texto refundido. Se persigue con ello facilitar el conocimiento, la aplicación e interpretación de la normativa reguladora de los mercados de valores por los operadores jurídicos y económicos, fomentar la claridad y reducir las cargas derivadas de la dispersión normativa y complejidad del marco legislativo. Una vez realizado este trabajo de refundición, a lo largo del año 2016 deberá llevarse a cabo la incorporación al Derecho nacional de la nueva normativa MIFID y de abuso de mercado, puesto que la fecha límite para la transposición de esta normativa europea es el 3 de julio de 2016.

\* Esta sección ha sido elaborada por Javier Tortuero, Clara Muñoz, Leonor de Osma, Cristina Pinedo, Joana Torres Ereio y Joana Mota, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa)



— *Circular 4/2015, de 28 de octubre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se modifican la Circular 7/2008, de 26 de noviembre, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las Empresas de Servicios de Inversión, Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva y Sociedades Gestoras de Entidades de Capital-Riesgo, y la Circular 11/2008, de 30 de diciembre, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las Entidades de Capital-Riesgo (BOE de 17 de noviembre de 2015)*

Actualiza la información recabada mediante los estados reservados establecidos en la Circular 7/2008 sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las empresas de servicios de inversión, sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo, y en la Circular 11/2008 sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las entidades de capital-riesgo a las modificaciones introducidas por la Ley 22/2014. Además, se incorporan las novedades introducidas por el Reglamento de instituciones de inversión colectiva y que afectan a las SGIIIC.

— *Circular 5/2015, de 28 de octubre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se modifica la Circular 1/2008, de 30 de enero, sobre información periódica de los emisores con valores admitidos a negociación en mercados regulados relativa a los informes financieros semestrales, las declaraciones de gestión intermedias y, en su caso, los informes financieros trimestrales (BOE de 19 de noviembre de 2015)*

Recoge las nuevas exigencias de información que se derivan de las modificaciones introducidas en la Ley 24/1988 del Mercado de Valores por la disposición final primera de la Ley 11/2015 de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. En concreto, establece la ampliación a tres meses del plazo de presentación del informe semestral relativo a los seis primeros meses del ejercicio y la supresión de la obligación de publicar y difundir información sobre las nuevas emisiones de deuda. La finalidad de la modificación es adaptar el contenido de la información financiera pública a los criterios de elaboración, terminología, definiciones y formatos, de los estados conocidos como FINREP en la normativa de la Unión Europea. Además, teniendo en cuenta la situación del sector bancario europeo, con nuevas exigencias regulatorias, se incluyen algunos desgloses adicionales relativos a la solvencia, la calidad crediticia de la cartera de préstamos y partidas a cobrar, las operaciones refinanciadas o reestructuradas y la exposición inmobiliaria con el objetivo de proporcionar mayor transparencia e información a los inversores.

*Circular 7/2015, de 22 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se modifica la Circular 5/2013, de 12 de junio, que establece los modelos de informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores, y la Circular 4/2013, de 12 de junio, que establece los modelos de informe anual de remuneraciones de los consejeros de sociedades anónimas cotizadas y de los miembros del consejo de administración y de la comisión de control de las cajas de ahorros que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores (BOE de 30 de diciembre de 2015)*

Su finalidad es adecuar el contenido de la Circular 5/2013 y de la Circular 4/2013 a la Ley 31/2014 por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, y al Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, aprobado por el Consejo de la CNMV el 18 de febrero de 2015.

## Bancario

— *Circular 5/2015, de 30 de septiembre, del Banco de España, por la que se desarrollan las especificidades contables de la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S. A. (BOE de 2 de octubre de 2015)*

Constituye el desarrollo de la habilitación otorgada al Banco de España en el apartado 10 de la disposición adicional séptima de la Ley 9/2012 de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito, por la que la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración

Bancaria, SA (Sareb) deberá cumplir las obligaciones generales de formulación de cuentas anuales en los términos previstos en el Código de Comercio y la Ley de Sociedades de Capital, para asegurar la coherencia de los principios contables que le sean de aplicación con el mandato y los objetivos generales de la sociedad establecidos por la legislación que le resulte aplicable. Estas especificidades están relacionadas con el registro contable inicial de los activos transferidos a la Sareb, la determinación de los valores actualizados de los activos y sus correcciones valorativas, así como la consideración de los ingresos generados como consecuencia del proceso de gestión y liquidación ordenada de los activos como «importe neto de la cifra de negocios».

— *Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, del Banco de España, a las cajas de ahorros y fundaciones bancarias, sobre determinados aspectos de los informes de remuneraciones y gobierno corporativo de las cajas de ahorros que no emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores y sobre las obligaciones de las fundaciones bancarias derivadas de sus participaciones en entidades de crédito (BOE de 20 de noviembre de 2015)*

Cumple con los siguientes mandatos recibidos por el Banco de España: (i) la adaptación, para las cajas de ahorros que no emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores, de los modelos e impresos establecidos en las Circulares de la CNMV 4/2013 que establece los modelos de informe anual de remuneraciones de los consejeros de sociedades anónimas cotizadas y de los miembros del consejo de administración y de la comisión de control de las cajas de ahorros que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores, y 5/2013 que establece los modelos de informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores, (ii) la determinación del contenido mínimo y otros aspectos relacionados con las obligaciones derivadas de la elaboración del protocolo de gestión y del plan financiero y (iii) la determinación de la reducción de valor que se aplicará a los activos en los que debe mantenerse invertido el fondo de reserva en función de la liquidez y de la pérdida de valor estimada que se pudiera producir en el momento de la venta o permuta.

— *Real Decreto 877/2015, de 2 de octubre, de desarrollo de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, por el que se regula el fondo de reserva que deben constituir determinadas fundaciones bancarias; se modifica el Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio; y se modifica el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE de 3 de octubre de 2015)*

Desarrolla la Ley 26/2013 de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias por la que se regula el fondo de reserva que deben constituir estas fundaciones y completa los cambios legislativos derivados del cumplimiento del MoU de asistencia financiera para la recapitalización de las entidades de crédito en España. Son fundaciones bancarias aquellas que mantienen un 10 % del capital o de los derechos de voto de una entidad de crédito, o que puedan nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración. Deberán dotar un fondo de reserva aquellas fundaciones que tengan una participación igual o superior al 50 % en una entidad de crédito o bien tengan el control de la misma, con un plazo de cinco años para constituirlo. Se establece como mínimo en el 0,6 % de los activos ponderados por riesgo. Se deberá constituir en la fundación bancaria y formar parte de su balance, aunque excepcionalmente, y cuando se cumplan ciertos requisitos, se puede constituir en una entidad tenedora. Delimita, por otra parte, el concepto de entidad de interés público. Este tipo de entidades son las que están sometidas a un régimen más estricto de auditoría. Con esta definición entrarían, entre otras, además de las entidades de crédito, sociedades cotizadas y aseguradoras, las fundaciones bancarias, los fondos de pensiones e instituciones de inversión colectiva a partir de determinados umbrales de partícipes y socios, así como entidades que tengan un volumen de negocio superior a 2.000 millones de euros y más de 4.000 empleados. Por último, y en lo que se refiere a las instituciones de inversión colectiva, flexibiliza el actual coeficiente de liquidez obligatorio del 3 % que deben cumplir estos instrumentos financieros.

— *Orden ECC/2316/2015 del Ministerio de Economía y Competitividad, de 4 de noviembre de 2015, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros (BOE de 5 de noviembre de 2015)*

Tiene por objeto garantizar un adecuado nivel de protección al cliente o potencial cliente de productos financieros mediante el establecimiento de un sistema normalizado de información y clasificación que le advierta sobre su nivel de riesgo y le permita elegir los productos que mejor se adecuen a sus necesidades y preferencias de ahorro e inversión.

— *Real Decreto 1012/2015, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por el que se modifica el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito (BOE de 7 de noviembre de 2015)*

Tiene como objeto desarrollar lo dispuesto en la Ley 11/2015, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. En él se abordan los aspectos de procedimiento y contenido en la fase previa a la resolución de una entidad financiera para permitir una intervención temprana que la evite y los protocolos de actuación en el caso de que se llegue a la resolución. Se desarrolla también el funcionamiento del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) como Autoridad Nacional de Resolución y las contribuciones de las entidades al Fondo de Resolución Nacional y al Fondo de Garantía de Depósitos.

— *Real Decreto 1021/2015, de 13 de noviembre, por el que se establece la obligación de identificar la residencia fiscal de las personas que ostenten la titularidad o el control de determinadas cuentas financieras y de informar acerca de las mismas en el ámbito de la asistencia mutua (BOE de 17 de noviembre de 2015)*

Regula las obligaciones de las instituciones financieras de identificar la residencia de las personas que ostenten la titularidad o el control de determinadas cuentas financieras y de informar con arreglo a la Directiva 2011/16/UE modificada por la Directiva 2014/107/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad y al acuerdo multilateral entre autoridades competentes sobre intercambio automático de información de cuentas financieras, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 bis y en la disposición adicional vigésima segunda, ambos de la Ley 58/2003, General Tributaria.

## Societario

— *Orden JUS/1840/2015 del Ministerio de Justicia, de 9 de septiembre, por la que se aprueba el modelo de escritura pública en formato estandarizado y con campos codificados para la constitución de las sociedades de responsabilidad limitada, mediante el documento único electrónico (DUE) y el sistema de tramitación telemática del Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE), así como el listado de actividades económicas que pueden constituir su objeto social (BOE de 12 de septiembre de 2015)*

Deroga la Orden JUS/3185/2010, por la que se aprueban los estatutos tipo de las sociedades de responsabilidad limitada.

— *Real Decreto 867/2015, de 2 de octubre, por el que se regulan las especificaciones y condiciones para el empleo del Documento Único Electrónico para el cese de actividad y extinción de las sociedades de responsabilidad limitada y el cese de actividad de las empresas individuales (BOE de 16 de octubre de 2015)*

Regula el documento único electrónico con el fin de llevar a cabo, de manera integrada y por vía electrónica, los trámites necesarios para el cese de actividad y extinción de las sociedades de responsabilidad limitada y para el cese de la actividad de las empresas cuyos titulares sean personas físicas, incluidas las de titularidad de emprendedores de responsabilidad limitada a que se refiere el Capítulo II de la Ley 14/2013 de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización.

**Otras materias**

— *Real Decreto 949/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones (BOE de 24 de octubre de 2015)*

Se persigue facilitar a los ciudadanos el cumplimiento de sus obligaciones formales en relación con la creación y funcionamiento de las entidades asociativas, configurar al registro como un servicio público transparente, ágil y tecnológicamente avanzado, favorecer la accesibilidad a información registral completa y de calidad, y adoptar una estructura más lógica, abordando, en primer lugar, la configuración del registro, su organización y funcionamiento y, a continuación, las distintas formas de practicar las inscripciones. El Reglamento recoge por primera vez los conceptos de federación, confederación y unión: entidades asociativas de segundo grado que solo pueden estar promovidas por personas jurídicas de naturaleza asociativa e inscritas en el correspondiente registro de asociaciones. Además, se potencia el fichero de denominaciones, cuyo objeto es dar a conocer las entidades inscritas en los registros de asociaciones, a fin de evitar la duplicidad o semejanza de nombres.

— *Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, que desarrolla la regulación de la actividad aseguradora y reaseguradora privada efectuada por la Ley 20/2015 de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras y completa la transposición al ordenamiento jurídico nacional de la Directiva 2009/138/CE sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Directiva Solvencia II) (BOE de 2 de diciembre de 2015)*

**[Portugal]****Estrutura de missão para a capitalização de empresas**

*Resolução do Conselho de Ministros n.º 100/2015, de 23 de dezembro*

Face à constatação de que o modelo de financiamento das empresas portuguesas, sobretudo as PME, apresenta desequilíbrios significativos de sobre-endividamento, sendo maioritariamente bancário, esta Resolução determinou a criação de um fundo de capitalização de apoio ao investimento empresarial, que será financiado por fundos europeus, podendo ainda captar recursos do Estado, instituições financeiras e investidores estrangeiros.

Pretende-se igualmente reforçar o papel do mercado de capitais no financiamento das PME, criar mecanismos que facilitem a conversão da dívida em capital ou de redução da dívida em empresas consideradas viáveis e conferir prioridade a instrumentos de «quase capital», «equity crowdfunding» e financiamento «peer2peer».

Finalmente, a nível fiscal, pretende-se reforçar e garantir maior articulação dos apoios ao investimento e ao financiamento das empresas. Será ainda lançado o «Programa Semente» para fomentar o empreendedorismo e a criação de *startups*, que estabelecerá um conjunto de benefícios fiscais para quem queira investir em *startups* ou que se encontrem nos primeiros anos de arranque.

**Novo Regulamento sobre a marca comunitária**

*Regulamento 2015/2424 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de dezembro de 2015 que altera o Regulamento (CE) 207/2009 do Conselho sobre a marca comunitária e o Regulamento (CE) 2868/95 da Comissão relativo à execução do Regulamento (CE) 40/94 do Conselho sobre a marca comunitária, e que revoga o Regulamento (CE) 2869/95 da Comissão relativo às taxas a pagar ao Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (JOUE L 341, de 24 de dezembro de 2015)*

Foi publicado no dia 24 de dezembro de 2015 o Regulamento (UE) n.º 2015/2424, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2015, que altera o Regulamento (CE) n.º 207/2009 sobre a marca comunitária.

Entre as inovações introduzidas pelo novo Regulamento destacam-se a nova designação da marca comunitária, que passará a chamar-se Marca da UE («EU Trademark»); a alteração da denominação do Instituto de Harmonização do Mercado Interno para Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia («IPIUE»); a atribuição ao IPIUE de competência exclusiva para

receber pedidos de depósito da marca da UE, abolindo-se assim a possibilidade de depositar um pedido de marca comunitária nos institutos centrais da propriedade industrial dos Estados-Membros da União; a eliminação do requisito da representação gráfica da mesma, facilitando-se a apresentação de marcas não tradicionais; a alteração das regras de indicação das classes e dos produtos e serviços no requerimento de pedido; a previsão da possibilidade de apreciação da existência de motivos absolutos de recusa em qualquer momento até à data do registo; a revisão das regras relativas às taxas de registo da marca, introduzindo-se o sistema de *one class per fee*, deixando a taxa de base de abranger, como até agora, até três classes de produtos ou serviços; a previsão da possibilidade de se invocar o não uso de uma marca da UE no processo de infração, dispensando a obrigatoriedade de apresentação de um pedido reconvençional, entre muitos outros aspetos.

Este Regulamento entrará em vigor em 23 de março de 2016 e integra a reforma do Direito Europeu das Marcas da qual faz igualmente parte a nova Diretiva (EU) n.º 2015/2436, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2015, que aproxima as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas, reformulando a Diretiva n.º 2008/95 sobre a mesma matéria.

#### Marcas – Aproximação das legislações dos Estados-Membros

*Diretiva (UE) 2015/2436 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de dezembro de 2015 que aproxima as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (JOUE L 336, de 23 de dezembro de 2015)*

A nova Diretiva de Harmonização pretende aproximar a relação de complementaridade entre o sistema de marcas da UE e os sistemas nacionais de marcas e modernizar o sistema de marcas na UE para o adaptar à era da Internet, e bem assim uniformizar as regras materiais e processuais das marcas ao nível da UE. De entre as principais alterações destacam-se a eliminação da obrigatoriedade de representação gráfica da marca, facilitando-se a apresentação de marcas não tradicionais; alteração do momento em que se inicia a duração dos registos de marca, passando a contar-se o momento da apresentação do pedido e já não a data do despacho de concessão; transferência para o Instituto Nacional da Propriedade Industrial das competências relativas à apreciação de validades dos registos de marcas; o reforço e clarificação de alguns poderes dos titulares de marcas: por exemplo, ao nível da reação contra a circulação de bens em trânsito, contra a vulgarização do sinal, contra o uso do sinal a título de nome comercial ou em violação da Diretiva relativa à publicidade enganosa e comparativa, contra o uso da marca através de atos preparatórios, entre outros; a previsão do caráter obrigatório da cooperação entre os institutos nacionais e o IPIUE, entre muitos outros aspetos.

O presente diploma entrou em vigor no dia 12 de janeiro de 2016 e deverá ser transposto para o ordenamento jurídico português até 15 de janeiro de 2019.

#### Regime do preço fixo do livro

*Decreto-Lei n.º 196/2015 (DR 181 série I de 2015-09-16)*

O presente diploma vem introduzir alterações ao regime do preço fixo do livro, instituído pelo Decreto -Lei n.º 176/96 de 21 de setembro com as alterações introduzidas pelo Decreto -Lei n.º 216/2000, de 2 de setembro no sentido de adaptar a legislação vigente aos desenvolvimentos tecnológicos e digitais. Neste sentido, atualizam-se alguns conceitos, bem como se clarificam, tipificam e aprofundam os procedimentos de fiscalização e sanção de práticas comerciais ilícitas.

Por outro lado, clarificam-se as regras e os mecanismos de fixação e modificação de preços, desmaterializando as comunicações associadas, que passam a ser efetuadas eletronicamente através do balcão único eletrónico de serviços acessível através dos portais do Cidadão e da Empresa, e possibilitando aos órgãos de fiscalização um controlo efetivo deste tipo de mercado.

Por último, destaca-se a nova definição do conceito de «Livro» que passa a incluir as obras em formato digital.

Este diploma entrou em vigor no dia 16 de outubro de 2015.

## JURISPRUDENCIA

### [España]

#### Modificación estatutaria. Reparto de dividendos en especie

*Resolución de 30 de julio de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 30 de septiembre de 2015)*

Una S.L. acuerda una modificación estatutaria en virtud de la cual la junta general podrá acordar que el reparto de dividendos o de prima de emisión sea satisfecho total o parcialmente en especie. Por otro lado, se añade que, en caso de reducción de capital social por devolución de aportaciones, el pago a los socios podrá hacerse en especie. La sociedad tiene dos socios y el acuerdo fue adoptado con el voto favorable del socio titular del 70 % del capital social y con la oposición del otro.

El registrador mercantil suspende la inscripción de la correspondiente escritura porque, al afectar la modificación a los derechos individuales de los socios, el acuerdo debe adoptarse con el consentimiento de todos los socios afectados, de conformidad con las normas legales sobre tutela de los derechos individuales de los socios.

La DGRN afirma que la modificación estatutaria cuestionada afecta al derecho individual de los socios de participar en el reparto de las ganancias sociales, por lo que, con arreglo al artículo 291 de la Ley de Sociedades de Capital, no se puede adoptar sin el consentimiento de todos los socios. La DGRN recuerda que la regla general es la de percepción en dinero de los dividendos y del valor de la aportación que se devuelva al socio mediante la reducción del capital social.

Por otro lado, esta conclusión se ajusta al principio que subyace tanto al artículo 329 de la Ley de Sociedades de Capital (que exige el consentimiento individual de los socios afectados cuando el acuerdo de reducción del capital no afecte por igual a todas las participaciones) como a la regla establecida en el artículo 393.1 de la Ley de Sociedades de Capital (según la cual, a falta de disposición estatutaria al respecto, se exige unanimidad de los socios para el acuerdo de pago «*in natura*» de la cuota de liquidación).

La DGRN desestima el recurso y confirma la calificación del registrador.

#### Modificación estatutaria. Mayoría reforzada

*Resolución de 30 de julio de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 30 de septiembre de 2015)*

Una S.L. acuerda una modificación estatutaria en virtud de la cual la mayoría reforzada de dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones sociales establecida para la separación de administradores se sustituye por el «*acuerdo de los socios que representen más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social*». Asimismo, se acuerda el cese de la administradora única y el nombramiento de un nuevo administrador único. El acuerdo se adopta en una junta a la que asiste únicamente este nuevo administrador único, que tiene el 51 % del capital social.

El registrador suspende la inscripción al entender que la mayoría reforzada establecida en los estatutos para la separación del administrador es exigible para modificar la disposición estatutaria que establece dicha mayoría.

La DGRN afirma que la modificación estatutaria cuestionada no afecta de modo directo e inmediato a los derechos individuales de los socios. Aunque con la exigencia estatutaria de mayoría reforzada para la separación del administrador se puede satisfacer el interés de determinados socios (ya sea porque son administradores o porque pueden decidir su mantenimiento o separación), son esos mismos socios quienes deben prevenir mediante las correspondientes disposiciones estatutarias el mantenimiento de esa concreta conformación de mayorías, así como la extensión de su reforzamiento a la modificación de la cláusula estatutaria que las estableció. Al no haber introducido en los estatutos esta cautela, debe respetarse forzosamente la norma estatutaria que permite la modificación de estatutos con el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

La DGRN estima el recurso y revoca la calificación del registrador.

**Convocatoria de junta general. Validez** *Resolución de 27 de julio de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 30 de septiembre de 2015)*

Una S.L. se reúne en junta general para adoptar determinados acuerdos, habiendo sido convocada únicamente por dos de los tres administradores mancomunados de la sociedad. Según acuerdo de la sociedad, la sociedad se administra por dos administradores mancomunados, pero la junta general debe designar a tres para que dos de ellos actúen de forma mancomunada.

La registradora mercantil deniega la inscripción de dichos acuerdos porque entiende que la junta debía haber sido convocada por la totalidad de los miembros del órgano de administración.

La DGRN afirma que la facultad de representación de una sociedad por parte de los administradores está condicionada a la forma en que se organice la administración en los estatutos sociales, de conformidad con el artículo 233 de la Ley de Sociedades de Capital. Este artículo establece que el poder de representación de una S.L. se ejercerá mancomunadamente al menos por dos administradores en la forma determinada en los estatutos.

La DGRN establece que la disposición estatutaria sobre el ejercicio del poder de representación por dos de los administradores conjuntos se limita a las relaciones de la sociedad con terceros, pero no al funcionamiento interno de la sociedad, que incluye la convocatoria de la junta general. Esa atribución de la facultad de representación a dos de los administradores mancomunados no puede extenderse a las restantes facultades que tienen legalmente atribuidas los administradores conjuntos y que deben ejercerse mancomunadamente.

La DGRN desestima el recurso y confirma la calificación del registrador.

**Constitución de S.L. Activos no esenciales** *Resolución de 28 de julio de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 30 de septiembre de 2015)*

Una S.L. cuyo objeto social es la tenencia y gestión de valores, participaciones sociales y acciones pretende la constitución de otra S.L. mediante la aportación dineraria de tres mil cincuenta euros.

El registrador mercantil suspende la inscripción de la escritura de constitución porque entiende que es necesario que conste en dicha escritura que lo aportado no es un activo esencial de la sociedad aportante o, en caso contrario, que se acompañe el correspondiente acuerdo de la junta general de socios permitiendo la aportación realizada.

La DGRN afirma que, a pesar de que el artículo 160.f) de la Ley de Sociedades de Capital da competencia a la junta para decidir sobre la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, no puede exigirse un pronunciamiento expreso de la junta general en todo caso. Tampoco existe ninguna obligación de aportar un certificado o de hacer una manifestación expresa de que el activo objeto del negocio documentado no es esencial, por lo que su omisión no es por sí defecto que impida la inscripción.

En todo caso, el registrador podrá calificar el carácter esencial del activo cuando resulte así de forma manifiesta o cuando resulte de los elementos de que dispone al calificar.

La DGRN estima el recurso y revoca la calificación del registrador.

**Convocatoria de junta y derecho de información de los socios** *Resolución de 29 de septiembre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 22 de octubre de 2015)*

En el anuncio de convocatoria de una junta general de socios de una S.L. cuyo objeto era la modificación de los estatutos sociales constaba el derecho de los socios a «*examinar en el domicilio social y obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de someterse a la aprobación de la junta, entre ellos el texto íntegro de la modificación estatutaria propuesta*».

El registrador mercantil calificó de forma negativa la escritura de modificación de estatutos sociales porque, a su juicio, el anuncio de convocatoria no respetaba el derecho de información de los socios convocados, al no incluir una referencia al derecho de los socios a solicitar el envío

gratuito de los documentos a cuyo examen pueden acceder, tal y como exige el artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital.

La DGRN estima el recurso al entender que (i) el derecho de información viene recogido en los anuncios de convocatoria y en dichos anuncios se expresa con suficiente claridad el contenido de la modificación estatutaria; (ii) la omisión de uno de los medios para hacer efectivo dicho derecho, concretamente la posibilidad de solicitar el envío gratuito de los documentos, no implica «*per se*» una privación de él, pues el derecho de información es atribuido por la propia ley y el anuncio tiene un carácter meramente funcional; (iii) los socios disidentes que hayan deseado impugnar los acuerdos adoptados por la mayoría lo han podido llevar a cabo e incluso han podido solicitar y obtener el mandamiento de publicidad de su acción en el Registro Mercantil; y (iv) del conjunto de circunstancias (principalmente el hecho de que hayan asistido a la junta la totalidad de los socios y los acuerdos se hayan adoptado por mayoría suficiente, por lo que la convocatoria de una nueva junta en nada alteraría el resultado de lo acordado), se deriva *a priori* que no ha existido una violación directa de los derechos individuales de los socios, sin perjuicio de que dentro del correspondiente procedimiento judicial que pudiera abrirse y con la plenitud de medios que implica el ejercicio jurisdiccional, pueda acreditarse que la mencionada omisión en los anuncios de convocatoria ha supuesto una efectiva violación de los referidos derechos.

#### **Aumento de capital y compensación de créditos**

*Resolución de 2 de octubre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 22 de octubre de 2015)*

Una S.L. acordó por unanimidad, en junta general y universal celebrada el día 26 de diciembre de 2014, llevar a cabo un aumento de capital por compensación de créditos, previa renuncia de los socios al ejercicio de su derecho de asunción preferente. Entre los créditos aportados constaba uno correspondiente a una persona física derivado de un préstamo que esta realizó a la sociedad para la compra de activos en fecha 19 de diciembre de 2014.

La registradora suspendió la inscripción al entender que la cercanía de fechas entre el aumento de capital y la concesión del referido préstamo impedía considerar la aportación como crédito contra la sociedad, y que el verdadero propósito era obtener la asunción de participaciones eludiendo el régimen imperativo existente para las aportaciones dinerarias.

La DGRN estima el recurso y revoca la nota de calificación de la registradora al entender que la entrega de dinero puede obedecer a una causa distinta a la asunción de capital, por lo que no se puede presumir necesariamente que cualquier entrega de dinero sea una aportación dineraria, aunque llame la atención la cercanía entre el préstamo concedido a la sociedad y su conversión en capital como consecuencia del pertinente acuerdo social. Asimismo, no existe indicio alguno de que la entrega de dinero obedeciera a una causa distinta a la indicada por la administradora en su informe (préstamos para la adquisición de activos), ni que la causa de la entrega fuera la asunción de capital.

Por otro lado, tampoco existe indicio alguno de que la operación de aumento de capital menoscabe el derecho de igualdad en la asunción de capital consagrado en los artículos 93 y 304 de la Ley de Sociedades de Capital, puesto que la junta general de la sociedad fue universal (y los acuerdos fueron tomados por unanimidad), y antes del acuerdo de aumento los socios renunciaron a su derecho de asunción preferente.

#### **Depósito de cuentas anuales**

*Resolución de 20 de octubre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 19 de noviembre de 2015)*

Una S.L. solicita al Registro Mercantil la práctica del depósito de sus cuentas anuales de los ejercicios 2012 y 2013. De los informes de auditoría resulta que las cuentas auditadas «*no expresan la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera*» de la sociedad auditada. El registrador mercantil deniega el depósito de las cuentas.

La DGRN entiende que denegar el depósito de las cuentas anuales con un informe de auditoría desfavorable, que como el del presente caso contiene información detallada y cuantificada sobre



los extremos que llevan a emitir dicha opinión, significaría no dar publicidad a una información relevante para socios y terceros, que es una de las finalidades básicas del depósito de cuentas en el Registro Mercantil. Asimismo, ello determinaría al mismo tiempo un cierre registral por falta de depósito de las cuentas, con las importantes consecuencias que ello conlleva. El artículo 281 de la Ley de Sociedades de Capital determina que «*cualquier persona podrá obtener información del Registro Mercantil de todos los documentos depositados*», entre cuyos documentos debe entenderse incluido el informe de auditoría.

La DGRN estima el recurso y revoca las notas de calificación.

**Fusión por absorción** *Resolución del 21 de octubre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 19 de noviembre de 2015)*

Dos S.L. acuerdan la fusión por absorción de una de ellas por la otra. Entre otras cuestiones, se plantea si es preciso incorporar el informe de los auditores a la escritura por la que se elevan a público los acuerdos de fusión. En este caso, las sociedades participantes en la fusión no estaban obligadas a auditar sus cuentas, pero se realizaron, para ambas sociedades, solicitudes de designación de auditor a requerimiento de una minoría de socios. Las cuentas anuales fueron aprobadas sin el informe de auditoría y, con base en dichas cuentas, se aprobaron los correspondientes acuerdos de fusión. Asimismo, los balances incluidos en dichas cuentas fueron aprobados como balances de fusión (igualmente sin el informe de auditoría, que aún no estaba emitido).

El registrador establece que el balance es la base económica de la operación y que, existiendo obligación de auditar al haberlo solicitado parte de los socios, el balance debió ser contrastado mediante el informe del auditor. Resultando legalmente exigible su auditoría, los acuerdos son contrarios a derecho porque las juntas de las sociedades aprobaron el balance de fusión sin que se aportasen a los socios los documentos completos que pudieran ser de utilidad para disponer de información sobre la base patrimonial directa de la fusión.

La DGRN confirma el defecto.

**Escisión parcial** *Resolución de 4 de noviembre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 24 de noviembre de 2015)*

Se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales por los cuales se escinde parcialmente una S.A. con traspaso de parte del patrimonio social, que constituye una unidad económica, a una S.L. de nueva creación, con reducción del capital de la sociedad escindida. En la misma escritura los administradores de la sociedad escindida manifiestan que determinada entidad de crédito se ha opuesto a la escisión por tener un crédito hipotecario frente a aquella sociedad y que, no obstante, dicho crédito se encuentra suficientemente garantizado.

El registrador mercantil deniega la inscripción por dos motivos. El primero está relacionado con la falta de publicación del acuerdo de reducción del capital social, ya que el anuncio de escisión publicado no menciona expresamente la existencia ni los datos concretos de la reducción del capital ni el correspondiente derecho de oposición de los acreedores.

El segundo motivo de denegación de la inscripción es que el registrador considera insuficiente la declaración de los administradores sobre el carácter suficientemente garantizado del crédito, ya que debe ser el acreedor que se ha opuesto a la fusión el que manifieste que existe garantía suficiente. En otro caso, se le debe notificar la prestación de fianza solidaria por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito del que fuera titular el acreedor.

En relación al primer defecto, la DGRN afirma que es comúnmente admitido que la reducción del capital social de la sociedad escindida no es imprescindible si el traspaso se realiza con cargo a reservas. Pero ello no implica que la reducción del capital tenga en el negocio de modificación estructural la suficiente sustantividad propia que haga necesario el adicional cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley de Sociedades de Capital para la reducción de la cifra del capital social como modificación estatutaria autónoma. Debe entenderse que esa reducción

del capital social que se inserta como medio o instrumento natural en el fenómeno más amplio de la modificación estructural, con unos requisitos específicos atendiendo a la finalidad de esta y a los intereses afectados, debe regirse por estos requisitos si no se quiere desvirtuar el régimen propio de la escisión. Con la publicidad prevenida en este régimen en garantía de los derechos de socios y terceros deben entenderse satisfechos los intereses respecto de la reducción del capital social.

Sobre el segundo de los defectos, la DGRN entiende que la inscripción de la escisión no debe detenerse por el hecho de que los acreedores hayan ejercitado su derecho de oposición, sin perjuicio de las acciones que les reconoce el propio artículo 44.4 de la Ley de Modificaciones Estructurales. A falta de un acuerdo entre los interesados, y en caso de que concurran los requisitos previstos en la ley, la reforma estructural es plenamente eficaz, sin perjuicio del derecho del acreedor a hacer constar en el Registro Mercantil el ejercicio unilateral de su derecho de oposición y hacer valer su posición jurídica ante el juez competente en los términos previstos en el artículo 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales.

La DGRN estima el recurso y revoca la calificación impugnada.

#### **Retribución de administradores**

*Resolución de 5 de noviembre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 24 de noviembre de 2015)*

Se discute en este expediente si es o no inscribible determinada cláusula estatutaria que establece que, aun cuando el cargo de administrador será gratuito, el cargo de consejero delegado será retribuido por los conceptos que en dicha cláusula se detallan. El registrador deniega la inscripción porque los estatutos no prevén la celebración del contrato entre el consejero delegado y la sociedad en los términos establecidos en el art. 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital.

La DGRN afirma que de la literalidad del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital se deduce que es necesario que se celebre un contrato entre el administrador ejecutivo y la sociedad, que debe ser aprobado previamente por el consejo de administración con los requisitos que establece dicho precepto, y que debe ajustarse a la política de retribuciones que a su vez debe ser aprobada por la junta. Los conceptos por los que el consejero pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas deben incluirse en el contrato, pero la referencia a ese contrato y esa política de retribuciones no necesariamente deben constar en los estatutos. Son cuestiones sobre las que no existe reserva estatutaria alguna.

La DGRN estima el recurso y revoca la calificación del registrador.

#### **Depósito de cuentas y nombramiento de auditor**

*Resolución de 18 de noviembre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 9 de diciembre de 2015)*

Un socio ejerce el derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y solicita la designación por parte del registrador mercantil de un auditor que verifique las cuentas correspondientes al último ejercicio cerrado de la sociedad. La sociedad, por su parte, se opone a la solicitud conforme al artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, por tener ya designado e inscrito auditor para la verificación de sus cuentas. El registrador mercantil acepta el motivo de oposición y desestima la solicitud del minoritario. Posteriormente, la sociedad, por acuerdo unánime en junta universal (que incluye a la minoría que instó la designación de auditor por el Registro Mercantil), revoca el nombramiento de auditor e insta la cancelación de su inscripción en el Registro Mercantil, procediendo el registrador mercantil a cancelar el asiento en el folio correspondiente. Cuando la sociedad presenta las cuentas a depósito, la registradora lo rechaza por considerar que el interés del socio minoritario no está salvaguardado.

La DGRN estima el recurso y revoca la calificación del registrador al entender que si este no cuestionó la revocación del nombramiento de auditor alegando la salvaguarda del interés protegible del socio minoritario, no puede ahora rechazar el depósito de cuentas apelando a la existencia de un expediente de nombramiento de auditor a instancia de la minoría una vez que el mismo ha sido cerrado por resolución desestimatoria. Es decir, no existe ya obstáculo registral alguno para el depósito de las cuentas.

**Reducción de capital** *Resolución de 16 de noviembre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 9 de diciembre de 2015)*

Se presenta a inscripción un acuerdo de reducción del capital social de una S.L. con la finalidad de restablecer el equilibrio entre dicho capital y el patrimonio contable disminuido como consecuencia de pérdidas, dotar la reserva legal y constituir reservas voluntarias. En dicho acuerdo, adoptado por unanimidad en la junta general universal de socios, se hace constar que la sociedad no cuenta con ninguna clase de reservas y que el balance que sirvió de base para la operación se encontraba debidamente verificado por el auditor de cuentas de la sociedad y había sido aprobado por la misma junta.

El registrador suspende la inscripción porque en las sociedades de responsabilidad limitada no se puede reducir el capital por pérdidas mientras la sociedad cuente con cualquier clase de reserva (en el propio acto de reducción de capital se constituyen reservas). Por otro lado, añade que si se posibilita que las reservas establecidas en la junta puedan distribuirse como beneficios futuros entre los socios, en lugar de ir destinadas necesariamente a cubrir las pérdidas acumuladas, pueden comprometerse las expectativas de cobro de los posibles acreedores sociales. Asimismo, considera que las referidas reservas voluntarias deben ser constituidas con carácter indisponible o, en otro caso, deben expresarse la identidad de los socios y la parte que les corresponde en esas reservas voluntarias, aceptando cada socio su responsabilidad por esas cantidades.

La DGRN afirma que pueden llevarse a cabo «reducciones mixtas», que combinen varias modalidades (en este caso, (i) reducción de capital para compensar pérdidas y (ii) reducción de capital sin restitución de aportaciones y con dotación de reservas legales y voluntarias —modalidad contemplada expresamente por el artículo 317 de la Ley de Sociedades de Capital—).

No obstante, la DGRN entiende que, aunque no se cumpla el supuesto de hecho del artículo 331 de la Ley de Sociedades de Capital (puesto que no existe en este caso restitución de aportaciones), la reducción de capital con dotación de reserva voluntaria ha de cumplir con lo previsto en el referido artículo respecto de la tutela de los acreedores. En este sentido, la reserva voluntaria ha de constituirse con carácter indisponible (en términos análogos a los establecidos en el artículo 332.1 de la Ley de Sociedades de Capital). De lo contrario, solo cabría admitir la inscripción solicitada cuando voluntariamente se dispongan medidas tuitivas, como el reconocimiento estatutario a los acreedores de un derecho de oposición o la garantía que para ellos constituya la responsabilidad de los socios, bien establecida estatutariamente, o bien asumida expresamente por estos.

**Aportación no dineraria. Valoración** *Resolución de 23 de noviembre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 17 de diciembre de 2015)*

Se presenta en el Registro Mercantil una escritura por la que se pretende la subsanación de otra de aumento del capital de una S.L., por haber existido error en la valoración atribuida a un bien inmueble aportado como contraprestación del aumento. Se manifiesta que el indicado aumento del capital social entonces adoptado no fue de 405.584,85 euros, sino de 305.584,46 euros, y que las nuevas participaciones sociales fueron asumidas en la forma que se especifica en la propia escritura de subsanación.

El registrador suspende la inscripción solicitada por entender que la rectificación acordada supone una reducción de capital por importe de 100.000,39 euros. Por lo tanto, al no haber restitución de aportaciones a los socios con la consiguiente responsabilidad de estos, en garantía de los acreedores sociales deberá acreditarse que se ha constituido la reserva prevista en el artículo 141.1 de la Ley de Sociedades de Capital por la cuantía en que se ha reducido el capital.

El recurrente alega que no se trata de una reducción de capital social, sino de una subsanación de la escritura de aumento de capital.

La DGRN acuerda desestimar el recurso al entender que la sociedad no puede rebajar la cifra de capital social inscrito en perjuicio de terceros sin respetar para ello los requisitos previstos en la ley para la reducción de capital. La DGRN reitera la doctrina expresada en la Resolución de 4

de abril de 2013, donde afirma que, inscrita la sociedad en el Registro Mercantil con una determinada cifra de capital, las alteraciones de dicha cifra, al alza o a la baja, cualquiera que sea la causa que las explique, solo podrán hacerse valer frente a terceros cuando exista el correspondiente acuerdo social adoptado con los requisitos previstos en la ley para el aumento o reducción de capital social, según corresponda, y una vez que el correspondiente acuerdo sea a su vez debidamente inscrito. Asimismo, la DGRN recuerda que la legislación vigente no contempla (como sí lo hacía la Ley de Sociedades Anónimas de 1951) la rectificación de la cifra de capital social inicialmente fijada en los estatutos inscritos por causa de la revisión de las valoraciones efectuadas de las aportaciones no dinerarias.

#### Facultades representativas. Juicio notarial de suficiencia

*Resolución de 26 de noviembre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 17 de diciembre de 2015)*

En el marco de una novación de hipoteca y ampliación de préstamo hipotecario, y con el objeto de emitir su juicio acerca de la suficiencia de las facultades representativas de la entidad prestamista, la notaria expresa lo siguiente: «Tengo a la vista copia autorizada de la citada escritura, de la cual resulta, a mi juicio, que el apoderado tiene facultades suficientes para formalizar la novación de préstamo hipotecario que se recoge en la presente escritura, con las cláusulas que en ella se establecen, manifestando el mismo que dicho poder sigue vigente sin que a mí, la notario, me conste su revocación».

Presentada la escritura en el Registro Mercantil, el registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, no se acredita la representación de la entidad acreedora, por cuanto no se justifican facultades suficientes para conceder o ampliar préstamos hipotecarios.

El artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, establece que en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderados, el notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera, lo que hará fe suficiente de la representación acreditada. Por su parte, el registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento y del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación.

La DGRN estima el recurso y revoca la nota de calificación del registrador porque en el juicio notarial de suficiencia de facultades representativas se hace expresa referencia al negocio jurídico formalizado en unos términos amparados por la propia tipificación legal —según la cual, la ampliación del capital del préstamo es su novación—, de modo que, aunque no exista una reseña de facultades, sí hay un pronunciamiento sobre la suficiencia de las facultades acreditadas para el negocio objeto del título calificado, de forma que permite al registrador ejercer su función calificador respectivo de la congruencia de ese juicio notarial con el acto o negocio jurídico de que se trata.

#### Legalización de libros *Resolución de 10 de diciembre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 17 de diciembre de 2015)*

Una S.L. solicita la legalización de un libro registro de socios en el mes de septiembre de 2015, sin que se indique el ejercicio social al que se refiere.

El registrador mercantil rechaza la solicitud porque, a su juicio, el libro registro de socios debe legalizarse dentro del período de cuatro meses contados a partir del cierre del ejercicio, tal y como exige el artículo 18 de la Ley 14/2013 de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización.

El recurrente sostiene que su intención era acogerse a la previsión del número 2 del artículo 18 de la Ley 14/2013, que establece que «los empresarios podrán voluntariamente legalizar libros de detalle de actas o grupos de actas formados con una periodicidad inferior a la anual cuando interese acreditar de manera fehaciente el hecho y la fecha de su intervención por el Registrador».

La DGRN establece que, si el interesado desea llevar a cabo una legalización fuera del plazo legalmente establecido y en relación con determinados asientos, debe ponerlo de manifiesto al registrador en su instancia de solicitud para que este pueda hacer constar dicha circunstancia, habida cuenta de que ello no exime de la presentación obligatoria al final del ejercicio. Aunque la pretensión de solicitar una legalización parcial anticipada de asientos del libro registro de socios debe tener acogida en nuestro sistema, es fundamental que la solicitud así lo haga constar, para que el registrador, previa su calificación, haga oportuno reflejo en la diligencia de despacho y en los asientos que practique en el libro de legalizaciones.

Por lo anterior, la DGRN desestima el recurso y confirma la nota de calificación del registrador.

#### Efectos registrales de la nulidad de acuerdos del consejo de administración

*Resolución de 1 de diciembre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 28 de diciembre de 2015)*

Inscrita una sentencia firme que determina la nulidad de determinados acuerdos de un consejo de administración, se cancela por el registrador el correspondiente asiento registral *«de conformidad con el fallo de la misma»*, según expresa el registrador en la nota de inscripción del título.

El recurrente solicita, mediante instancia privada que se acompaña a la sentencia, que asimismo se extienda la cancelación a otra serie de inscripciones posteriores. Entiende el recurrente que la inscripción de la sentencia firme que declaraba la nulidad de determinados acuerdos y la consiguiente cancelación de la inscripción que los reflejaba, sin que se cancelen sin embargo todos los demás asientos reseñados por el interesado en la instancia, implica una *«calificación negativa presunta»* frente a la que cabe la interposición de recurso.

La DGRN estima que tal interpretación no puede ser acogida. La calificación negativa del registrador sobre los títulos sujetos a inscripción ha de ser siempre e inexcusablemente expresa, por escrito, suficientemente motivada, tempestiva, firmada por el registrador y notificada en tiempo y forma. No existe, por tanto, la pretendida categoría de *«calificación negativa presunta»*.

Asimismo, establece que la facultad de determinar cuál es el alcance de las sentencias incumbe en exclusiva al juzgador. Por lo tanto, en el caso de que el fallo de la sentencia no haga referencia alguna a qué asientos han de ser cancelados, una instancia privada que señale los asientos que en opinión del interesado han de cancelarse adolece de absoluta falta de viabilidad para suplir dicha competencia del Juzgado.

Por todo lo anterior, la DGRN desestima el recurso al entender que no cabe exigir al registrador que practique las cancelaciones a instancia de parte.

#### Depósito de cuentas anuales. Adquisición de personalidad jurídica

*Resolución de 21 de diciembre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 6 de enero de 2016)*

La escritura de constitución de una S.L. otorgada en fecha 23 de mayo de 2012 no se inscribe en el Registro Mercantil hasta dos años más tarde (el 27 de mayo de 2014). El registrador deniega el depósito de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2014 por encontrarse la hoja de la sociedad cerrada temporalmente hasta que no se depositen las cuentas de los ejercicios 2012 y 2013.

El recurrente alega que, de conformidad con el artículo 33 de la Ley de Sociedades de Capital, la sociedad adquiere su personalidad jurídica a partir del 27 de mayo de 2014, fecha en que quedó inscrita, por lo que únicamente le pueden ser exigidos los actos llevados a cabo desde dicha fecha. La DGRN entiende que las sociedades mercantiles en formación e irregulares gozan de personalidad jurídica o, al menos, de cierta personalidad, suficiente para adquirir y poseer bienes de toda clase, así como para contraer obligaciones y ejercitar acciones. La DGRN afirma que la inscripción en el Registro Mercantil solo es necesaria para que las sociedades de capital adquieran su especial personalidad jurídica, la personalidad jurídica correspondiente al tipo social elegido, no la personalidad jurídica en abstracto.

Además, se señaló en la escritura la fecha del otorgamiento de la escritura constitutiva como fecha de comienzo de operaciones de la sociedad.

La DGRN desestima el recurso y confirma la nota de calificación del registrador.

## Procedimiento concursal

### *Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2015 y de 11 de junio de 2015*

El artículo 176 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ha sido modificado recientemente por la Ley 25/2015, de mecanismo de segunda oportunidad. Las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2015 y de 11 de junio de 2015 sientan jurisprudencia sobre el orden de prelación establecido en el art. 176 bis.2 de la Ley Concursal, que la administración concursal debe seguir en el pago de los créditos contra la masa en los procedimientos para la conclusión del concurso ante la insuficiencia de masa activa.

En ambas sentencias del Tribunal Supremo, la Tesorería General de la Seguridad Social planteó la cuestión de qué lugar ocupan los créditos públicos en el mencionado orden de prelación. El Tribunal Supremo los ubicó dentro del apartado quinto, «demás créditos contra la masa», porque no son mencionados en los apartados anteriores.

Asimismo, en ambas sentencias se plantea la controversia de la aplicación temporal del artículo 176 bis.2 de la Ley Concursal. Este artículo sustituye a la previsión contenida en el anterior artículo 154.3 de la Ley Concursal, que disponía que los créditos contra la masa debían pagarse por orden de vencimiento en caso de insuficiencia de masa activa.

En los dos casos enjuiciados por el Tribunal Supremo en las sentencias mencionadas, se generan créditos contra la masa a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 38/2011. Sin embargo, dicha Ley establece en su disposición transitoria 11.<sup>a</sup> que el artículo 176 bis de la Ley Concursal comenzará a aplicarse a los concursos que se encuentren tramitación a la fecha de su entrada en vigor. Por tanto, el artículo 176 bis.2 de la Ley Concursal resulta de aplicación a los concursos enjuiciados en ambas sentencias, y basta que la administración concursal constatare la situación de insuficiencia de masa activa para que pueda formular la comunicación prevista en dicho artículo. Formulada tal comunicación, el orden de prelación de pagos previsto en el artículo 176bis.2 de la Ley Concursal se aplicaría a todos los créditos contra la masa pendientes de pago y no solo a los posteriores a aquella comunicación. El Tribunal Supremo establece por ello que el crédito vencido con anterioridad no puede ser pagado al margen de dicho orden de prelación, porque se ve igualmente afectado por él.

## PROCESAL CIVIL\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

**Ley de Enjuiciamiento Civil** *Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 6 de octubre de 2015)*

El pasado 6 de octubre de 2015 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, la «Ley 42/2015»). La reforma entró en vigor el 7 de octubre de 2015 en la mayor parte de su contenido. Otras modificaciones, en cambio, postergaron su entrada en vigor hasta el 15 de octubre de 2015, el 1 de enero de 2016 o el 1 de enero de 2017.

\* 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, Lucía Nieto Gutiérrez, Jorge Azagra Malo, Efrén Pérez Borges, Álvaro Rifá Brun, Xuan Wu Zhuo, Laura Salas Gómez, Juan Carlos Martínez, Adrian Jareño Torrente, Ángela Olalla, Gonzalo Urcelay Delgado, Luis Bertolo Rosa, Filipe Casqueiro, Federico Romano y Gonçalo Andrade e Sousa de las Áreas de Derecho Público, Procesal y Arbitraje y Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona y Lisboa).

El análisis pormenorizado de la reforma se aborda en el artículo *ad hoc* contenido en este mismo número de *Actualidad Jurídica UM*.

Las principales modificaciones introducidas por la Ley 42/2015 son de naturaleza eminentemente procesal y se refieren (i) a la introducción de los medios electrónicos en la Administración de Justicia; (ii) a la figura del procurador y sus atribuciones; (iii) al juicio verbal; y (iv) a los procesos monitorio y cambiario. No obstante, también se introducen reformas de suma relevancia que alcanzan a otros textos legales, como el Código Civil o la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

(i) Modificación del artículo 1964 del Código Civil

La disposición final primera de la Ley 42/2015 modifica el artículo 1964 del Código Civil en el sentido de reducir el plazo de prescripción de las acciones personales, que pasa de *quince a cinco años*. Con esta reforma, el legislador estima que «*se obtiene un equilibrio entre los intereses del acreedor en la conservación de su pretensión y la necesidad de asegurar un plazo máximo*».

(ii) Introducción de los sistemas telemáticos y electrónicos

A través de la Ley 42/2015, el legislador da una mayor relevancia al uso de los medios telemáticos y electrónicos, y relega a un ámbito secundario al soporte papel. El objetivo es conseguir una mayor eficacia y eficiencia en la tramitación de los procedimientos, reducir los costes de tramitación de los procedimientos y reforzar las garantías procesales.

(iii) Juicio verbal

El legislador introduce una serie de modificaciones en la regulación del juicio verbal con la finalidad de reforzar las garantías derivadas del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

(iv) La figura del procurador

Desde la entrada en vigor de la LEC, los procuradores han ido asumiendo, en virtud de su condición de cooperadores de la Administración de Justicia, un mayor protagonismo en las labores de gestión y tramitación de los procedimientos judiciales.

(v) Procedimiento monitorio

La Ley 42/2015 reforma el procedimiento monitorio para adaptarlo a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, en el asunto Banco Español de Crédito, C-618/10, que declaró que el procedimiento monitorio no era acorde con el Derecho de la Unión Europea en materia de protección de los consumidores, en la medida en que «*no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, examine de oficio—in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición*».

(vi) Procedimiento cambiario

La Ley 42/2015 modifica el artículo 826 de la LEC, relativo a la sustanciación de la oposición cambiaria. Como novedad, se concede al acreedor la posibilidad de impugnar, por escrito y en el plazo de diez días, la oposición presentada por el deudor.

(vii) Otras modificaciones introducidas por la Ley 42/2015

- Modificación de los procedimientos de cuenta de procurador y de abogado (artículos 34 y 35 de la LEC).
- Nueva regulación de la práctica de las diligencias preliminares (artículo 260 de la LEC).
- Modificación del artículo 285.2 de la LEC, que zanja un pequeño debate, en sede de audiencia previa al juicio, en torno a si una parte podía recurrir las resoluciones que admiten las pruebas propuestas por la otra parte en el procedimiento.

- Se introduce la obligación de que las partes aporten en la audiencia previa al juicio escrito detallado de la prueba, pudiendo completarlo durante la audiencia.
- Se incorpora una nueva regulación de las subastas electrónicas.
- Finalmente, la disposición final tercera de la Ley 42/2015 modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

#### LexNET

*Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET (BOE de 1 de diciembre de 2015)*

El 1 de diciembre de 2015 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET.

#### Regulación del nuevo sistema de subastas electrónicas

*Real Decreto 1011/2015, de 6 de noviembre, y su concreción de las reformas operadas por las Leyes 19/2015, de 13 de julio y 42/2015, de 5 de octubre (BOE de 7 de noviembre de 2015)*

La subasta electrónica, el nuevo mecanismo instrumental de la ejecución de bienes de carácter telemático, fue introducida en los artículos 643 y siguientes de la LEC por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, y por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC. El pasado 6 de noviembre de 2015, como complemento a las normas con rango de ley reguladoras de esta materia, se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto 1011/2015, de 6 de noviembre, por el que se regulan aspectos concretos del procedimiento para formalizar el sistema de consignaciones en sede electrónica de las cantidades necesarias para tomar parte en las subastas judiciales y notariales, que ultima los detalles técnicos de la subasta electrónica y culmina el proceso de su encaje en nuestro ordenamiento procesal.

Los elementos clave que el legislador ha tomado como referencia al configurar la subasta electrónica son los de publicidad y accesibilidad, elementos de los que carecía el anterior sistema de subastas, por su rigor formal. A ello se le añade, además, un refuerzo del principio de garantía jurídica de todo el proceso.

(i) Así, en lo referente a la *publicidad*, cabe señalar que las subastas electrónicas pasan a anunciarse en el *BOE* y en el Portal de Subastas (administrado por la Agencia Estatal del *BOE*), y no solo en el tablón de anuncios del Juzgado encargado de la ejecución. Este nuevo sistema redundará en que las subastas puedan conocerse desde cualquier lugar a través de Internet. Asimismo, se facilita la aportación de información relativa a los bienes objeto de licitación por parte del ejecutante, el ejecutado o el tercero poseedor si lo hubiere, en aras a que los interesados puedan conocer mejor los bienes en cuestión.

(ii) En cuanto al principio de *accesibilidad*, es destacable que ya no deben realizarse las pujas por escrito y en sobre cerrado. Los interesados en pujar en una subasta electrónica deben registrarse en el Portal de Subastas, acreditando haber constituido el depósito del 5 % del valor de los bienes subastados, y desde entonces pueden pujar en la subasta en cualquier momento y desde cualquier lugar. Se mejora así la transparencia, pues todos los potenciales licitadores tienen un conocimiento exacto del curso de la subasta, al poder visualizar la puja más alta, sin que ello implique la obligación de pujar siempre por un precio más elevado, pues podrían realizarse pujas por cantidades inferiores con reserva de postura por si la subasta quebrara. Al pujar, es obligatorio indicar si se solicita o no reserva de postura.

(iii) Por último, en relación a la *seguridad jurídica*, cabe mencionar que todos los sujetos intervinientes en sede de la subasta quedan inequívocamente identificados gracias a su interacción con el sistema mediante la firma electrónica. Del mismo modo, se garantiza el registro de todas las actuaciones, su trazabilidad y transparencia, gracias a los requisitos técnicos previstos en el Real Decreto 1011/2015 que los interesados deben cumplir para tomar parte en la subasta y a la generación de acuses técnicos. En tal sentido, el Real Decreto 1011/2015 desplaza el régimen del Real Decreto 467/2006, de 21 de abril, que regula los



depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores, y que venía siendo aplicable a la constitución de depósitos para la participación en subastas. Finalmente, cabe referir que todo el proceso de la subasta electrónica se desarrolla bajo la supervisión del Letrado de la Administración de Justicia.

### Ley de Régimen Jurídico del Sector Público

*Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE de 2 de octubre de 2015)*

El pasado 2 de octubre de 2015 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (la «LRJSP»), cuya disposición final quinta introdujo varias modificaciones a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («LC»).

La reforma más destacable fue la operada en la redacción del artículo 90.1.6.º LC, que establece los requisitos que deben concurrir simultáneamente para que se reconozca el privilegio especial a los créditos futuros garantizados con prendas:

- (i) Que nazcan de contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a la fecha de declaración del concurso.
- (ii) Que la prenda esté constituida en documento público y, si se trata de una prenda sin desplazamiento posesorio, que se haya inscrito en el registro público correspondiente.
- (iii) Que, tratándose de créditos derivados de la resolución de contratos de concesión de obras o de gestión de servicios públicos, cumplan con lo exigido en el artículo 261.3 del texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

La LRJSP introduce, además, varias modificaciones en relación con la cuenta de garantía arancelaria. En primer lugar, se modifica la redacción del artículo 34 *ter* para privar al Letrado de la Administración de Justicia de las competencias de gestión sobre la cuenta de garantía arancelaria. En segundo lugar, se modifica el apartado segundo del artículo 34 *quater* de la LC para establecer que administración concursal deberá realizar el ingreso del arancel en la cuenta de garantía arancelaria dentro de los cinco días siguientes a la presentación del informe de rendición de cuentas ante el Juzgado.

Estas modificaciones entrarán en vigor al año de la publicación de la LRJSP en el *BOE*, con la salvedad de la reforma del art. 90.1.6.º LC, que lo hizo el 22 de octubre de 2015.

### [Portugal]

### Alteração dos regulamentos europeus relativos ao processo europeu para ações pequeno montante e ao procedimento europeu de injunção de pagamento

*Regulamento (UE) 2015/2421 (JO L 341, de 2015-12-24)*

O Regulamento 2015/2421 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2015, veio alterar o Regulamento (CE) n.º 861/2007, que estabelece um processo europeu para ações de pequeno montante («PEAPM») e o Regulamento (CE) n.º 1896/2006 que cria um procedimento europeu de injunção de pagamento.

Instituído pelo Regulamento 861/2007, o PEAPM destina-se a simplificar e acelerar as ações de pequeno montante em casos transfronteiriços de natureza civil ou comercial e reduzir as respetivas custas, constituindo uma alternativa aos processos existentes nos termos da lei dos Estados-Membros.

No sentido de melhorar o acesso ao PEAPM, o Regulamento 2015/2421 aumentou o valor máximo do pedido em casos transfronteiriços de € 2.000,00 para € 5.000,00, excluindo todos os juros, custas e outras despesas.

O Regulamento 2015/2421 vem igualmente dispor que as transações judiciais aprovadas por um órgão jurisdicional ou celebradas perante um órgão jurisdicional no âmbito do PEAPM têm a mesma força executória que uma decisão proferida nesse processo.

Relativamente às alterações feitas ao Regulamento 1896/2006, que criou um procedimento europeu de injunção, o Regulamento 2015/2421 veio permitir que, caso seja deduzida oposição ao requerimento de injunção de pagamento europeia, o requerente escolha o processo que se aplicará ao seu pedido no processo civil, de entre (i) o PEAPM, se aplicável; e (ii) o processo civil nacional adequado.

O Regulamento 2015/2421 entrou em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia, sendo aplicável a partir de 14 de Julho de 2017.

## 2 · JURISPRUDENCIA

**El plazo de prescripción de las acciones de reclamación de daños y perjuicios médicos de los mutualistas de MUFACE es de un año**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de octubre de 2015*

El Alto Tribunal analiza una reclamación de un funcionario afiliado a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE) contra una entidad sanitaria privada que eligió para que le prestara servicios médicos.

A tal efecto, la Sala considera que entre el mutualista y la entidad sanitaria no media relación contractual, sino que esta se produce entre MUFACE, como gestora del servicio público, y la entidad sanitaria, como prestadora de los servicios médicos.

En consecuencia, concluye que la relación entre los afiliados o beneficiarios de MUFACE y la entidad que presta los servicios sanitarios es de naturaleza extracontractual, en tanto que la acción del mutualista contra la entidad concertada o contra los centros o facultativos de su cuadro médico, no nace de una relación personal contractual entre ambos, sino del compromiso contraído por la entidad con la Mutualidad con la que ha celebrado el concierto como contrato de servicio público, con obligación, merced a la Ley que los regula, de no causar daños a terceros como consecuencia del desarrollo del servicio.

Por tanto, si el daño tiene lugar y el tercero, beneficiario del servicio que no ha sido parte en el contrato de naturaleza administrativa, ejercita acción para el resarcimiento de daño sufrido, tal acción tiene su encaje en el artículo 1902 del Código Civil y, por ende, el plazo de prescripción será el de un año previsto en el artículo 1968.2 del citado Código por la remisión que hace este al artículo 1902 del mismo cuerpo legal.

A la vista de lo anterior, la Sala fija como doctrina que *«la acción que ejercite el mutualista funcionario civil del Estado contra la Entidad con la que haya concertado su Mutualidad la prestación de asistencia sanitaria, a fin de reclamar aquél el daño sufrido por la prestación del servicio, tiene como plazo de prescripción el de un año»*.

**Aunque haya impago de póliza, las aseguradoras deben indemnizar accidentes hasta que no comuniquen por escrito la baja del cliente**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 10 de septiembre de 2015*

Al hilo de una reclamación derivada de un accidente de tráfico, el Tribunal Supremo aprovecha para unificar y sentar doctrina con relación a la obligación de la compañía aseguradora sobre la exigencia o no de que quede liberada de su obligación de indemnizar ante un impago de la prima por el tomador culpable.

A tal efecto, se fija como doctrina que, a los efectos previstos en el artículo 15.1 de la Ley de Contrato de Seguro, en caso de impago de la primera prima o prima única, en una póliza de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, la siguiente: *«para que la compañía aseguradora quede liberada de la obligación de indemnizar al perjudicado en el contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor por impago de la primera prima o prima única por culpa del tomador, es necesario que acredite haber dirigido al tomador del seguro un correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio admitido en derecho que permita tener constancia de su recepción, por el que se notifique la resolución del contrato»*.

**Enriquecimiento injusto de la arrendataria que, fingiéndose propietaria del local arrendado, lo arrendó por una renta muy superior a la que ella abonaba**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de octubre de 2015*

En el supuesto de autos se discutía la existencia de enriquecimiento injusto por parte de una arrendataria de un local, que, haciéndose pasar por su propietaria, lo arrendó a un tercero por una renta muy superior a la que ella abonaba.

Considera el Tribunal Supremo que la línea de argumentación en la que se debe analizar la doctrina del enriquecimiento injusto debe partir de la premisa de que la conducta de la arrendataria-demandada no encuentra amparo en el contrato, ni en precepto legal ni en resolución judicial alguna, esto es, simuló la posición de propietaria. Dado que en el contrato de arrendamiento esta tenía prohibida la cesión, subarriendo o traspaso, actuó al margen del contrato, pues cedió el local en una condición (propietaria) que no tenía.

Como consecuencia de esta conducta, la arrendataria-demandada, que operó al margen del contrato, disfrutó de un notable enriquecimiento que provocó al mismo tiempo en el propietario un correlativo menoscabo patrimonial, frustrando el lucro al que legítimamente podía aspirar y que dejó de percibir.

Por ello, la sentencia estima el recurso por infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al enriquecimiento injusto, al haberse generado este y ser además cuantificable por la diferencia entre las rentas percibidas por la propiedad y las obtenidas por la arrendataria-demandada, condenando a esta última a devolver dicha diferencia.

Se ratifica como doctrina jurisprudencial la que emana de las sentencias de 5 de noviembre de 2004 y 19 de julio de 2012, entre otras, en el sentido de que *«para que exista un enriquecimiento realmente injusto y, por tanto, antijurídico, es preciso que se demuestre que alguien ha adquirido una utilidad que no provenga del ejercicio sin abuso de un derecho legítimo atribuido por un contrato, por una sentencia judicial o por un precepto legal»*.

**El Pleno del Tribunal Supremo anula por «usurario» el crédito de un banco a un consumidor a un interés del 24,6 %**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2015*

La sentencia resuelve sobre la demanda interpuesta por una entidad financiera frente a uno de sus clientes en reclamación de 12.269,40 euros por las cantidades dispuestas de un crédito más los intereses correspondientes.

En concreto, el demandado concertó con la entidad financiera en el año 2001 un contrato de crédito que le permitía hacer disposiciones mediante llamadas telefónicas o mediante una tarjeta expedida por la entidad bancaria. El tipo de interés remuneratorio fijado en el contrato era del 24,6 % TAE y el de interés de demora, el resultante del interés remuneratorio más 4,5 puntos porcentuales.

El demandado realizó disposiciones y la entidad bancaria fue cargando mensualmente cuotas de principal e intereses. A partir del año 2009, comenzaron a impagarse esas cuotas y a devengarse intereses de demora.

En el año 2011, el banco interpuso la demanda en reclamación de las cantidades debidas y el demandado opuso el carácter usurario del crédito, que fue rechazado tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial.

No obstante, el Tribunal Supremo, en la sentencia analizada, revoca la resolución de segunda instancia y desestima la demanda por entender que el crédito sí resulta usurario. En concreto, entiende que (i) el interés remuneratorio fijado era de más del doble del interés medio de los créditos cuando se firmó el contrato; (ii) por tanto, se situaba en un tipo notablemente superior al *«interés normal»* del dinero (distinto del interés legal); y (iii) que, en el concreto caso de autos, no existían circunstancias excepcionales (a probar por la entidad financiera) que justificasen la aplicación de un tipo de interés tan alto al prestatario.

En consecuencia, declara nulo el crédito concertado y, en la medida en que el demandado sí había satisfecho cantidades superiores al principal dispuesto, desestima íntegramente la demanda.

**La normativa nacional puede permitir a los jueces la moderación de cláusulas abusivas bajo ciertos requisitos, y la consideración de una cláusula como abusiva debe desplegar todos los efectos que le son propios, con independencia de que en la práctica no se haya actuado de forma abusiva**

*Auto de la Sala Sexta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015*

En el marco de un procedimiento ejecutivo seguido por una entidad bancaria frente a sus clientes por el cobro de las deudas impagadas de un contrato de préstamo hipotecario, un juzgado de primera instancia de Santander planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia Europeo.

En el supuesto de hecho, el contrato incluía una cláusula de intereses moratorios del 20 % y otra que permitía al Banco declarar el vencimiento anticipado del préstamo en caso de impago de cualesquiera cuotas correspondientes a principal o intereses.

A raíz del impago de cuatro cuotas, el banco declaró el vencimiento anticipado del préstamo e inició el procedimiento ejecutivo. El juzgado de instancia entendió: (i) que la cláusula de intereses moratorios era abusiva por su elevada cuantía; y (ii) que la cláusula de vencimiento anticipado era nula por no recoger que debía producirse el impago de al menos tres cuotas de principal (según la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Sin embargo, el juzgado mantenía dudas acerca de las consecuencias de constatar la abusividad y planteó las siguientes cuestiones:

(i) La manera de conjugar que, en virtud de la legislación nacional aplicable, los intereses moratorios que sean superiores a tres veces el interés legal del dinero deben reducirse hasta quedar por debajo de este límite máximo; mientras que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el juez nacional carece de facultades para moderar una cláusula abusiva.

(ii) Cómo proceder ante una cláusula de vencimiento anticipado que es abusiva por no incluir la previsión de impago de tres cuotas, pero que, en la práctica, ha sido cumplida por la entidad financiera al respetar ese plazo y vencer anticipadamente el crédito tras cuatro cuotas impagadas.

En este sentido, el Tribunal de Justicia declara, respectivamente, que:

— La normativa nacional puede otorgar al juzgador la facultad de moderar los intereses moratorios siempre que esa normativa no prejuzgue la apreciación del carácter «abusivo» de la cláusula y no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en caso de que llegue a la conclusión de que es abusiva.

— Cuando el juez nacional haya constatado el carácter abusivo de una cláusula, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no impide que se apliquen todas las consecuencias de su abusividad.

**El Tribunal Supremo reitera la doctrina jurisprudencial sobre la abusividad de cláusulas que prevean el libramiento de pagarés en garantía de préstamos celebrados con consumidores**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de noviembre de 2015*

El Tribunal Supremo ha reiterado la doctrina jurisprudencial ya fijada anteriormente en su sentencia del Pleno de 12 de septiembre de 2014. En virtud de dicha doctrina, será abusiva la condición general incluida en un contrato de préstamo concertado con consumidores cuando: (i) se prevea la firma por el prestatario (y en su caso por el fiador) de un pagaré en garantía del pago; y (ii) se prevea que el importe por el que se presentará la demanda de juicio cambiario sea complementado con base en la liquidación realizada unilateralmente por el prestamista. Una cláusula de estas características no podrá ser tenida por incorporada al contrato de préstamo y, por ende, conllevará la ineficacia de la declaración cambiaria.

Pues bien, en aplicación de esta doctrina se estima el recurso de casación interpuesto por un consumidor que suscribió con una entidad financiera un préstamo formalizado en documento privado y en cuyo clausulado se contenía una condición general como la indicada. Tras declarar el vencimiento anticipado del préstamo, la entidad financiera interpuso demanda de juicio cambiario que fue estimada en la instancia y confirmada en apelación.

Sin embargo, el Tribunal Supremo casa la sentencia de segunda instancia recordando que los efectos cambiarios, cuando los obligados son consumidores, deben ser aplicados con especial cautela debido a su excepcional agresividad y eficacia.

En este sentido, teniendo en cuenta que el contrato de préstamo no constaba en documento público (y, por tanto, carecía de efecto ejecutivo), la Sala considera que el libramiento del paga-

ré mejora sustancialmente la posición jurídica de la entidad frente al consumidor. El título cambiario le permite el acceso a un procedimiento privilegiado para el cobro de su crédito, sin que la renuncia a la intervención de fedatario público implique contrapartidas sustanciales para el consumidor. Más bien al contrario, la entidad financiera consigue eludir los controles administrativos de información y transparencia.

Por último, el uso del procedimiento especial cambiario en lugar del ejecutivo de títulos no judiciales impide al tribunal controlar de oficio las cláusulas abusivas —al basarse la acción no en el contrato sino en el pagaré— y, además, la oposición del consumidor demandado se dificulta por el desconocimiento de los términos en que el prestamista ha efectuado la liquidación.

**El deber de información en la contratación de productos financieros de riesgo es una obligación activa que recae sobre la empresa de servicios de inversión. Su incumplimiento no implica necesariamente la existencia de error, pero sí su excusabilidad**

*Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15, 20 y 30 de octubre de 2015*

En las tres resoluciones, la Sala confirma su jurisprudencia anterior reiterando que el mero incumplimiento por parte de la empresa de servicios de inversión de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero sí puede incidir en la apreciación de un vicio en el consentimiento por parte del cliente.

El Tribunal Supremo subraya que el deber de información es una obligación activa y no de mera disponibilidad: la empresa de servicios de inversión tiene la obligación de facilitar la información que le impone la normativa del mercado de valores. El incumplimiento del deber de información referido puede conllevar que el error se considere excusable.

Por último, cabe destacar que en su resolución de 15 de octubre, la Sala de lo Civil determina la información que debe suministrarse al cliente al que se ofrece un contrato *swap*, destacando que debe informarse sobre (i) los concretos riesgos del producto (sin que quepa apreciar error cuando no se ha ofrecido información sobre una futura evolución de los tipos de interés); (ii) el hecho de que los beneficios derivados del contrato son reflejo de un potencial riesgo y el posible conflicto de interés para la empresa de servicios de inversión; (iii) el valor de mercado inicial del *swap* o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación; y (iv) que su riesgo no solo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real.

**La nulidad de pleno derecho no es susceptible de convalidación posterior**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 2015*

En el caso de autos, el Tribunal Supremo estima los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia que, a su vez, había revocado la sentencia de primera instancia.

La Audiencia Provincial de Valencia, revocó la decisión de instancia de declarar la nulidad de la operación litigiosa, a pesar de que no constaba documento alguno relativo a la suscripción de la citada operación, fundamentando su decisión en (i) la existencia de un contrato de gestión de valores previo y (ii) los claros actos propios posteriores del demandante, quien había percibido durante más de diez años los rendimientos derivados de la operación litigiosa sin mostrar objeción alguna.

El Tribunal Supremo anula la resolución de la Audiencia Provincial de Valencia confirmando la de primera instancia. Así, la Sala destaca que la ausencia de documento relativo a la suscripción de la operación redundaba en la ausencia completa de consentimiento y, por lo tanto, en la nulidad radical y absoluta de la operación, no siendo posible convalidar dicha operación mediante actos propios posteriores.

**Devolución de prestaciones cuando la entidad financiera comercializa productos emitidos por otras entidades**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 2015*

En la instancia, se declaró la nulidad por error en el consentimiento de un bono estructurado comercializado por una entidad financiera y se condenó a la parte demandada a la devolución de prestaciones *ex artículo 1303 del Código Civil*.

Pues bien, la entidad financiera cuestionó ante el Tribunal Supremo su obligación de abonar a los demandantes la cantidad invertida en el producto, argumentando que su obligación restitu-

toria se limitaría a la comisión cobrada a la parte actora. La parte recurrente fundamentó dicha tesis en que el banco actuó como mero intermediario en la comercialización del bono, habiendo transferido a la entidad emisora del producto el nominal invertido por los demandantes.

Con base en las circunstancias que seguidamente se exponen, el Tribunal Supremo rechazó dicha tesis al entender que la entidad financiera había actuado, más que como un comisionista, como un auténtico distribuidor del producto, asumiendo, por tanto, el riesgo de la operación: (i) la iniciativa de contratación partió de la entidad financiera, no de los suscriptores; (ii) la entidad financiera comercializó el producto actuando en nombre propio; y (iii) fue el banco quien configuró el producto a la medida de los clientes.

**El «dies a quo» para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de anulabilidad del art. 1303 del Código Civil y carga de la prueba con relación al cumplimiento del deber de información en la contratación de productos financieros**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 2015*

En el marco de un litigio relativo a la anulabilidad por error en el consentimiento en la contratación de unas participaciones preferentes, el Tribunal Supremo estima los recursos interpuestos por la contratante de las participaciones, que había visto desestimadas sus pretensiones en la instancia con base en (i) la caducidad de la acción de anulabilidad y (ii) la falta de acreditación de la insuficiencia de la información prestada por la entidad financiera, cuya carga probatoria se atribuye en la instancia a la recurrente.

En materia de caducidad, la Sala reitera el criterio ya establecido en la STS de 12 de enero de 2015, en virtud del cual el *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de anulabilidad del artículo 1303 del Código Civil solo puede iniciarse desde que el demandante puede razonablemente conocer la existencia del vicio. Así, en materia de contratación de productos financieros, dicho momento vendrá referido, por ejemplo, al acaecimiento de circunstancias reveladoras de la complejidad del producto, tales como la suspensión de liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses.

En cuanto a la carga de la prueba en materia de información, el Tribunal Supremo rechaza que la insuficiencia probatoria sobre este extremo deba perjudicar al cliente, dado que (i) se trata de hechos que, conforme a la normativa aplicable, enervarían la eficacia de otros hechos alegados y acreditados por la demandante (la propia contratación de los productos litigiosos), y (ii) la entidad financiera tiene mayor facilidad que el consumidor para la acreditar la suficiencia de la información prestada a este.

**Aplicación del principio de interpretación «contra proferentem» en la cláusula del cálculo de valor de cancelación de un producto financiero estructurado**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de julio de 2015*

En el caso enjuiciado la controversia entre los demandantes (suscriptores de un bono estructurado) y la parte demandada (una entidad financiera) versaba sobre la fecha que debía ser tenida en cuenta para el cálculo del valor de cancelación del producto suscrito. De conformidad con el correspondiente contrato, los inversores tenían la facultad de cancelar anticipadamente el producto una vez cada seis meses («*fecha de cancelación*»), y recibirían 40 días después un valor determinado según fórmulas previstas en el acuerdo («*fecha de liquidación*»).

Pues bien, con posterioridad al ejercicio por parte de los inversores de la facultad de cancelación de la inversión (pero antes de que transcurrieran los 40 días previstos para el abono de la correspondiente liquidación), uno de los fondos a los que estaba referenciado el producto sufrió un notable descenso en su valor, lo que provocó un correlativo descenso de la liquidación a recibir por los demandantes. Esta circunstancia suscitó la cuestión, no resuelta por el contrato, respecto de si la fecha relevante para el cálculo de la liquidación a recibir por los inversores debía ser la «*fecha de cancelación*» o la «*fecha de liquidación*».

El Juzgado y la Audiencia Provincial de Madrid fallaron a favor de la entidad financiera, considerando que la fecha relevante para el cálculo de la liquidación debía ser la «*fecha de liquidación*». Por el contrario, el Tribunal Supremo entendió que, con base en el principio de interpretación *contra proferentem*, previsto en el artículo 1288 del Código Civil, los riesgos acaecidos con posterioridad a la «*fecha de cancelación*» debían perjudicar a la entidad financiera, puesto que el contrato —y, por tanto, la cláusula considerada «*oscura*»— era de adhesión, que había sido prerredactado e impuesto por la entidad financiera.

**La acumulación de acciones es procedente siempre y cuando exista una conexión suficiente entre el título y la causa de pedir**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de octubre de 2015*

El Tribunal Supremo establece que la acumulación de acciones ejercitadas por diversos clientes frente a una entidad financiera resulta posible si existe una *conexión* suficiente entre el título y la causa de pedir de las acciones acumuladas, aunque estos no sean idénticos.

En este supuesto, diversos clientes habían adquirido, o bien productos emitidos por Lehman Brothers, o bien emitidos por los bancos islandeses Landsbanki y Kaupthing, y pretendían que se condenara al banco al pago de una indemnización como consecuencia del incumplimiento de una serie de obligaciones. La parte actora argumentaba que todos los clientes eran minoristas y que ambos tipos de productos habían sido comercializados siguiendo un mismo patrón de conducta por la entidad financiera. Por su parte, el banco opuso como excepción la indebida acumulación de acciones, dado que los productos comercializados, sus cuantías y la manera de comercialización, entre otros aspectos, eran diferentes.

La excepción fue rechazada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 87 de Madrid y fue estimada por la Sección 21.ª bis de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid. No obstante, la Sala recuerda su doctrina sobre la acumulación de acciones, que se resume en cuatro puntos: (i) flexibilidad; (ii) distinción entre título, como negocio jurídico y título como causa de pedir; (iii) relevancia primordial de la conexión jurídica o conexión causal entre las acciones ejercitadas; y (iv) evitación de dilaciones indebidas siempre que no se mermen ni restrinjan los medios de defensa e impugnación de las partes.

Por todo ello, el alto Tribunal reconoce que pese a que pueden darse algunas diferencias entre las circunstancias particulares de cada una de las acciones acumuladas (cuantía de la inversión, el emisor del producto adquirido o circunstancias de la contratación) debe primar la conexión existente entre las distintas acciones, ya que la estrategia utilizada para comercializar los productos, la información suministrada a los clientes, las características de los productos comercializados y la cualidad de minoristas de los clientes eran comunes en todos los casos.

**Efectos interruptivos de la prescripción en la responsabilidad de las personas que intervienen en el proceso constructivo**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de septiembre de 2015*

En la Sentencia, el Tribunal Supremo reitera su doctrina referente a la responsabilidad solidaria por vicios constructivos regulada en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación («LOE»), ya recogida en las sentencias de 16 de enero y 20 de mayo de 2015.

En el supuesto enjuiciado se demandó al arquitecto técnico y se solicitaba que se le condenara a (i) ejecutar a su costa obras de reparación de las deficiencias constructivas de la vivienda del actor, (ii) abonar la factura de pintura y (iii) al pago de las costas procesales.

En primera instancia, se estimó parcialmente la demanda, y se condenó al arquitecto técnico a ejecutar a su costa las obras de reparación y a abonar la factura correspondiente. Ambas partes recurrieron la resolución de la instancia, y ambos recursos fueron desestimados por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias.

El arquitecto técnico interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias. El motivo principal del recurso se basaba en la vulneración que haría la sentencia de referencia al estimar que, el artículo 17.3 de la LOE «*introduce responsabilidad solidaria del promotor que permite extender los efectos interruptivos de la prescripción a otros agentes*», hecho que se opone a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo, reiterando el criterio ya establecido en sus sentencias de 16 de enero y 20 de mayo de 2015, razona que (i) si no puede individualizarse la causa de los daños previstos en la LOE o (ii) no puede quedar debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, entonces la exigencia de la responsabilidad solidaria que se derive, aunque de naturaleza legal, no puede identificarse, plenamente, con el vínculo obligacional solidario que regula el artículo 1137 del Código Civil, por tratarse de una responsabilidad determinada por la sentencia judicial que la declara.

En consecuencia, al interpretar el Tribunal Supremo que la solidaridad que regula el artículo 17.3 de la LOE se refiere a su modalidad impropia, resulta necesario interrumpir la prescripción

respecto de todos los posibles responsables solidarios. Es decir, la reclamación al promotor por sí sola no interrumpe el plazo de prescripción respecto de los otros intervinientes.

**La DGRN revisa su doctrina y declara que para inscribir la renuncia al cargo de apoderado de una sociedad no es necesaria la notificación a la mercantil**

*Resolución de la DGRN, de 30 de julio de 2015*

La resolución analizada tiene origen en la presentación en el Registro Mercantil de una escritura por la que el apoderado solidario de cuatro sociedades de responsabilidad limitada renuncia a dicho cargo y requiere al notario autorizante para que notifique la renuncia a las sociedades, siendo devueltas tales comunicaciones.

La registradora mercantil no practicó la correspondiente inscripción al (i) no constar acreditada la recepción de la notificación de la renuncia por las sociedades, efectuada por correo certificado con aviso de recibo; (ii) ni constaba haberse practicado la notificación en la otra forma prevista en el artículo 202 del Reglamento Notarial; y (iii) aprovechó para advertir que la notificación también puede realizarse al domicilio de las personas a las que se refiere el artículo 235 de la Ley de Sociedades de Capital.

El apoderado cesante recurrió la resolución del registrador mercantil, al considerar que (i) la calificación no era aplicable al caso por referirse a la renuncia de los administradores y ser exigida su notificación por el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil; y (ii) la renuncia del apoderado no guarda identidad con esos supuestos y, conforme al artículo 94.1.5.º de dicho Reglamento, es inscribible sin necesidad de notificación alguna a la sociedad.

La Dirección General, en otras resoluciones (de 26 de febrero de 1992 y 21 de mayo de 2001), exigió para poder inscribir en el Registro Mercantil la renuncia del apoderado que se notificara a la sociedad en aplicación del artículo 1736 del Código Civil, sobre la base de que la sociedad debe tener conocimiento de la renuncia para adoptar las medidas adecuadas.

Sin embargo, al hilo del caso analizado revisa su doctrina y establece que, si bien es cierto que el artículo 147.1 del Reglamento del Registro Mercantil exige para la inscripción de la dimisión de los administradores un escrito de renuncia notificado a la sociedad, ninguna exigencia análoga se establece en relación con la renuncia del apoderado. En este sentido, la Resolución resalta que es diferente la inscripción del nombramiento de administrador a la inscripción del nombramiento del apoderado, pues si bien en el primer caso el artículo 141 del Reglamento del Registro Mercantil exige que conste la aceptación del cargo por el administrador nombrado, este requisito no se exige para la inscripción del nombramiento de apoderado, por lo que tampoco la inscripción de la renuncia en uno y otro caso deben someterse a idénticos requisitos.

**Los créditos derivados de contratos de permuta financiera en que el deudor se encuentre en concurso son créditos concursales y no contra la masa, con independencia de que se hayan devengado antes o después de la declaración de concurso**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de noviembre de 2015*

La sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto por la administración concursal de una sociedad en concurso mediante el que se pretendía que el Tribunal Supremo casara la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1.ª) y declarara en unificación o fijación de doctrina que los créditos derivados de las liquidaciones de contratos o productos de permuta financiera de tipos de interés se califiquen como créditos concursales y no como créditos contra la masa.

El recurso de casación traía causa del incidente concursal promovido por una entidad financiera por el que pretendía, entre otros extremos, que se calificara como crédito contra la masa un crédito resultante de la liquidación trimestral de un contrato de *swap* vencido antes de la declaración de concurso, así como que recibieran el mismo tratamiento las liquidaciones posteriores.

El Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Toledo desestimó el citado incidente por entender inaplicable el artículo 61.2 de la Ley Concursal («LC»). Sin embargo, la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1.ª), tras exponer las posiciones contradictorias existentes entre las distintas Audiencias Provinciales, estimó el recurso de apelación interpuesto y declaró el carácter de crédito contra la masa del crédito de la entidad financiera, al entender aplicables los artículos 16.2 del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo («RDL 5/2005»), y 61.2 y 84, apartados 5.º y 6.º, de la LC.



El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la administración concursal, casando la sentencia de apelación, y fija como doctrina jurisprudencial que «*Los créditos derivados de contratos de permuta financiera en que el deudor se encuentre en concurso son créditos concursales y no contra la masa, con independencia de que se hayan devengado antes o después de la declaración de concurso*».

El alto Tribunal alcanza la anterior conclusión con base en los siguientes argumentos:

(i) No es de aplicación el artículo 61.2 de la LC porque el *swap* no es un contrato que produzca obligaciones recíprocas entre las partes, sino únicamente obligaciones para una sola de las partes en cada una de las liquidaciones previstas, sin perjuicio de que el riesgo sea bilateral y por la aleatoriedad propia de tal contrato puede que la parte para la que se generan obligaciones no sea la misma en todas las liquidaciones;

(ii) El contrato objeto de enjuiciamiento no puede ampararse en la normativa especial constituida por el RDL 5/2005 para su calificación del crédito como contra la masa, por cuanto la entidad acreedora no está haciendo valer un saldo neto —como obligación única— del producto de la liquidación de una pluralidad de operaciones amparadas en el contrato marco de operaciones financieras, y calculado conforme a lo establecido en él, sino, a efectos de clasificación de créditos, las liquidaciones resultantes de una única operación financiera, el contrato *swap*, que no cabe identificar sin más con el acuerdo de compensación al que se refieren los artículos 5 y 16 del citado RDL 5/2005.

(iii) La caracterización de un crédito como contra la masa tiene fundamento en su utilidad para la tramitación del propio procedimiento de concurso o en su contribución a la continuación de la actividad del deudor, y resulta difícil considerar que los contratos de *swap* respondan a alguna de estas categorías. Por ello, para la clasificación en el concurso de los créditos derivados de este tipo de contratos, no resulta aplicable al artículo 84.2 ni en su párrafo 6.º ni en el 9.º de la LC.

**El mero hecho de que los acreedores hayan comunicado el crédito en el concurso del deudor cedente no supone que presten su consentimiento a la cesión. La inexistencia de un consentimiento inequívoco provoca una asunción cumulativa de la deuda, sin que sea deudor únicamente el cedente, sino también el cedido**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 2015*

En el supuesto de autos, los demandantes reclamaban el reconocimiento de un crédito en el concurso de una sociedad —la vendedora— por la venta por parte de esta a otra —la compradora— de las acciones de una tercera, de las que los demandantes eran titulares, obligándose la compradora a pagar a los demandantes el precio de las acciones que de hecho la vendedora aún no había abonado. Posteriormente a la venta, tanto la vendedora como la compradora se declararon en concurso de acreedores.

En primera instancia, el Juzgado Mercantil n.º 3 de Alicante estimó la demanda al entender que, al no haber consentido la cesión, esta no producía efectos liberatorios respecto de la deuda que la vendedora había asumido frente a los demandantes.

Frente a dicha resolución, la vendedora interpuso recurso de apelación que fue resuelto por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, que revocó parcialmente la sentencia de instancia y resolvió excluir los mencionados créditos, al haberse dictado ya en el concurso de la compradora una sentencia (devenida firme) por la que se reconocían los créditos correspondientes a los demandantes y, al no haber sido recurrida la anterior resolución, los demandantes habrían consentido, supuestamente, la cesión.

Frente a este pronunciamiento, tanto la administración concursal de la vendedora como los demandantes interpusieron sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación.

El Tribunal Supremo, tras desestimar los recursos por infracción procesal, decide estimar los recursos de casación, al entender que la cesión de créditos, para tener efectos liberatorios respecto del deudor originario, requiere de un consentimiento expreso e inequívoco (no deducible de meras conjeturas ni presunciones). Al no constar en el caso de autos el referido consentimiento por parte de los demandantes a la cesión, se produjo una asunción cumulativa de la deuda, pudiendo los demandantes reclamar el pago tanto a la vendedora como a la compradora y, en sede concursal, estando habilitados para comunicar los créditos en ambos concursos.

El único límite, en opinión del Tribunal Supremo, es el art. 161 de la LC, que impide a los acreedores percibir, en el marco de varios concursos en los que se ha comunicado el mismo crédito, un importe superior al comunicado.

## [Portugal]

### Declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral – Força executiva dos documentos particulares emitidos em data anterior à entrada em vigor do novo CPC

#### *Acórdão n.º 408/2015 – Tribunal Constitucional (DR 201, Série I, de 2015-10-14)*

Na sequência dos acórdãos n.os 847/2014 e 161/2015, bem como da decisão sumária n.º 130/2015, veio o Ministério Público requerer a apreciação e declaração, com força obrigatória geral, da norma resultante dos artigos 703.º do Código de Processo Civil (CPC) e 6.º, n.º 3, da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, «na interpretação de que aquele artigo 703.º se aplica a documentos particulares emitidos em data anterior à da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil e então exequíveis por força do artigo 46.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Civil de 1961».

Com efeito, da aplicação conjugada das referidas disposições legais, resultava que os documentos particulares emitidos durante a vigência do anterior CPC perdiam a qualidade de título executivo nos processos executivos a instaurar após a entrada em vigor do novo CPC.

O Tribunal Constitucional considerou que esta alteração legislativa prejudicava os credores portadores de documentos particulares que não tivessem sido dados à execução, considerando também que se tratava de uma alteração legislativa com a qual estes não podiam razoavelmente contar e que atentava contra o princípio da proteção da confiança dos particulares.

Por esse motivo, veio Tribunal Constitucional declarar, com força obrigatória geral, a «inconstitucionalidade da norma que aplica o artigo 703.º do Código de Processo Civil, aprovado em anexo à Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, a documentos particulares emitidos em data anterior à sua entrada em vigor, então exequíveis por força do artigo 46.º, n.º 1, alínea c), do CPC de 1961, constante dos artigos 703.º do CPC, e 6.º, n.º 3, da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, por violação do princípio da proteção da confiança (artigo 2.º da Constituição)».

### Uniformização de Jurisprudência – Atenuação especial em contraordenações ambientais

#### *Acórdão n.º 13/2015 – Supremo Tribunal de Justiça (DR 202, Série I, de 2015-10-15)*

O presente acórdão tem por objeto a questão de saber se, no âmbito de contraordenação ambiental, é possível a atenuação especial de coima por aplicação do artigo 72.º do Código Penal, por força do artigo 2.º da Lei n.º 50/2006, de 26 de Agosto e artigo 32.º do Regime Geral das Contraordenações.

O referido artigo 72.º do Código Penal estabelece que o tribunal poderá atenuar especialmente a pena, para além dos casos expressamente previstos na lei, quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena, como por exemplo ter havido atos demonstrativos de arrependimento sincero do agente ou reparação dos danos.

Pronunciando-se em sede de recurso extraordinário para uniformização de jurisprudência, o STJ considerou que a atenuação especial da pena é instituto acolhido no seio dos crimes ambientais, em alguns casos de forma expressa, (como, por exemplo, no crime de violação de regras urbanísticas, artigos 278.º-A e 278.º-B) e noutros por remissão (artigo 286.º do Código Penal, para crimes ambientais e outros de perigo comum).

Concluindo não haver razão para não aplicar de forma subsidiária aquela cláusula geral de atenuação também no âmbito das contraordenações ambientais, o STJ fixou a seguinte jurisprudência: «É aplicável às contra-ordenações ambientais a atenuação especial nos termos do artigo 72.º do Código Penal, ex vi do disposto no artigo 2.º da Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto e 32.º do RGCO».

## PROCESAL PENAL\*

### 1 · JURISPRUDENCIA

#### [España]

#### Interpretación de la Fiscalía General del Estado del régimen de responsabilidad penal de la empresa introducido por la LO 1/2015

*Circular de la Fiscalía General del Estado («FGE») 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015*

La Circular FGE 1/2016 contiene las directrices de la Fiscalía General del Estado a los miembros de la carrera Fiscal, en relación con el nuevo régimen de responsabilidad penal de la empresa, introducido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (la «LO 1/2015»), de reforma del Código Penal (el «CP»).

Destacamos a continuación 10 cuestiones que reflejan el criterio adoptado por la Fiscalía General de Estado en relación con dicha reforma:

(i) *¿Ha introducido la LO 1/2015 un cambio sustancial en el régimen de la responsabilidad penal de la empresa introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (la «LO 5/2010»)?*

De acuerdo con la FGE, la LO 1/2015 no tiene el propósito de modificar el régimen de la responsabilidad penal de la empresa introducido por la LO 5/2010, sino que tiene el fin de aclararlo.

(ii) *¿Cuál es el modelo de atribución de responsabilidad penal a la empresa?*

La LO 1/2015 mantiene un modelo de responsabilidad penal por transferencia o de tipo vicarial. Es decir, la persona jurídica responderá penalmente del delito cometido por «otro» (sus representantes, directivos, empleados, subordinados, etc.). Y se mantiene un sistema *numerus clausus*: solo cabe la responsabilidad penal de la empresa por aquellos delitos respecto de los que se prevé expresamente su posible responsabilidad penal.

Así, la FGE sostiene que el modelo de atribución de responsabilidad penal a la empresa basada en la culpabilidad por defecto de organización (esto es, cuando la persona jurídica omite la adopción de medidas de prevención exigibles) no es acorde con el tenor literal de la reforma del CP (art. 31 bis CP). Incluso en el supuesto de los delitos cometidos por los subordinados (apartado b) del art. 31 bis.1 CP), el presupuesto de la responsabilidad de la empresa no es un defecto de organización, sino el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control por parte de los dirigentes de la empresa previstos en el apartado a) del art. 31 bis.1 CP (representantes legales, personas autorizadas para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o que ostentan facultades de organización y control). Así, el presupuesto de la responsabilidad de la empresa es siempre la actuación de «otro».

Ello tampoco implica, de acuerdo con la FGE, que se establezca un sistema de responsabilidad automática u objetiva de la empresa, entre otros motivos, porque se establece que los modelos de organización y gestión para la prevención de delitos son una posible causa de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

(iii) *¿Qué debe probar la parte acusadora para que la persona jurídica pueda ser condenada penalmente? ¿Debe la acusación probar que los programas de control no eran eficaces?*

La acusación solo deberá probar la conducta delictiva de los dirigentes de la empresa (apartado a) del art. 31 bis.1 CP) o el incumplimiento grave de sus deberes de supervisión, vigilancia y

\* Esta sección ha sido coordinada por Ismael Clemente, y en su elaboración han participado Marcos Jornet Meseguer, Borja Sánchez Barroso, Sara Sanz Castillo, Matilde Fourey González, Rita Castanheira Neves, Luís Bertolo Rosa, Melissa Pereira, Gonçalo Andrade e Sousa y Filipe Casqueiro, de las Áreas de Derecho Público, Procesal y Arbitraje, y Mercantil, de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona, Valencia y Lisboa).

control sobre los subordinados que han podido cometer el delito (apartado b) del art. 31 bis.1 CP). La existencia de programas de control constituirá una referencia para medir las obligaciones de los dirigentes de la empresa que pudieron ser incumplidas.

Para la FGE, la acusación no debe probar la falta de eficacia de los programas de prevención de delitos, sino que es la propia empresa la que deberá acreditar su eficacia para que pueda quedar exenta de responsabilidad (una vez quede acreditado por la acusación lo indicado en el párrafo anterior).

*(iv) ¿Cuáles son los criterios para determinar si hubo un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control por parte de los dirigentes de la empresa, en el caso de los delitos cometidos por subordinados (apartado b) del art. 31 bis.1 CP)? ¿Pueden dichos dirigentes resultar penalmente responsables junto con los subordinados que han cometido el delito?*

De acuerdo con la FGE, los modelos de organización y control permitirán identificar las obligaciones de vigilancia y control que recaen sobre cada dirigente de la empresa.

En todo caso, quedan fuera del ámbito del Derecho penal los incumplimientos no considerados graves, que podrán en su caso tener relevancia en el ámbito mercantil o administrativo. En estos casos, seguiría siendo posible la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa, por los delitos cometidos por sus empleados (art. 120.4.º CP).

Asimismo, para la FGE el dirigente omitente del control también puede responder de un delito, ya sea doloso (en comisión por omisión) o imprudente (en este último caso, lógicamente, solo si el CP prevé la posible comisión imprudente del delito en cuestión). En estos casos, también sería aplicable el apartado a) del art. 31 bis.1 CP (delito cometido por dirigentes) para la atribución de responsabilidad penal a la empresa, además del apartado b) (delito cometido por subordinados). Así, en este sentido, la Circular 1/2016 instruye a los miembros del Ministerio Fiscal a que acusen a la persona jurídica por ambos títulos de imputación (esto es, por los apartados a) y b) del art. 31 bis.1 CP). En palabras de la Circular FGE: «*Se origina así la simultánea concurrencia de los dos criterios de atribución de responsabilidad a la persona jurídica: por un lado, el de la letra b), por el delito cometido por el subordinado, y, por otro lado, el de la letra a), por el delito implícito en el incumplimiento grave de sus deberes por las personas incluidas en este apartado*».

En lo que respecta a los subordinados sometidos a la autoridad de los dirigentes de la empresa (apartado b) del art. 31 bis.1 CP), no es necesario que tengan un vínculo formal con ella mediante un contrato laboral o mercantil, quedando incluidos los trabajadores autónomos o subcontratados, siempre que actúen dentro del dominio social.

*(v) ¿Puede la persona jurídica resultar penalmente responsable por la actuación de su oficial de cumplimiento (compliance officer)?*

La LO 1/2015 amplía el círculo de los sujetos que pueden transferir la responsabilidad penal a la empresa, en virtud del apartado a) del art. 31 bis.1 CP (delitos cometidos por dirigentes). La reforma introduce a quienes «*ostentan facultades de organización y control*» en la empresa, englobando potencialmente a los cargos y mandos intermedios. Entre estos sujetos podrá incluirse el oficial de cumplimiento, con facultades de vigilancia y control para la prevención de delitos.

Asimismo, si el oficial de cumplimiento omite sus obligaciones de control, la FGE considera que en ningún caso la persona jurídica podrá resultar exenta de responsabilidad penal, dado que para ello se exige que «*no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control*» por parte del órgano encargado de la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención de delitos (condición 4.ª del art. 31 bis.2; además, en estos casos, la FGE considera que «*el modelo no habrá sido ejecutado con eficacia*»).

*(vi) ¿Cómo se interpreta el requisito de que la persona física actúe «en beneficio directo o indirecto» de la persona jurídica?*

La conducta de la persona física debe ser objetivamente idónea para conseguir un beneficio directo o indirecto a la persona jurídica, siendo irrelevante la intención de la persona física o si dicho beneficio se ha conseguido efectivamente.

Se incluyen tanto los beneficios económicos como los de otra naturaleza, los beneficios obtenidos a través de terceros (ej.: en el caso de los grupo de sociedades), los consistentes en un ahorro de costes *«y, en general, todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales»*.

(vii) *¿Puede la persona jurídica responder de los delitos imprudentes cometidos por los miembros de la organización?*

La FGE reconoce que la exigencia de que la persona física actúe *«en beneficio directo o indirecto»* de la persona jurídica es difícilmente compatible con el delito imprudente. Asimismo, *«las previsiones de política criminal tampoco buscan, en principio, sancionar al ente colectivo por la imprudencia de sus dirigentes o de los subordinados de estos defectuosamente controlados»*.

No obstante, existen cuatro grupos de conductas imprudentes que pueden dar lugar a la responsabilidad penal de la empresa: (i) los delitos de insolvencias punibles (arts. 261 bis y 259.3 CP); (ii) los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 328 y 331 CP); (iii) la imprudencia grave en el incumplimiento de las obligaciones de prevención de las actividades de financiación del terrorismo (arts. 576.5 y 576.4 CP); y (iv) aunque existen ciertas dudas interpretativas, el delito de blanqueo de capitales imprudente (arts. 302.2 y 301.3 CP).

(viii) *¿Qué contenido deben tener los modelos de organización y gestión para la prevención de delitos, para que la persona jurídica pueda resultar exenta de responsabilidad penal?*

La FGE no especifica qué contenido deben tener los modelos de organización y gestión respecto de cada uno de los delitos en los que cabe la responsabilidad penal de la empresa (¿cómo se evita un delito de estafa cometido en el seno de la organización?). Como criterio interpretativo, la FGE se remite a las normas extrapenales que regulan la organización y gestión de riesgos (Circulares de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas o la normativa de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo).

Asimismo, la FGE considera que *«los modelos de organización y gestión o corporate compliance programs no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial. [...] más allá de su adecuación formal a los requisitos que establece el Código Penal, tales programas no pueden enfocarse a conseguir este propósito sino a reafirmar una cultura corporativa de respeto a la Ley, donde la comisión de un delito constituya un acontecimiento accidental y la exención de la pena, una consecuencia natural de dicha cultura»*.

En todo caso, la FGE realiza algunas apreciaciones genéricas, a la vista de los requisitos dispuestos en el art. 31 bis.2 y 5 CP, entre las que destacamos las siguientes: (i) los modelos deben adaptarse a cada empresa y a sus concretos riesgos; (ii) la empresa debe identificar y gestionar los riesgos adecuadamente, analizándolos *«por tipo de clientes, países o áreas geográficas, productos, servicios, operaciones, etc., tomando en consideración variables como el propósito de la relación de negocio, su duración o el volumen de las operaciones»*; (iii) las empresas de cierto tamaño deben contar con herramientas informáticas para controlar los procesos internos de negocio; (iv) los protocolos y procedimientos de formación de la voluntad de la empresa deben garantizar altos estándares éticos, especialmente en la contratación y promoción de directivos y en el nombramiento de los órganos de administración; (v) el modelo debe posibilitar la detección de conductas criminales, señaladamente mediante canales de denuncia que protejan a los denunciantes; (vi) en cuanto a la existencia de un sistema disciplinario que sancione el incumplimiento del modelo, debe existir un código de conducta que defina las obligaciones de los directivos y empleados, tipificándose como infracciones más graves las constitutivas de delito, así como las conductas tendentes a impedir o dificultar su descubrimiento o de no denunciar al órgano de control las supuestas infracciones; asimismo (vii) un adecuado modelo de organización establecerá el plazo y el procedimiento para su revisión, debiendo ser revisado si existen circunstancias que influyen en el análisis de riesgos.

(ix) *¿Cuáles son los criterios para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión?*

Para que la persona jurídica pueda resultar exenta de responsabilidad penal, es necesario que haya *«adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión de del delito, modelos de organización y gestión»*, con los requisitos previstos en el CP.

La FGE establece algunos criterios interpretativos para valorar la adecuación y eficacia de dichos modelos, entre los que destacamos los siguientes: (i) hay que valorar la importancia del modelo en la toma de decisiones de los dirigentes y empleados de la empresa, debiendo ser una expresión de su cultura de cumplimiento; (ii) es necesario el inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección en la ejecución del modelo, de modo que en el caso de los delitos cometidos, consentidos o tolerados por los altos responsables de la compañía, «*los Sres. Fiscales presumirán que el programa no es eficaz*»; (iii) se valorará positivamente el descubrimiento de los delitos por la empresa y su puesta en conocimiento de la autoridad, de tal manera que, en estos casos, los Sres. Fiscales «*deberán solicitar la exención de la pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la eficacia del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento normativo*»; (iv) se valorará también el comportamiento de la empresa en relación con anteriores conductas, así como la existencia de previos procedimientos penales o en trámite y de sanciones administrativas previas; (v) también se valorará la actuación de la empresa tras la comisión del delito (medidas disciplinarias adoptadas, revisión del programa, etc.).

(x) *¿Se aplican las mismas pautas interpretativas a las personas jurídicas de pequeñas dimensiones?*

La FGE realiza una interpretación más flexible de los requisitos de los modelos de organización y gestión para las pequeñas empresas. Textualmente: «*Estas pequeñas organizaciones podrán, por lo tanto, demostrar su compromiso ético mediante una razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales del apartado 5, que les permita acreditar su cultura de cumplimiento normativo, más allá de la literalidad del precepto y en coherencia con las menores exigencias que estas sociedades tienen también desde el punto de vista contable, mercantil y fiscal*».

**Auto del Caso Nóos, que desestima la cuestión previa suscitada por una acusada que solicitaba el sobreseimiento invocando la «doctrina Botín»**

*Auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, de 29 de enero de 2016*

La Audiencia Provincial de Baleares ha acordado, mediante Auto de 29 de enero de 2016, desestimar la cuestión previa suscitada por una acusada en el caso Nóos.

Por medio de esa cuestión previa, la acusada pretendía el sobreseimiento libre de las actuaciones con respecto a ella, tomando como base la comúnmente conocida como «doctrina Botín», que postula la falta de legitimación de la acusación popular para ejercitar en solitario la acción penal por un supuesto delito contra la Hacienda Pública (305 CP).

La motivación que desarrolla la Audiencia se concreta en los siguientes extremos:

(i) El bien jurídico protegido por el 305 CP es de naturaleza supraindividual y protege la asignación equitativa de recursos públicos, por ello no puede existir un único perjudicado encarnado en la Hacienda Pública Estatal.

(ii) A diferencia de lo ocurrido en el caso Botín, el Fiscal y el Abogado del Estado no han solicitado el sobreseimiento para todos los acusados: a pesar de retirar sus cargos frente a la acusada, se mantiene la acusación de algunos como autores de un delito fiscal.

(iii) El artículo 782 LECrim no puede ser objeto de una interpretación literal que excluya la legitimación de la acusación popular. Ello resultaría tanto como asumir que, a pesar de estar habilitada para (i) dar inicio al procedimiento y (ii) solicitar la práctica de diligencias y medidas cautelares, la acusación popular queda excluida del trámite tras la apertura de la fase intermedia, impidiéndole así formular acusación e instar la apertura del juicio oral. Constituiría una interpretación asistemática del texto legal.

Lo que pretende el mencionado artículo es la llamada al proceso del perjudicado por el delito si este aún no se ha personado, en el supuesto de que el Ministerio Fiscal solicitase el sobreseimiento de la causa.

Así, la Audiencia entiende que la aducida «doctrina Botín» no es de aplicación en este caso, y que la petición de sobreseimiento del Ministerio Fiscal y de la Abogacía del Estado no conlleva la nulidad del auto de apertura del juicio oral. En consecuencia, la acusada será juzgada como cooperadora necesaria de un delito contra la Hacienda Pública.

**El TEDH confirma la sentencia laboral que avalaba la posibilidad de que el empresario controle el correo electrónico profesional de sus trabajadores, cuando existe una prohibición estricta de uso privado**

*Sentencia de 12 de enero de 2016 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto 61496/08 (Caso Barbulescu vs. Rumanía)*

Esta sentencia desestima la demanda presentada por el trabajador Bogdan Mihai Barbulescu contra Rumanía. En su demanda, el trabajador alegó que la decisión de su empleador de despedirle por haber utilizado el correo electrónico profesional para fines privados habría vulnerado su derecho al secreto de las comunicaciones, y que los tribunales nacionales rumanos no le habrían protegido contra esa vulneración, al declarar la procedencia de su despido.

En el caso analizado, las políticas internas de la empresa prohibían estrictamente el uso de los equipos corporativos para fines personales. La compañía informó a este empleado de que había realizado un control de su cuenta de correo electrónico profesional, pudiendo comprobar que había sido utilizada para fines privados. Como prueba de estos hechos, la compañía entregó al trabajador las transcripciones de esas conversaciones personales, en las que el Sr. Barbulescu trataba con su hermano y pareja temas relativos a su salud y vida sexual.

Tras confirmar los tribunales rumanos la procedencia del despido, el trabajador acude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y alega una vulneración del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que dispone que *«toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia»*.

El TEDH niega que se haya producido tal vulneración y basa su conclusión en los siguientes motivos:

- (i) La normativa interna de la compañía prohibía expresa y absolutamente el uso del correo corporativo para fines personales, por lo que el trabajador no podía tener ninguna expectativa de privacidad.
- (ii) El TEDH considera que entra dentro de los poderes disciplinarios del empleador verificar si sus empleados cumplen con sus funciones durante las horas de trabajo.
- (iii) El Tribunal estima además que el acceso al correo tuvo un alcance limitado y proporcionado, pues el control afectó a los correos del trabajador, pero no a otros documentos u archivos de su ordenador.

La sentencia incluye, no obstante, un voto particular. Entre otras cuestiones, este voto particular tacha de inadmisibles las prohibiciones absolutas sobre el uso personal de Internet y del correo electrónico en la empresa. Asimismo, esta opinión disidente critica que no se haya otorgado importancia al hecho de que la compañía no acreditara la entrega de la normativa interna al trabajador, una circunstancia que, según ese voto particular, conduce a negar que haya prueba suficiente de que el trabajador fuera consciente del posible control de sus comunicaciones por la empresa.

Aunque la sentencia de los tribunales rumanos confirmada por el TEDH era de la jurisdicción laboral, tiene relevancia en el ámbito penal a la vista de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 2844/2014, de 16 de junio. En esta sentencia el Tribunal indicaba, en un pronunciamiento *obiter dictum*, que, como regla general, el acceso por la compañía a cualquier comunicación de los empleados exigirá previa autorización judicial, en virtud del derecho al secreto de las comunicaciones. No obstante, esta sentencia dejaba abierta la posibilidad de acceso por parte del empleador a *«los mensajes que, una vez recibidos y abiertos por su destinatario, no forman ya parte de la comunicación propiamente dicha»*, al considerar que quedarían excluidos de la protección brindada por el derecho al secreto de las comunicaciones.

## PROPIEDAD INTELECTUAL\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

##### **Determinación de la cuantía de compensación equitativa por copia privada a cargo de los Presupuestos del Estado**

*Orden ECD/2226/2015, de 19 de octubre, por la que se determina la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2014, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y su distribución entre las tres modalidades de reproducción referidas legalmente (BOE de 26 de octubre de 2015)*

La orden cuantifica la compensación económica debida en concepto de límite o excepción por copia privada, por el cual se establece un límite o excepción al derecho de reproducción, en favor de personas físicas y para uso privado.

El legislador modificó, por medio del Real Decreto-ley 20/2011, el sistema español de financiación de la compensación equitativa por copia privada. De esta manera, se pasó de un modelo en el que los intermediarios en el mercado de equipos, aparatos y soportes de reproducción soportaban la carga de la compensación, a un sistema de compensación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

La cuantía de esta compensación se determina con base en el perjuicio efectivamente causado a los titulares del derecho de reproducción derivado del reconocimiento legal de la excepción por copia privada. La asignación presupuestaria correspondiente al ejercicio 2014 y prevista en la Orden se mantiene en 5.000.000 de euros, con cargo a la siguiente aplicación presupuestaria.

Además, la norma establece los porcentajes de distribución de la compensación entre las distintas modalidades de reproducción, esto es: (i) 22,611 % para libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros; (ii) 30,936 para fonogramas; y (iii) 46,451 para videogramas.

##### **Funcionamiento de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual**

*Real Decreto 1023/2015, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la composición, organización y ejercicio de funciones de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (BOE de 14 de noviembre de 2015)*

Este Real Decreto («RD») se dirige a dar cumplimiento a la previsión del art. 158 bis.5 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual («TRLPI»), la cual mandata al Gobierno para que desarrolle reglamentariamente el procedimiento para el ejercicio de las funciones de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual («CPI»). Dicho precepto fue introducido por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, y en él se amplían las funciones de la Sección Primera de la CPI, al incluir, junto a las tradicionales de mediación y arbitraje, una nueva función de determinación de tarifas para la explotación de los derechos de gestión colectiva obligatoria —y para los de gestión colectiva voluntaria que, respecto de la misma categoría de titulares, concurren con un derecho de remuneración sobre la misma obra o prestación—, así como una función de control, en lo relativo a su equidad y no discriminación, de las tarifas generales que establezcan las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.

El Reglamento, además de dos disposiciones adicionales, una transitoria, otra derogatoria y cuatro finales, consta de treinta artículos organizados en torno a ocho capítulos. El capítulo más extenso es el séptimo, relativo a la nueva función de determinación de tarifas, al que se dedican los artículos 20 a 27. Junto a sendos capítulos dedicados a cada uno de los cinco procedimientos regulados (el de arbitraje se desglosa en el procedimiento general y en el de arbitraje de sustitución de tarifas), el capítulo tercero contiene los principios rectores, las reglas sobre recusación y abstención y otras cuestiones comunes a todos los procedimientos, como el lugar de las actuaciones y el uso preferente de medios electrónicos.

---

\* Esta sección ha sido coordinada por Agustín González, y para su elaboración ha contado con la colaboración de Álvaro Bourkaib, Rafael Sánchez Aristi, Nora Oyarzabal, María García y Cristina Areces, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).



El capítulo segundo (artículos 2 y 3) describe las funciones y régimen jurídico de la Sección Primera de la CPI, así como su composición, organización y funcionamiento. El Gobierno, a pesar de estar habilitado para ello por el artículo 158.3 TRLPI, no ha hecho uso de la posibilidad de modificar la composición de este órgano. De este modo, lo integrarán cuatro vocales nombrados por el Gobierno mediante real decreto, a propuesta, respectivamente, de otros tantos departamentos ministeriales, por un periodo de cinco años renovable por una sola vez, entre expertos de reconocida competencia en materia de propiedad intelectual y de defensa de la competencia (en el BOE núm. 11, de 13 de enero de 2016, se publica el RD 1161/2015, de 18 de diciembre, por el que se dispone el nombramiento de los vocales de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual).

El artículo 1 —único del capítulo primero— describe el objeto de la norma, a saber, «regular el régimen jurídico organizativo, de procedimiento y funcionamiento de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual». Habría sido necesario derogar el artículo 1 del RD 1889/2011, de 30 de diciembre, que describe el objeto de éste como «regular el régimen jurídico y de funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual»: obviamente, tras la aprobación del RD 1023/2015, una parte del régimen jurídico y funcionamiento de la CPI —el correspondiente a la Sección Primera— ha dejado de estar regulado por el RD 1889/2011. Por lo demás, el funcionamiento de la Sección Segunda de la CPI necesitaría igualmente ser puesto al día, ya que la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, también introdujo importantes novedades que afectan tanto a su composición como al procedimiento seguido ante ella.

#### Metodología para la determinación de tarifas de las entidades de gestión

*Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual (BOE de 4 de diciembre de 2015)*

La presente Orden Ministerial («OM»), que consta de diecisiete artículos, una disposición adicional, otra transitoria y dos finales, se aprueba en cumplimiento del mandato dirigido al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte en el artículo 157.1.b) del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual («TRLPI»), conforme a su redacción dada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre. Dicho precepto también obliga a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual a establecer tarifas generales, simples y claras, que determinen la remuneración exigida por la utilización del repertorio que gestionen. El precepto puntualiza la necesidad de que el importe de esas tarifas sea establecido en condiciones razonables, atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario, y buscando el justo equilibrio entre ambas partes, en pos de todo lo cual enumera hasta siete criterios que se deberán tener en cuenta. Debe recordarse que, conforme a la disposición transitoria segunda de la Ley 21/2014, las entidades de gestión deben aprobar nuevas tarifas generales, adecuadas a los criterios del artículo 157.1.b) TRLPI, en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la OM.

La OM, tras establecer qué deberá entenderse por tarifas simples y claras y cuándo podrá considerarse que su importe se ha establecido en condiciones razonables y buscando el justo equilibrio entre las partes, distribuye el resto de sus contenidos en torno a dos grandes bloques. En el primero se procede al desarrollo de los criterios legales para la determinación de las tarifas generales (artículos 4 a 9), mientras que en el segundo se describe la estructura tarifaria y los tipos de tarifas que las entidades deberán ofrecer a sus usuarios (artículos 11 a 17).

Por lo que se refiere a los criterios de determinación de tarifas, la OM agrupa algunos de ellos a la hora de desarrollarlos. Así, el artículo 5 se ocupa de los criterios de grado de uso efectivo, intensidad del uso, relevancia del uso del repertorio y su amplitud. De ellos sobresale la distinción entre los casos en que el uso del repertorio tenga: (i) carácter principal y relevancia máxima; (ii) carácter significativo y relevancia importante; o (iii) carácter secundario y relevancia menor.

A continuación se desarrollan: el criterio de los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio (artículo 6); el del valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas (artículo 7); el de

las tarifas establecidas por la entidad de gestión para otros usuarios respecto de la misma modalidad de utilización (artículo 8); y el de las tarifas establecidas por entidades de gestión homologas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso (artículo 9). Hay que destacar la concreción que se realiza con respecto al valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión, el cual podrá incluir los costes de licencia, los costes de establecimiento de la tarifa y los costes de control de la utilización.

En cuanto a la estructura tarifaria, la OM señala que para cada categoría de usuarios deberán ofrecerse hasta tres tipos de tarifas generales, entre las que los usuarios podrán elegir, a saber: (i) una tarifa general de uso efectivo, las reglas para cuya determinación se contienen en el artículo 14; (ii) una tarifa general de uso por disponibilidad promediada, que se debe determinar según lo establecido en el artículo 15; y (iii) una tarifa de uso puntual, que se determinará conforme a lo que establece el artículo 16. Finalmente, el artículo 17 de la OM detalla el contenido mínimo de la memoria económica que debe acompañar a las tarifas y publicarse junto con ellas, y que debe contener una explicación pormenorizada por modalidad tarifaria para cada categoría de usuario.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Unión Europea]

**Los datos geográficos extraídos de un mapa topográfico por un tercero con el fin de elaborar y comercializar otros mapas conservan, después de su extracción, un valor informativo suficiente para poder calificarse de «elementos independientes» de una «base de datos»**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de octubre de 2015 (as. C-490/14)*

Mediante esta sentencia, el TJUE da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo alemán en el marco de un litigio entre el Land de Baviera y una editorial austriaca especializada en las recopilaciones de mapas para excursiones, en relación con una eventual utilización ilegítima de los mapas topográficos que edita el Land de Baviera por parte de la editorial austriaca, al haber copiado los datos en los que los mapas del Land se basan para elaborar sus propios mapas.

El tribunal de primera instancia estimó la demanda del Land de Baviera en su totalidad, pero en segunda instancia se revocó parcialmente la sentencia. El Tribunal Supremo alemán admitió a trámite el recurso de casación, pero solo en la medida en que la sentencia de segunda instancia denegó las peticiones del Land de Baviera basadas en la protección de bases de datos con arreglo a la Ley alemana de derechos de autor y derechos afines.

En este contexto, el alto tribunal alemán plantea, en esencia, ante el TJUE si el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, debe interpretarse en el sentido de que los datos geográficos que se extraen de un mapa topográfico con el fin de elaborar y comercializar otro mapa conservan, después de su extracción, un valor informativo suficiente para poder calificarse de «elementos independientes» de una «base de datos» a efectos de esa disposición.

El TJUE responde positivamente al considerar que los datos de una recopilación que son explotados económicamente de manera autónoma, como los datos extraídos por la editorial austriaca de los mapas topográficos del Land de Baviera, constituyen «elementos independientes» de una «base de datos» a efectos del artículo 1, apartado 2 de la Directiva 96/9, ya que, después de su extracción, dichos datos facilitan a los clientes de la sociedad que los explota información pertinente.

**El TJUE se pronuncia acerca de las divergencias del régimen belga de compensación equitativa por las excepciones de reprografía y copia privada respecto al Derecho de la Unión**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 12 de noviembre de 2015*

Las cuestiones prejudiciales resueltas por el TJUE en esta sentencia surgen en el marco de un litigio entre Hewlett-Packard Bélgica y la entidad de recaudación Reprobel relativo a las cantidades que Reprobel reclamaba a aquella en concepto de compensación equitativa por las excepciones de reprografía y copia privada previstas en la ley belga de derecho de autor. En la sentencia, el TJUE interpreta el precepto de la Directiva 2001/29/CE, 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 («Directiva 2001/29») en los que tiene origen dichas excepciones —el artículo 5.2 letras a) y b)—.

La sentencia comienza recordando que el concepto de compensación equitativa debe interpretarse de manera uniforme en todos los Estados miembros que hayan establecido las excepciones al derecho de reproducción, dado que es un concepto autónomo del Derecho de la Unión.

A continuación, el TJUE responde a la primera de las cuestiones mostrando su conformidad a establecer diferencias en las compensaciones cuando el beneficiario de la excepción por reprografía es cualquier usuario con fines comerciales y cuando lo es una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, puesto que el perjuicio causado a los titulares del derecho de reproducción difiere en uno u otro caso.

A la tercera cuestión prejudicial, el TJUE responde que la Directiva 2001/29 se opone a una normativa nacional que autoriza a un Estado miembro a atribuir a los editores una parte de la compensación equitativa que corresponde a los titulares de derechos, sin que estos editores estén de ningún modo obligados a hacer partícipes, siquiera indirectamente, a los autores de la parte de la compensación de la que estos se ven privados. El alto tribunal argumenta que la compensación equitativa por copia privada o reprografía está destinada a reparar el perjuicio sufrido por los titulares de derechos por la reproducción de su obra y, dado que los editores no son titulares de estos derechos, no sufren ningún perjuicio susceptible de compensación.

En relación a la cuarta cuestión prejudicial, el TJUE rechaza que la reproducción de partituras pueda quedar incluida en el ámbito de aplicación de la excepción de reprografía (como indica expresamente el tenor de la letra a del artículo 5.2 la Directiva 2001/29) y considera que esta exclusión debe ampliarse, por motivos de coherencia, a la excepción de copia privada. A la misma conclusión llega el TJUE respecto de las reproducciones fraudulentas a partir de una fuente ilícita. Tal determinación ya había sido adoptada por el Alto Tribunal para el caso de excepción por copia privada (caso C-435/12 - ACI Adam y otros,) y esta decisión prejudicial amplía esta conclusión al supuesto de excepción por reprografía.

Por último, el TJUE responde a la segunda cuestión prejudicial, en la que se planteaba si el artículo 5.2, letras a) y b) de la Directiva 2001/29 se opone a una normativa nacional que combina, para la financiación de la compensación equitativa, dos formas de remuneración: (i) una cuantía a tanto alzado previa al acto de reproducción determinada en función de la velocidad de reproducción; y (ii) otra cuantía, posterior al acto de reproducción, determinada por un precio unitario multiplicado por el número de reproducciones realizadas, reproducción de carácter variable en función de si los obligados al pago cooperan o no. El TJUE resuelve que los sistemas combinados de compensación son aceptables siempre y cuando se prevean mecanismos de corrección en caso de sobrecompensación. Sin embargo, considera que los criterios de velocidad máxima de reproducción y cooperación del deudor en la percepción del canon no resultan pertinentes para la fijación de la compensación equitativa, puesto que el perjuicio causado a los titulares no varía en función de tales circunstancias.

## [España]

**La Audiencia Provincial confirma una infracción del derecho *sui generis* sobre las bases de datos y recuerda el principio de complementariedad entre el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley de Competencia Desleal**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Cuarta, de 19 de junio de 2015*

La Audiencia Provincial de A Coruña confirma la infracción del derecho *sui generis* titularidad de un fabricante de bases de datos sobre obras públicas y privadas estimada ya en primera instancia. Las dos compañías demandadas extraían y reutilizaban contenido de dichas bases de datos, ofrecían un servicio de *mailing* a los suscriptores de sus webs y comercializaban la información sobre obras contenida en las bases de datos protegidas de la actora.

La Audiencia Provincial confirma la condena de primera instancia en cuanto a la declaración de la infracción del derecho *sui generis*, la condena al cese en la conducta infractora y la indemnización por daños y perjuicios. No obstante, la Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación de las demandadas y revoca la declaración de infracción de los derechos de exclusiva de reproducción, distribución y comunicación pública de la actora y la declaración de conducta desleal por aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno a las que concluía la sentencia de primera instancia.

La sentencia repasa el concepto de base de datos y su objeto de protección, el derecho *sui generis*, que se atribuye al fabricante de bases de datos en tanto lleva a cabo una inversión

sustancial. Sobre este punto, la Audiencia no se cuestiona que la elaboración fruto del trabajo de obtención, verificación y presentación relativa a obras proyectadas en España mediante las correspondientes inversiones en dinero, tiempo y actividad de la actora son merecedoras de la protección del derecho *sui generis* prevista en el artículo 133 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual («TRLPI»). En concreto, el segundo párrafo del artículo 133.1 TRLPI atribuye al titular el derecho a prohibir la extracción o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base de datos.

En cuanto a la constatación de infracción, la Audiencia confirma que la prueba practicada en primera instancia se realizó correctamente y, en consecuencia, considera probado el ilícito. En este sentido, la Audiencia Provincial se apoya en (i) la prueba pericial de los mecanismos con los que contaban las demandadas para enmascarar la procedencia ilícita de la información; (ii) la falta de acreditación, por parte de las demandadas, del origen de la información que proporcionaban en sus páginas web; y (iii) la carencia de las demandadas de una estructura empresarial suficiente para elaborar el contenido que proporcionaban a través de sus páginas webs.

No obstante, la Audiencia Provincial considera que resulta improcedente la declaración de infracción de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública que reivindica la actora, puesto que el derecho en relación con la base de datos protegida que le corresponde se concreta en las facultades de prohibir la extracción y/o reutilización del contenido o de una parte sustancial de él.

Por último, la sentencia considera improcedente la declaración de competencia desleal por actos de imitación con aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno admitida en primera instancia, dado que la conducta infractora está amparada, expresamente, por la protección que le otorga el TRLPI. Sobre este extremo, la sentencia recuerda el asentado principio de complementariedad que rige las relaciones entre los derechos de propiedad intelectual en sentido amplio y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal («LCD»). En esencia, no procede acudir a la LCD cuando la conducta alegada esté comprendida plenamente en el TRLPI y no presenta una faceta o dimensión anticoncurrencial específica y distinta de la que se protege en él.

**El derecho de remuneración de los artistas intérpretes o ejecutantes por los actos de puesta a disposición de fonogramas online es conforme a Derecho de la Unión**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sala de lo Civil, Sección 28.ª, de 24 de julio de 2015*

En el marco de un conflicto entre la entidad de gestión de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales («AIE») con la compañía Xfera Móviles, S.A. («Xfera»), que opera en el mercado de telefonía móvil bajo la marca Yoigo, AIE interpuso una demanda por la comercialización de melodías telefónicas a través del servicio de Xfera «Sala de Música», ya que se ofrecía sin pagar el derecho de remuneración previsto en el artículo 108.3 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual («TRLPI») en favor de los artistas intérpretes y ejecutantes por los actos de puesta a disposición del público de fonogramas. Según el artículo 108.6 TRLPI, ese derecho de remuneración debe hacerse efectivo a través de las entidades de gestión.

En primera instancia, el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Madrid estimó íntegramente la demanda interpuesta por la entidad de gestión y condenó a Xfera al pago de 6.389,88 euros, y con esta resolución la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid confirma la condena.

El argumento básico de AIE para fundar su reclamación consistió en el reconocimiento legal del derecho de remuneración reclamado, así como sus intentos de negociación con la demandada, a la que se había dirigido por escrito en varias ocasiones reclamándole el pago. Por su parte, el principal argumento de defensa de Xfera fue aludir a su carácter de mero intermediario entre sus clientes y una tercera compañía, Acuamedia Technologies, S.L. («Acuamedia»), que, según Xfera, era la verdadera proveedora del contenido musical objeto de debate. Con este fundamento, Xfera reivindicó el litisconsorcio pasivo necesario en el procedimiento. Además, en su contestación a la demanda y recurso de apelación, Xfera advirtió que las tarifas generales reclamadas por la actora eran inequitativas, que incluían derechos correspondientes a artistas no representados por la actora y que no daban cuenta de la forma de reparto entre los artistas intérpretes y ejecutantes de lo recaudado.

En la sentencia, la Audiencia Provincial no acoge ninguno de los motivos de Xfera. En primer lugar, concluye que no ha formulado adecuadamente sus pretensiones en el recurso, dado que, en relación con la reivindicación del litisconsorcio pasivo necesario, únicamente ha apuntado a que debía haberse llamado al procedimiento a Acuamedia junto con Xfera. No obstante, no ha argumentado acerca de su propia falta de legitimación pasiva. Asimismo, la Audiencia pone de manifiesto que Xfera no ha combatido dos conclusiones fácticas clave: (i) que Xfera no se limita a facilitar en su web un simple enlace a la página de un tercero; (ii) que por parte de Xfera se informa directamente a los usuarios de los contenidos, fonogramas, etc., que pueden descargar, de la forma de hacerlo y del precio, todo ello a través del servicio de telefonía móvil prestado por Xfera; (iii) que es Xfera quien factura a sus clientes por las descargas; (iv) que Xfera se reserva el derecho de modificar la configuración de la web de Acuamedia en la que se ofertan los contenidos y reordenar estos a su discreción. En definitiva, la Sala incide en que Xfera no ha contraargumentado ninguna de las notas que la califican como proveedora del contenido y, por tanto, responsable de él.

En cuanto a la argumentación de falta de equidad de las tarifas exigidas por AIE, Xfera insistió en que las tarifas son fijadas unilateralmente por la entidad, que atienden al resultado bruto de explotación de negocio, que no hacen referencia al repertorio efectivo de AIE y que no contienen previsiones de reparto a los beneficiarios. No obstante, la Sala concluye que las tarifas de AIE son conformes con la jurisprudencia del TJUE (asunto c-245/00 SENA y asunto c-192/04), argumenta acerca de los efectos limitados del juicio de equidad y señala que AIE ha abandonado el criterio de remitirse a la totalidad de los ingresos empresariales para calcular la tarifa. Con estos fundamentos, concluye que no se revela elemento alguno que determine la falta de equidad de la tarifa.

### 3 · DECISIONES EN MATERIA DE EXPEDIENTES SANCIONADORES

#### [España]

**Terminación convencional del expediente sancionador contra la SGAE por las tarifas de licenciamiento de música para emisiones de televisión**

*Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, de 9 de julio de 2015, en el Expediente S/0466/13 - SGAE Autores*

La CNMC ha admitido los compromisos presentados por la SGAE y ha concluido la terminación convencional del expediente sancionador instado contra la entidad de gestión por exigir a las cadenas de televisión el pago de tarifas por las licencias necesarias para la comunicación pública de obras musicales en sus emisiones de televisión en condiciones abusivas.

El expediente se incoó con motivo de dos denuncias presentadas ante la CNMC por parte de dos socios de la propia entidad denunciada, en las que se daba cuenta de conductas consistentes en la imposición de parte de la programación y contenidos musicales que se emiten a través de las cadenas de televisión, motivando una injusta utilización preferencial de determinadas obras.

En la propuesta de terminación convencional presentada por el Consejo de la CNMC, las conductas fueron consideradas posiblemente tipificadas en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia («LDC»), como abuso de posición de dominio. Concretamente, las conductas identificadas por la CNMC fueron: (i) la configuración de un sistema de descuentos y aplicación de tarifas de contenidos musicales para emisiones televisivas poco transparente que genera discriminaciones injustificadas entre operadores de televisión en el mercado de gestión de derechos de reproducción y comunicación pública correspondientes a autores y editores de contenidos musicales que se emplean en la emisión de espacios televisivos; y (ii) la distorsión de la capacidad de Antena 3 y Telecinco de determinar sus contenidos musicales, mediante la imposición a estos operadores de televisión, que cuentan con servicios de edición musical propios, de condiciones abusivas, consistentes en la vinculación de descuentos, si limitan el número de obras musicales de su control editorial que pueden emplear en sus emisiones.

A la vista de las conductas identificadas, la SGAE ha asumido las siguientes obligaciones con el fin de evitar una eventual resolución sancionadora: (i) la aplicación de descuentos al licenciamiento de los derechos de autor afectados por las conductas analizadas en el expediente sobre

la base de criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios; (ii) la aprobación y publicación de un contrato tipo único para el licenciamiento de los citados derechos, así como de los anexos que recojan todas las condiciones especiales pactadas con usuarios y asociaciones representativas; (iii) la rescisión de los acuerdos celebrados con Antena 3 y Telecinco en relación con sus contenidos musicales; y (iv) el establecimiento de un mecanismo compensatorio que permita solventar los eventuales efectos que hayan podido tener los descuentos y condiciones especiales aplicados por SGAE.

La CNMC ha empleado la fórmula de terminación de expedientes que permite el artículo 52 de la LDC al considerar que los compromisos presentados por la denunciada resuelven los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y garantizan suficientemente el interés público.

En todo caso, el incumplimiento de dichos compromisos tendría la consideración de infracción muy grave de conformidad con el artículo 62.4.c) de la LDC y con el artículo 39.7 del Reglamento de Defensa de la Competencia.

## PROTECCIÓN DE DATOS\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

**Borrador de Reglamento europeo de protección de datos**

El pasado 21 de diciembre, la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo alcanzaron un histórico acuerdo en relación con el borrador del Reglamento europeo de protección de datos. En una reunión extraordinaria celebrada el 17 de diciembre de 2015, la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo manifestó su posición sobre el texto acordado en las negociaciones del diálogo tripartito entre el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión. El 18 de diciembre de 2015, el Comité de Representantes Permanentes (Coreper) refrendó este texto transaccional. A raíz del acuerdo político alcanzado en el diálogo tripartito, está previsto que el texto final sea formalmente adoptado por el Parlamento Europeo y el Consejo a principios de 2016. La nueva normativa será aplicable dos años después de su aprobación.

Además, la Comisión colaborará estrechamente con las autoridades de protección de datos de los Estados miembros a fin de garantizar una aplicación uniforme de las nuevas normas. Durante la fase de transición de dos años, la Comisión informará a los ciudadanos acerca de sus derechos y a las empresas, acerca de sus obligaciones.

### 2 · JURISPRUDENCIA

#### [Unión Europea]

**Responsabilidad extracontractual. Difusión en el sitio web del Parlamento de determinados datos de carácter personal**

*Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 3 de diciembre de 2015*

Esta sentencia analiza si procede indemnizar al demandante, un exfuncionario del Consejo de la Unión Europea cuya petición al Parlamento sobre ayudas al personal con familiares discapacitados fue publicada en el sitio web del Parlamento incluyendo datos de salud del demandante y de su hijo.

\* Esta sección ha sido coordinada por Leticia López Lapuente, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

El Tribunal desestima, en primer lugar, las alegaciones del demandante sobre la existencia de un daño moral, ya que considera que el demandante no ha demostrado la existencia de tal daño. En concreto, argumenta el Tribunal que el demandante se ha ceñido a alegar que el Parlamento le «había herido profundamente» sin aportar prueba alguna que apoye dicha alegación.

Asimismo, considera el Tribunal que tampoco cabe apreciar la pretensión del demandante en relación con la causalidad entre la supuesta ilegalidad y el perjuicio material supuestamente causado. Ello es razonado por el Tribunal admitiendo que la existencia de una relación de causalidad tiene lugar cuando hay una relación directa de causa-efecto entre la falta cometida por la institución y el perjuicio invocado. Además, de acuerdo con la jurisprudencia europea, el asesoramiento de un abogado es una elección propia que no puede imputarse a la institución demandada.

### [España]

#### Inclusión de los datos de una deuda sometida a arbitraje en ficheros de solvencia

##### *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de diciembre de 2015*

Esta sentencia versa acerca del posible incumplimiento del principio de calidad de los datos por la inclusión por parte de una entidad de telecomunicaciones de datos personales en ficheros de solvencia. En concreto, el TS dirime si el envío por parte de una compañía de telecomunicaciones de los datos del demandante a un fichero de solvencia patrimonial y de crédito atribuyéndole una deuda que este había cuestionado ante la Junta Arbitral de Consumo sería acorde con la normativa de protección de datos. A este respecto considera el Tribunal que la negativa a pagar de un cliente que, tras unos meses de prestación del servicio móvil, muestra su disconformidad con el modo en que el servicio se está prestando y con su facturación, somete la cuestión a arbitraje y, además, así lo comunica a la operadora, no es (salvo que se justifique el carácter abusivo o infundado) determinante para enjuiciar la solvencia del cliente. Ello es argumentado por el Tribunal haciendo hincapié en que la negativa al pago no viene determinada por su negativa a hacer frente a sus obligaciones ni por su negativa maliciosa a hacerlo, sino por su discrepancia razonable con la conducta contractual de la demandante, por más que en este caso el laudo arbitral diera sustancialmente la razón a la compañía. Además, el Tribunal considera trascendente para estimar el recurso de casación que i) la empresa no cumplió con la obligación de requerir previamente al afectado sobre la inclusión de sus datos en los ficheros de solvencia y ii) que la compañía volvió a comunicar los datos personales del demandante asignándole una deuda mayor a la estipulada por la Junta Arbitral de Consumo y, así, permaneció algunas semanas en ambos registros hasta que la cuantía de la deuda fue rectificada.

#### Derecho al olvido digital

##### *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de diciembre de 2015*

Esta sentencia trata sobre las implicaciones en materia de protección de datos y de derecho a la intimidad de la digitalización de una hemeroteca sin utilizar códigos ni instrucciones que impidan la indexación de los datos personales vinculados a informaciones obsoletas sobre hechos preteritos que afecten a la reputación y a la vida privada de los implicados en tales informaciones.

En primer lugar, el Tribunal concluye que el periódico que lleva a cabo el proyecto de digitalización de la hemeroteca ha de considerarse responsable del tratamiento de los datos de las personas demandantes contenidos en la página web de dicho periódico.

En cuanto a la ponderación que lleva a cabo el Tribunal entre los derechos de protección de datos y el derecho a la libertad de información, el Tribunal concluye que la denegación por parte del periódico de los derechos de cancelación llevados a cabo por los demandantes supuso una vulneración del derecho de protección de datos de los demandantes que trajo consigo la intromisión ilegítima en sus derechos al honor e intimidad. La argumentación del Tribunal, en este sentido, se basa en que se trata de personas sin relevancia pública y que carecen de interés histórico. Por todo ello, el Tribunal considera que el daño a los demandantes es tan desproporcionado que no resulta amparado por el ejercicio de la libertad de información que supone la hemeroteca digital del diario.

Por último, el Tribunal señala que resulta improcedente modificar la información tal y como aparece en la hemeroteca y de excluir el tratamiento de datos en el buscador interno de la web del diario digital. El Tribunal considera que es suficiente con que el diario adopte medidas tec-

nológicas para que la página web de su hemeroteca digital no pueda ser indexada por los proveedores de servicios de Internet (tales como Yahoo, Google, Bing, etc.).

### 3 · DECISIONES DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

#### [Unión Europea]

##### Grupo de trabajo del artículo 29

*Actualización del Dictamen 8/2010 sobre la ley aplicable a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») sobre el caso Google España, adoptado el 16 de diciembre de 2015*

A raíz de la Sentencia del caso Google España, el Dictamen señala un elemento adicional que debe ser añadido a los criterios descritos por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 en su Dictamen 8/2010 sobre la ley aplicable. En concreto, el Grupo de Trabajo añade como nuevo criterio el de la existencia de un nexo inseparable («*inextricable link*»). Es decir, se añade como criterio adicional a ser tenido en cuenta el de la existencia de un nexo inseparable entre una actividad (por ejemplo, la económica) y un determinado tratamiento de datos. El TJUE apreció dicho nexo inseparable teniendo en cuenta el modelo de negocio basado en ofrecer servicios gratuitos cuyos ingresos provienen de los anuncios. Además, la sentencia sugiere que otros modelos de negocio y diferentes formas de llevar a cabo la actividad en un Estado miembro podrían también conllevar la aplicación de la normativa europea de protección de datos. No obstante, establece que dicho análisis debe ser llevado a cabo después de haber analizado el caso concreto.

La relevancia del análisis efectuado en este Dictamen radica en que no solamente reconoce la posible aplicabilidad de la normativa europea a grupos de sociedades cuyo centro de actividad se encuentra fuera de la UE (por ejemplo, EE. UU.), sino que también plantea la posible aplicabilidad de pluralidad de normativas de diversos Estados miembros a grupos empresariales que han optado por establecer un centro de operaciones (*headquarters*) en un país miembro de la UE y han sujetado su actividad a la normativa de dicho Estado miembro.

En este sentido, el Grupo de Trabajo señala que, independientemente de dónde se lleve a cabo el tratamiento de datos, si una entidad tiene establecimientos en varios Estados miembros, en los que promocionan y venden espacios publicitarios, elevando los ingresos o llevando a cabo otro tipo de actividades, se podría concluir que estas actividades y el tratamiento de datos está inexorablemente unido («*inextricably linked*»), y, por tanto, la normativa nacional de cada establecimiento debería aplicarse.

La citada sentencia del TJUE clarifica dos cuestiones: i) que el ámbito de aplicación de la normativa europea se extiende a Estados no miembros que tienen un establecimiento permanente cuyas actividades en la Unión Europea están inexorablemente unidas al tratamiento de datos, ii) si existe dicho nexo indisoluble podrían aplicarse diferentes normativas de la Unión Europea al responsable del fichero que tenga varios establecimientos en los Estados miembros.

#### [España]

##### AEPD. Sanción a entidad que usa bases de datos de terceros para llevar a cabo una campaña comercial sin comunicar a dicho tercero qué afectados habían ejercitado su derecho de oposición a recibir comunicaciones comerciales

*Resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 24 de noviembre de 2015*

El presente procedimiento sancionador versa sobre la campaña publicitaria llevada a cabo por una entidad aseguradora que encomendó a un tercero la realización de la citada campaña. En concreto, la campaña de *marketing* se realizó usando la base de datos del tercero, que, a su vez, llevó a cabo los envíos de los correos publicitarios. De acuerdo con los hechos descritos, la aseguradora, en primer lugar, no anotó en sus sistemas el dato del correo electrónico del denunciante con el fin de excluir del tratamiento publicitario dicho dato personal a pesar de que la aseguradora conocía la negativa del denunciante a ese específico tratamiento publicitario. Además, la aseguradora tampoco facilitó a la empresa encargada de realizar los envíos publicitarios los datos que debían ser excluidos del tratamiento publicitario. Ello impidió que la entidad



encargada de llevar a cabo la campaña pudiera comprobar si el dato correspondiente a la dirección de correo del denunciante figuraba en su base de datos utilizada para el desarrollo de la campaña publicitaria. Por ello, la entidad encargada de llevar a cabo la promoción remitió una comunicación comercial a la cuenta de correo del denunciante que figuraba registrada en su base de datos. Por todo ello, la Agencia considera que la entidad aseguradora obstaculizó el ejercicio del derecho de oposición del afectado al no haber adoptado ninguna medida tendente a garantizar la exclusión de la cuenta de correo del denunciante de la campaña de *emailing* de la que la entidad aseguradora era beneficiaria.

**AEPD. Publicación de la radiografía de un paciente en un sitio web sin anonimizar**

*Resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 2 de octubre de 2015*

Este procedimiento se inicia por la denuncia de un paciente que encontró en una página web una imagen de una radiografía suya en la que constaban sus datos identificativos. La página web donde estaba publicada dicha radiografía es una web en la que se publican casos clínicos de pacientes de cirugía ortopédica y traumatología. De acuerdo con el criterio de la Agencia, queda acreditado que la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología, titular del sitio web, carecía de las medidas de seguridad que la normativa de protección de datos exige al responsable del fichero, al permitir el acceso a terceras personas no autorizadas al caso clínico de un paciente en su sitio web. Además, la Agencia deduce que por parte de dicha Sociedad se ha producido una vulneración del principio de seguridad de los datos, que ha tenido como consecuencia que los datos personales de un paciente fueran accesibles por terceros no autorizados, infracción que la Agencia procede a calificar como grave.

**AEPD. Tratamiento de dato de correo electrónico excluido de la normativa de protección de datos**

*Resolución de archivo de las actuaciones de la Agencia Española de Protección de Datos, de 14 de octubre de 2015*

En el presente procedimiento se dirime si el envío de un *e-mail* a la dirección de correo electrónico del denunciante en el que un medio digital le solicitaba su colaboración «para dotar de contenido a dicho medio» sin el consentimiento del denunciante vulnera la normativa de protección de datos. Para ello, la Agencia tiene en cuenta que i) la dirección en la que el denunciante recibió el *e-mail* es una dirección corporativa, excluida del ámbito de protección de la normativa de protección de datos, cuyo titular lo es únicamente por su condición de miembro del personal de una determinada entidad; y ii) el mensaje enviado estaba relacionado única y exclusivamente con la actividad de esa entidad. Por todo ello, la Agencia aprecia que la conducta que se somete a valoración en dicho procedimiento no infringe la normativa de protección de datos y, de ahí, que concluya finalmente archivar las actuaciones de investigación previa.

**AEPD. Comunicación de determinados datos derivados de la atención por servicios de urgencias y emergencias (112) a familiares o allegados**

*Informe Jurídico 438/2015 de la Agencia Española de Protección de Datos*

El Informe de la Agencia da respuesta a una consulta que plantea si la comunicación a familiares o allegados de los datos de asistencia sanitaria presada y el centro al que ha sido trasladada una persona por el servicio de urgencias (112) cumpliría con la normativa de protección de datos. La Agencia concluye que los servicios de urgencias y emergencias podrán comunicar a las personas que llamen identificándose como familiares y allegados de otra que ha sido previamente atendida: i) el dato de si ha sido efectivamente atendida o no y ii) el centro hospitalario al que ha sido trasladado. La Agencia llega a esta conclusión, al entender que serían de aplicación las excepciones previstas en la normativa de protección de datos en relación con la cesión de datos de salud cuando concurren causas de interés vital para el afectado. No obstante, cualquier otra información o datos personales que excedan de los señalados con anterioridad podrían considerarse excesivos en relación con el principio de calidad de los datos.

**AEPD. Acceso por los padres a las calificaciones escolares de hijos mayores de edad**

*Informe Jurídico 441/2015 de la Agencia Española de Protección de Datos*

El presente Informe versa sobre si, de acuerdo con la normativa de protección de datos, los centros educativos están legitimados para facilitar a los padres de los alumnos mayores de edad las calificaciones de estos. A este respecto, la Agencia considera que la existencia de una obligación legal de los padres de sufragar los gastos educativos de los hijos mayores de edad siempre

que así se les reclame judicialmente (teniendo en cuenta que en un gran número de supuestos dicha obligación es asumida sin necesidad de su reconocimiento judicial como consecuencia de las relaciones familiares existentes entre unos y otros), permite considerar que, salvo que pudiera constar lo contrario, los progenitores tendrían un interés legítimo en acceder a las calificaciones escolares de sus hijos mayores de edad. En este sentido, el interés legítimo de los padres prevalecería sobre el derecho a la intimidad y a la protección de datos de los hijos mayores de edad. La Agencia hace hincapié a su vez en que la conclusión alcanzada deberá resultar respetuosa con el principio de finalidad. Es decir, que el interés legítimo de los padres deberá encontrarse vinculado con la obligación de los progenitores de facilitar los gastos de educación e instrucción de sus hijos. Por ello, el acceso de los padres se debería limitar únicamente a las calificaciones de sus hijos mayores de edad. Cuando se invocase que no concurren en el progenitor que pretende el acceso a las calificaciones los elementos que generan la presunción de un interés legítimo prevalente que justifica dicho acceso cabría según la Agencia, en virtud del derecho de oposición, denegar el acceso. Así sucedería, por ejemplo, en los supuestos en que el menor sufragase sus propios gastos de educación.

#### **AEPD. Distinción entre depuración y segmentación. Uso de funcionalidad *hash* para comunicar base de datos**

*Informe Jurídico 364/2015 de la Agencia Española de Protección de Datos*

La consulta analizada por la Agencia se refiere a un servicio en el que la empresa consultante se asociaría con otras empresas con el fin de que estas le remitan a la consultante los *e-mails* de sus clientes. La empresa consultante pretende asociar las bases de datos remitidas por las empresas asociadas con su propia base de datos para identificar los *e-mails* de los usuarios que no fueran clientes de las empresas asociadas y, así, enviarles publicidad a los usuarios no clientes de las empresas asociadas.

En primer lugar, la Agencia señala que el sistema que se pretende crear consiste únicamente en identificar los usuarios no clientes de una empresa (asociada) a los que se remitirá publicidad comercial (segmentación). Por lo tanto, el servicio que pretende implementar la consultante no consistiría en una depuración (creación de una nueva base de datos de los no clientes de dos o más empresas).

En segundo lugar, la Agencia indica que, teniendo en cuenta que la entidad consultante ya cuenta con el consentimiento de los clientes para remitirles comunicaciones comerciales, debería suscribir un contrato de encargo de tratamiento con las empresas asociadas. Asimismo, la Agencia argumenta que en la medida en que exista legitimación y se cumplan los requisitos para llevar a cabo un encargo de tratamiento, no será necesario que las empresas asociadas obtengan un consentimiento independiente y singularizado para la operación en cuestión, como si de una cesión de datos se tratara.

Además, la Agencia indica que la utilización de las funciones *hash* (algoritmo que aplicado a un dato concreto genera una clave única o casi única que puede utilizarse para representar un dato) para la transmisión de la base de datos en cuestión, no implica que se produzca una anonimización o disociación de los datos personales de los clientes de las empresas asociadas. Por otro lado, la técnica *hash*, sea o no susceptible de reversión, no supone la conversión de los datos en anónimos.

## SALUD Y ALIMENTACIÓN\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

##### Nuevo Real Decreto de ensayos clínicos con medicamentos

*Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos (BOE de 24 de diciembre de 2015)*

El pasado 13 de enero entró en vigor el RD 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos (el «RD 1090/2015»), que deroga y sustituye al anterior Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos (el «RD 223/2004»).

Entre sus principales novedades destaca la regulación de los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos (los «CEIm»), que viene a sustituir la regulación de los Comités Éticos de Investigación Clínica (los «CEIC») y a complementar la regulación de los Comités de Ética de la Investigación (los «CEI») contenida en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (la «LIB»). En este sentido, el RD 1090/2015:

- (i) Prevé (artículos 11 y 12) que la supervisión de los CEIm en los aspectos éticos, de formación y materiales se efectuará sustancialmente conforme a lo dispuesto por la normativa reguladora de los CEI. No obstante, para la acreditación de cada CEIm como tal el RD 1090/2015 (artículos 13 y 18) prevé un período transitorio de dos años durante el cual los antiguos CEIC pasen a ser acreditados como CEIm, y unifica para todas las Comunidades Autónomas los criterios para la acreditación, inspección y renovación de la acreditación como CEIm mediante el encargo de la fijación de los criterios a un único órgano: el Comité Técnico de Inspección.
- (ii) Regula la composición de cada CEIm (artículos 14 y 15), en relación con la cual conviene resaltar la obligación de contar con una secretaría técnica estructurada profesionalmente que lleve a cabo la gestión del CEIm y su interlocución con la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (la «AEMPS»), y la presencia entre los miembros de cada CEIm de un miembro lego que represente los intereses de los pacientes.
- (iii) Recoge las normas generales de funcionamiento de los CEIm (artículo 16), que apenas varían respecto de las contenidas para los CEIC en el RD 223/2004, excepto por la nueva previsión de que los CEIm tendrán derecho a una tasa por su labor de evaluación (artículo 33). La tasa, que será fijada de forma transparente y sobre la base del principio de recuperación de costes, habrá de abonarla el promotor del ensayo clínico a la AEMPS, que transferirá al CEIm correspondiente la parte debida.

Por otro lado, el RD 1090/2015 también introduce algunas novedades en relación con los requisitos necesarios para llevar a cabo ensayos clínicos. En este caso, distingue (artículo 17) entre (i) los requisitos para la autorización de un ensayo clínico —obtención de una resolución por parte de la AEMPS y de un dictamen favorable emitido por un CEIm (válido y vinculante en todo el territorio nacional, desapareciendo con ello la figura del comité implicado)— y (ii) los requisitos para la realización de un ensayo clínico en un centro —obtención de una autorización de la AEMPS y conformidad de la dirección del centro participante en el ensayo clínico (conformidad que se expresará por medio del contrato con el promotor)—.

Además, en cuanto a la colaboración de los CEIm con la AEMPS (artículo 18), el RD 1090/2015 atribuye a la AEMPS las facultades que la LIB otorgaba a una eventual Autoridad Nacional de

\* Esta sección ha sido elaborada por Ruth Trullenque, Santiago Puente, Joana Torres Ereio y Joana Mota, de las Áreas de Derecho Mercantil, y Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

Comités de Ética de la Investigación. Así, la AEMPS asume la responsabilidad de establecer los mecanismos de colaboración con los CEIm y plasmarlos en un memorando de colaboración de carácter público, que ayudará a homogeneizar los criterios de los distintos CEIm en todo el territorio nacional.

Por otra parte, el RD 1090/2015 prevé la creación del Registro Español de Estudios Clínicos, que recogerá obligatoriamente los ensayos clínicos autorizados y los estudios de tipo observacional, y con carácter potestativo otros estudios clínicos, nacionales o internacionales, siempre y cuando tengan al menos un centro participante ubicado en España o cuenten con una contribución española que se considere significativa.

Una tercera novedad de relevancia viene dada por dos nuevas figuras, para las cuales se prevén algunas particularidades a lo largo de todo el RD 1090/2015:

(i) El ensayo clínico de bajo nivel de intervención es una nueva figura a través de la cual se pretenden canalizar todos aquellos ensayos clínicos cuyo nivel de riesgo no es superior a la práctica clínica habitual. Dado su reducido nivel de riesgo, para este tipo de ensayos no es obligatorio un seguro, siempre y cuando esté cubierto por el seguro de responsabilidad civil profesional individual o colectivo del centro sanitario donde se lleve a cabo el ensayo o por una garantía financiera equivalente (artículo 9).

(ii) La investigación clínica sin ánimo comercial es el formato elegido para tratar de fomentar la investigación clínica en el ámbito académico o institucional. El RD 1090/2015 establece que los ensayos clínicos que se correspondan con la definición de investigación clínica sin ánimo comercial se beneficiarán de la exención de tasas o de tasas reducidas en todos los supuestos (artículo 33). Además, en este tipo de ensayos, si bien no dejará de ser exigible un seguro, se podrá solicitar la autorización con anterioridad a su contratación (artículo 9).

Finalmente, entre otros aspectos, el RD 1090/2015 adapta el procedimiento de autorización a las exigencias y los plazos previstos en la norma comunitaria (artículos 21 a 30), recoge la futura existencia de un portal y una base de datos únicos para toda la Unión Europea (artículo 46) y suprime las notificaciones expeditivas de reacciones adversas graves e inesperadas a los comités sustituyéndolas por notificaciones a los promotores de los ensayos a través de la base de datos europea Eudragilance CTM (artículo 51).

### **Código de Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria**

*Resolución de 10 de diciembre de 2015, de la Dirección General de la Industria Alimentaria, por la que se publica el Código de Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria (BOE de 18 de diciembre de 2015)*

El origen del Código se remonta a la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de Medidas para Mejorar el Funcionamiento de la Cadena Alimentaria (la «LMFCA»), que, basándose en algunos precedentes europeos y autonómicos, dedicó su título III a las «Buenas Prácticas en la contratación alimentaria». Dicho título dirige a los Ministerios de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (el «MAGRAMA») y de Economía y Competitividad, a las Comunidades Autónomas y a las organizaciones de ámbito superior al autonómico representativas de los operadores de la producción, la industria o la distribución, el mandato de acordar un Código de Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria.

Además del referido mandato, la LMFCA diseña lo que, en sus líneas maestras, debería ser el Código, y lo configura como el documento de autorregulación encargado de la promoción y aplicación de los principios sobre los que han de fundamentarse las relaciones comerciales entre los operadores que intervienen en la cadena alimentaria, esto es: los principios de equilibrio y justa reciprocidad entre las partes, libertad de pactos, buena fe, interés mutuo, equitativa distribución de riesgos y responsabilidades, cooperación, transparencia y respeto a la libre competencia en el mercado. Todo ello con el fin último de facilitar el desarrollo de las relaciones contractuales y la observancia de las mejores prácticas en el desarrollo de dichas relaciones.

El Código es un compendio de reglas de adhesión voluntaria por parte de los operadores de la producción, transformación, comercialización, industria y distribución cuyas relaciones se encuentren sujetas a la LMFCA, así como por sus asociaciones u organizaciones supraautonó-

micas. En todo caso, la LMFCa incentiva la adhesión al Código advirtiendo de que (i) la adhesión se tendrá en cuenta en la normativa reguladora de las ayudas y subvenciones que en relación con la alimentación y la cadena alimentaria promueva el MAGRAMA, (ii) una vez inscritos, los operadores podrán utilizar la mención de «Acogido al Código de Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria», y (iii) periódicamente se dará publicidad de los operadores adheridos en la sede electrónica del MAGRAMA y en el *Boletín Oficial del Estado*, y dicho Ministerio realizará campañas de promoción estatal para dar a conocer a los consumidores la importancia y significación de la firma del Código por los operadores.

Efectuada la adhesión, los operadores deberán cumplir con las previsiones del Código, esto es, aplicar en todas sus relaciones mercantiles con otros operadores de la cadena alimentaria los principios y normas que el Código consagra y que persiguen el equilibrio contractual y la equitativa distribución de riesgos y responsabilidades entre las partes.

Algunas previsiones del Código reiteran lo ya dispuesto en la LMFCa, como la obligación de formalizar los contratos por escrito o el deber de hacer constar en ellos los derechos y obligaciones de las partes. Sin embargo, el Código va más allá y exige que las partes prevean estipulaciones contractuales respecto de los elementos básicos de la relación contractual, así como de aquellas cuestiones que con el desarrollo de la vida de los contratos pueden, con alta probabilidad, plantear controversias entre las partes, como el procedimiento de facturación y cobro, la gestión de incidencias relacionadas con el mismo, el procedimiento de entrega de los productos o las devoluciones por disconformidad.

Asimismo, el Código exige en repetidas ocasiones la inclusión en los contratos de las reglas relativas a la modificación de las propias estipulaciones del contrato. De esta forma, se prefiere la fijación contractual de reglas que permitan que las partes puedan modificar conjuntamente, es decir, de mutuo acuerdo, las cláusulas del contrato. En cambio, en caso de que el contrato prevea la modificación unilateral de alguna de sus cláusulas por una parte, establece el Código que deberá fijarse y exigirse, en la medida en que sea necesaria y para circunstancias concretas, una compensación razonable y proporcionada por los costes que ello pueda suponer a la otra parte.

Por último, interesa resaltar que el Código dedica su título VIII al que debe ser el método para resolver las discrepancias que surjan en torno a él y a la ejecución del contrato. En este punto, rechaza el recurso a la vía judicial y promueve los métodos alternativos de resolución de diferencias entre los operadores adheridos. Así, el Código estipula que cualquier diferencia surgida entre las partes deberá tratar de solucionarse en el marco interno de sus respectivas organizaciones en unos plazos reducidos de tiempo. Además, este método «interno» de resolución presenta diferencias según nos encontremos ante una pyme o no. En el primer caso, la discrepancia tratará de resolverse en un nivel superior de la jerarquía comercial de la empresa a la que se achaca el incumplimiento contractual o del Código que origina la discrepancia en el plazo de 10 días hábiles desde la presentación de la solicitud por la parte reclamante; mientras que si estamos ante una empresa de tamaño superior a una pyme, deberá seguirse el procedimiento interno de resolución de conflictos, independiente de los departamentos comerciales, que habrá de ser diseñado y publicado por dicha empresa y que deberá prever su capacidad para adoptar una resolución en un plazo máximo de 20 días hábiles desde la presentación de la solicitud.

Si este método interno de resolución de conflictos fracasase y en los plazos previstos no se obtuviera una respuesta o no se alcanzara un acuerdo entre las partes, la parte que se considere perjudicada podrá someter la discrepancia, alternativamente y a su elección, a un sistema de arbitraje o a un sistema de mediación. Si escogiese este último, en caso de que el sistema también finalizase sin alcanzar acuerdo, los operadores podrán acudir a un sistema de arbitraje.

### [Portugal]

**Contribuição  
extraordinária sobre a  
indústria farmacêutica**

*Lei n.º 159-C/2015 (DR 254 série I de 2015-12-30)*

O presente diploma estabelece a prorrogação da contribuição extraordinária sobre a indústria farmacêutica («CEIF»), instituída pelo artigo 168º da Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para o ano de 2015, a qual se mantém em vigor para o ano de 2016.

A CEIF é aplicável a qualquer entidade que aliene onerosamente e pela primeira vez em território nacional um medicamento e incide sobre o total de vendas de medicamentos realizadas em cada semestre, tendo por objetivo garantir sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde (SNS) na vertente dos gastos com medicamentos.

O diploma começou a produzir efeitos em 1 de janeiro de 2016.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Espanña]

**La obligación legal de garantizar el abastecimiento de medicamentos no se traduce en un derecho de los almacenes mayoristas al suministro**

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de diciembre de 2015*

La sentencia resuelve el recurso contencioso-administrativo presentado por la patronal de la distribución mayorista de medicamentos (FEDIFAR) en el que se sostiene la nulidad del Real Decreto 782/2013, de 11 de octubre, sobre distribución de medicamentos de uso humano (el «RD 782/2013»).

La pretendida nulidad del RD 782/2013 se fundamenta, en esencia, en que no desarrolla el mandato del inciso final del artículo 70.2 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios (la «Ley de Garantías»), según el cual «*El Gobierno velará por preservar el derecho del almacén mayorista a ser suministrado por los laboratorios*».

Se alega, además, que la norma (i) infringe previsiones constitucionales sobre la protección de la salud pública (artículos 43 y 103.1 de la Constitución), en tanto que limita la participación de los almacenes mayoristas en las actuaciones tendentes a proporcionar tal protección; (ii) contraviene el principio de continuidad en la prestación del servicio previsto en la Ley de Garantías (artículo 2.2), ya que deja en manos de los fabricantes la forma de llevar a cabo la distribución de sus productos, privando con ello a los distribuidores de los mecanismos necesarios para exigir su abastecimiento; (iii) vulnera normas de Derecho de la competencia; y (iv) resulta contradictorio con los preceptos en materia de infracciones de la Ley de Garantías, toda vez que al no desarrollar ni en qué condiciones los almacenes deben disponer de existencias para prestar sus servicios ni cómo han de adquirirlas, genera una situación de inseguridad.

El Tribunal Supremo (TS) desestima íntegramente el recurso y confirma la conformidad al derecho del Real Decreto impugnado.

El TS considera que la omisión reglamentaria alegada por la recurrente no puede reputarse ilegal, pues ni la Ley de Garantías impone una obligación de desarrollo reglamentario ni la ausencia de tal desarrollo genera una situación contraria al ordenamiento. Al fin y al cabo, sostiene el Tribunal, el régimen de distribución que configura la Ley no se basa en un derecho de suministro de los distribuidores, sino en la libertad para organizar la distribución conjugada con la garantía de la suficiencia del suministro, cuyos beneficiarios son las oficinas de farmacia y los usuarios finales. Dicha garantía, pudiendo efectivamente satisfacerse a través de un desarrollo reglamentario, puede satisfacerse también por otras vías, por ejemplo, mediante el ejercicio de potestades de policía. En otras palabras, la apelación que hace el artículo 70.2 al Gobierno no es identificable con una disposición final que ordene un desarrollo reglamentario. Se está, más bien, ante una directriz difusa que atribuye al Gobierno la función de «velar», expresión que en lo jurídico no se compeadece con una concreta potestad.

Aprueba también el TS que el deber de los laboratorios de tener garantizado el abastecimiento no debe confundirse con una concreta forma de distribución, ni la garantía de abastecimiento a las oficinas de farmacia con el interés de los almacenes mayoristas de preservar su actividad.

En cuanto a los restantes motivos, el TS sostiene (i) que las invocaciones a los preceptos constitucionales sobre protección de la salud pública son excesivamente genéricas; (ii) que no cabe

oponer al RD la infracción del Derecho de competencia; y que (iii) los preceptos en materia de infracciones de la Ley de Garantías no sitúan a los distribuidores en una situación de inseguridad, pues no impiden que en el concreto procedimiento sancionador se depuren, en caso de haberlas, las responsabilidades de los laboratorios.

Por todo lo anterior, el TS desestima íntegramente el recurso interpuesto por FEDIFAR.

**Impugnación del Real Decreto de precios de referencia y agrupaciones homogéneas de medicamentos: improcedencia de la revisión de precios basada en los aplicados en otros Estados**

*Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de octubre de 2015, de 10 de noviembre de 2015 y de 11 de noviembre de 2015*

Las tres sentencias resuelven sendos recursos contencioso-administrativos interpuestos por Farmaindustria, FEDIFAR y FEFE, respectivamente, contra diversos aspectos del Real Decreto 177/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el sistema de precios de referencia y agrupaciones homogéneas de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, y determinados sistemas de información en materia de financiación y precios de los medicamentos y productos sanitarios (el «RD 177/2014»).

Los recursos de FEDIFAR y FEFE se dirigieron contra el RD 177/2014 en su integridad, mientras que el de Farmaindustria invocaba la nulidad de su disposición adicional 2.ª, relativa a la revisión del precio de referencia en atención a los precios de comercialización en otros Estados.

Los motivos de impugnación que aquí interesan y la respuesta dada por el TS se exponen a continuación:

(i) Las tres recurrentes pretenden la declaración de la nulidad del RD por la existencia de irregularidades en su procedimiento de tramitación: (i) la ausencia de justificación, en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, de la necesidad y oportunidad de la modificación operada por el RD 177/2014, (ii) la aportación de una visión eminentemente superficial, y con ello infractora del artículo 24.1.a) de la Ley 40/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, de los efectos económicos y presupuestarios de la reforma, (iii) la omisión de un nuevo trámite de información pública, y (iv) la ausencia de un segundo dictamen del Consejo de Estado que se consideraba preceptivo por las recurrentes a la luz de la modificación de la disposición adicional segunda del proyecto de RD 177/2014 durante su tramitación (la «DA 2.ª»).

El TS señala que, si bien la justificación de la oportunidad o la necesidad de la reforma operada por el RD 177/2014 podían haber sido objeto de una mayor motivación, tales circunstancias se deducen fácilmente del resto de los razonamientos contenidos en la Memoria. No así el concreto impacto económico y presupuestario de la norma, cuya ausencia en la Memoria no se justifica por la información contenida en otros de sus apartados, sino por la imposibilidad de su previsión: dado que el RD 177/2014 no fija los precios de referencia ni establece los precios menores o más bajos de las agrupaciones homogéneas, sino que se limita a regular el modo en el que estos han de determinarse, no podía preverse el concreto impacto económico y presupuestario de la reforma en el momento de su aprobación, debiendo concretarse dicho impacto en el momento en el que las correspondientes órdenes ministeriales actualizasen las agrupaciones homogéneas y los precios de referencia.

En cuanto a los restantes motivos, sostiene el TS que, si bien es cierto que es jurisprudencia asentada que la apertura de un segundo trámite de información pública y la exigencia de un segundo Dictamen del Consejo de Estado son requisitos preceptivos en los casos en los que un proyecto de norma reglamentaria sufre modificaciones sustanciales, también lo es que en este caso la modificación de la DA 2.ª no puede reputarse como «sustancial», puesto que consiste en una mera corrección técnica o procedimental.

(ii) En cuanto al contenido del RD 177/2014, FEFE considera que la regulación de los precios de los medicamentos vulnera el principio de libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución), puesto que persigue una reducción constante de los precios que atenta contra la viabilidad de los laboratorios farmacéuticos, de las compañías de distribución y de las oficinas de farmacia. Y es que, en tanto permite que los precios mayoristas cambien mensualmente, los fabricantes y distribuidores pierden por completo la posibilidad de desarrollar sus actividades en el marco

estable y previsible de contratos a plazo y se ven en la obligación de operar exclusivamente mediante contratos al contado.

El TS rechaza esta apreciación y recuerda a la recurrente que el sistema de precios de referencia, de agrupaciones homogéneas y de precios menores y más bajos no constituye una creación *ex novo* del RD 177/2014, sino que dicha norma tan solo proporciona el desarrollo reglamentario de las disposiciones legales que introducen estas cuestiones.

(iii) En línea con el anterior argumento, FEFE y FEDIFAR sostienen también que el RD 177/2014 (capítulo III y disposición adicional 9.<sup>a</sup>) conculca (a) el principio de continuidad en la prestación del servicio (artículo 2.2 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (la «Ley de Garantías»)) y (b) el deber legal de garantizar el abastecimiento a las oficinas de farmacia para los medicamentos de precio menor (artículo 93.3 de la Ley de Garantías). La vulneración de ambos preceptos produciría, en tanto en cuanto los fabricantes pueden solicitar una bajada voluntaria de precio sin necesidad de acreditar que podrán abastecer al mercado de referencia.

El TS entiende que las violaciones esgrimidas por las recurrentes no constituyen una omisión reglamentaria controlable, por lo que concluye que tampoco puede acogerse este motivo de impugnación. Sin embargo, el Tribunal entra a valorar el fondo para reforzar su conclusión y señala que, en su conjunto, el ordenamiento jurídico sí ofrece garantías suficientes como para entender asegurado el abastecimiento, puesto que:

- El RD 177/2014 (disposición adicional 9.<sup>a</sup>) impone a los titulares de la autorización de la comercialización la obligación de tener suficientemente abastecido el mercado y de garantizar el abastecimiento a las oficinas de farmacia, so pena de imposición de las sanciones legalmente previstas.
- El Real Decreto 12345/2007, 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 (artículos 28 y 70) impone a los titulares de la autorización de comercialización una clara obligación de comunicación a la AEMPS.
- La Ley de Garantías (artículo 101) tipifica como infracción muy grave el incumplimiento por dichos titulares de sus obligaciones de tener suficientemente abastecido el mercado.

(iv) A lo anterior añaden FEFE y FEDIFAR que las bajadas voluntarias de los precios implican una depreciación inmediata y automática del *stock* del que disponen los distribuidores, lo que provoca que las ventas sucesivas deban hacerse a precios que no respetan el margen al que tienen derecho los distribuidores de productos farmacéuticos (artículo 90 de la Ley de Garantías). En este sentido, aducen que el RD debió prever mecanismos para evitar semejante pérdida injustificada.

El TS entiende que del RD 177/2014 (artículo 9) se desprende que, desde la inicial publicación en la web del Ministerio de las bajadas de precios aceptadas, todos los operadores interesados del sector tienen información precisa de las ofertas que han sido aceptadas inicialmente y de las bajadas voluntarias que han sido definitivamente aceptadas y registradas en el Nomenclátor. Además, los distribuidores disponen de entre siete y diez días para gestionar sus *stocks* teniendo en cuenta que los nuevos precios se implementan a partir del día 20 del mes de referencia. En definitiva, y sin perjuicio de que sea legítima la discrepancia de las actoras con los plazos, el TS entiende válida la previsión del RD 177/2014 de un período de coexistencia para que los interesados gestionen debidamente sus *stocks*.

(v) Por otro lado, FEFE sostiene que el RD 177/2014 (artículo 13) vulnera la garantía de transparencia de la Ley de Garantías (artículo 6), pues no incluye a las oficinas de farmacia ni a los colegios oficiales de farmacéuticos entre las entidades con acceso al Nomenclátor, y ello a pesar de que para el cumplimiento de sus obligaciones de dispensación de los medicamentos con precios menores y más bajos, así como para la gestión de los procedimientos de facturación y liquidación de los medicamentos dispensados con cargo a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, es necesario el acceso.



El TS rechaza el argumento de la recurrente indicando que el RD 177/2014 (artículo 13) permite el acceso al Nomenclátor del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, corporación que debe trasladar la información a los colegios provinciales para que estos hagan lo propio con los titulares de las oficinas de farmacia. Además, el citado artículo 13 contempla la posibilidad, a concretar mediante orden ministerial, de permitir la consulta del Nomenclátor a otros organismos, empresas o particulares.

(vi) Otro argumento esgrimido por FEFE se construye sobre la presunta ilegalidad e inadecuación del criterio de las dosis diarias definidas en el RD 177/2014 como mecanismo para la determinación del «coste/tratamiento/día» y, por ende, para el establecimiento de los precios. Considera la actora que dicho criterio se aleja de las dosis realmente prescritas en España, no queda amparado por la cobertura legal que proporciona la Ley de Garantías (artículo 93), y no está reglamentariamente desarrollado, toda vez que no se prevé en el RD el mecanismo que haya de utilizarse para la fijación de las dosis diarias definidas.

El TS considera que los argumentos son contradictorios entre sí (no puede exigirse que se desarrolle un mecanismo para la fijación del criterio de las dosis diarias definidas cuando se considera que tal criterio no tiene amparo legal) y en todo caso defiende que el hecho de que el parámetro de las dosis diarias definidas no esté expresamente recogido en la Ley de Garantías no permite presumir su invalidez, y que el hecho de que la determinación de este parámetro se remita a los mecanismos para su determinación previstos en los respectivos órganos competentes tampoco es ilegal, pues no constituye una omisión reglamentaria típica.

(vii) Por último, Farmaindustria impugna exclusivamente la disposición adicional 2.<sup>a</sup> del RD 177/2014 por vulneración del principio de reserva formal de ley. Dicho argumento es igualmente incluido por FEFE en su recurso.

La vulneración se produciría porque la citada disposición se excedería en su función de desarrollo de la Ley de Garantías (artículo 93), pues establece un procedimiento de revisión de los precios de comercialización de determinadas presentaciones de los medicamentos que se funda en la existencia en otro Estado miembro de la Unión Europea de un precio industrial de comercialización menor. Y a mayor abundamiento, en dicho procedimiento se prescinde de conceder audiencia al laboratorio responsable de la comercialización y se incumple lo dispuesto por la Ley de Garantías (artículo 91).

En este aspecto, el TS admite que la disposición adicional 2.<sup>a</sup> del RD 177/2014 se excede en su función de colaboración y complemento indispensable de la Ley, pues la determinación del precio de referencia en atención exclusivamente al precio industrial de comercialización en otro Estado miembro es un mecanismo no previsto en los preceptos legales aplicables. Para que dicha circunstancia pudiera actuar como único parámetro de determinación del precio sería necesaria una previsión legal al respecto. El TS reconoce también que resulta improcedente trasladar aritméticamente a nuestro sistema, sin más, el precio industrial con el que se comercializa la presentación en cualquier país de la Unión Europea sin valorar en absoluto las circunstancias o especificidades de los distintos países afectados y sin contemplar siquiera parámetros tales como renta per cápita, características del correspondiente sistema público sanitario o eventuales fluctuaciones del valor de sus divisas, aspectos que, a su juicio, no resultan baladíes.

Con estos razonamientos, el TS estima el recurso de Farmaindustria y parcialmente el recurso de FEFE, y anula la disposición adicional 2.<sup>a</sup> del RD 177/2015. El resto de pretensiones del recurso de FEFE y el recurso de FEDIFAR son desestimados.

## TRIBUTARIO\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

##### Legislación estatal

- *Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (BOE de 21 de julio de 2015)*
- *Real Decreto 633/2015, de 10 de julio. Modifica el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (BOE de 11 de julio de 2015)*
- *Real Decreto 634/2015, de 10 de julio. Aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (BOE de 11 de julio de 2015)*

##### Legislación autonómica

*Ley 14/2015, de 21 de julio, del impuesto sobre las viviendas vacías, y de modificación de normas tributarias y de la Ley 3/2012 (BOE de 15 de agosto de 2015)*

Crea el Impuesto sobre las Viviendas Vacías como un tributo propio de la Generalidad de Cataluña, de naturaleza directa, que grava el incumplimiento de la función social de la propiedad de las viviendas por el hecho de permanecer desocupadas de forma permanente.

#### [Portugal]

##### Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares («IRS») e Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas («IRC») - Coeficientes de desvalorização da moeda

*Portaria n.º 400/2015, de 6 de novembro, (DR 218, Série I, de 6 de novembro de 2015)*

A presente Portaria aprova os coeficientes de desvalorização da moeda a aplicar a bens ou direitos alienados durante o ano de 2015, para efeitos da determinação da matéria coletável sujeita a imposto, conforme o disposto nos artigos 50.º do Código do IRS e 47.º do Código do IRC.

##### IRS - Extinção da sobretaxa

*Lei n.º 159-D/2015, de 30 de dezembro (DR 254, Série I, de 30 de dezembro de 2015)*

A presente Lei extingue a sobretaxa de IRS a partir de 1 de janeiro de 2017. Para o ano de 2016, os rendimentos até € 7.070 estão isentos, enquanto os rendimentos entre € 7.070 e € 20.000 estão sujeitos a uma taxa de 1%, entre € 20.000 e € 40.000 estão sujeitos a uma taxa de 175%, entre € 40.000 e € 80.000 estão sujeitos a uma taxa de 3%, e por fim, os rendimentos superiores a € 80.000 estão sujeitos a uma taxa de 3.5%.

##### IRC - Perdas por imparidade

*Decreto Regulamentar n.º 19/2015, de 30 de dezembro (DR 254, Série I, de 30 de dezembro de 2015)*

O presente Decreto Regulamentar estabelece os limites máximos das perdas por imparidade e outras correções de valor para risco específico de crédito dedutíveis para efeitos do apuramento do lucro tributável em sede de IRC e as regras a observar na sua determinação, nos termos previstos no n.º 2 do artigo 28.º -A e no n.º 1 do artigo 28.º -C do Código do IRC, a aplicar nos períodos de tributação iniciados ou que se iniciem em ou após 1 de janeiro de 2015.

---

\* Esta sección ha sido coordinada por Jesús López-Tello y Miguel Bastida Peydro, y en su elaboración han participado Susana Estevão Gonçalves y Gerard Everaert del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

**Estatuto dos Benefícios Fiscais («EBF») - Declaração Modelo 25**

*Portaria n.º 318/2015, de 1 de outubro (DR 192, Série I, de 1 de outubro de 2015)*

A presente Portaria estabelece a declaração de modelo oficial e respetivas instruções de preenchimento, para que entidades que recebam donativos fiscalmente relevantes possam efetuar a comunicação à Autoridade Tributária e Aduaneira («AT»), prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 66.º do EBF.

**IRC e IRS – Modelo 30** *Portaria n.º 332-A/2015, de 5 de outubro (DR 194, Série I, de 5 de outubro de 2015)*

A referida Portaria aprova as instruções de preenchimento da declaração Modelo 30, aprovada pela Portaria n.º 372/2013, que se refere à comunicação de pagamentos efetuados a entidades não residentes.

**IRS – Novos modelos de fatura, recibo e fatura-recibo**

*Portaria n.º 338/2015, de 8 de outubro (DR 197, Série I, de 8 de outubro de 2015)*

Nos termos do artigo 115.º do Código do IRS, os titulares de rendimentos profissionais estão obrigados a emitir faturas, recibos ou faturas recibos com referência a todas as importâncias recebidas de clientes em contrapartida de transmissões de bens ou prestações de serviços. A presente Portaria aprova os novos modelos de fatura, recibo, fatura-recibo, e bem assim, das respetivas instruções de preenchimento, em conformidade com as novas redações do artigo 115.º do Código do IRS e do artigo 29.º do Código do IVA, revogando a Portaria n.º 426-B/2012, de 28 de dezembro.

**EBF – Formulário Modelo 27-RFI**

*Despacho n.º 11485/2015, de 30 de setembro (DR 201, Série II, de 14 de outubro de 2015)*

Ao abrigo do artigo 22.º-A do EBF os rendimentos pagos a não residentes em território português, derivados de unidades de participação ou participações sociais em organismos de investimento coletivo portugueses, podem beneficiar de uma isenção ou de uma taxa reduzida de imposto português, desde que preenchidos e provados certos requisitos.

Através do presente Despacho é aprovado o formulário Modelo 27-RFI que permite solicitar o reembolso total ou parcial de imposto português que tenha sido indevidamente retido na fonte (por não ter sido efetuada prova nos prazos e nas condições estabelecidas) sobre rendimentos pagos por organismos de investimento coletivo a sócios e participantes não residentes em território português.

**IRS - Declaração Modelo 3**

*Portaria n.º 366/2015, de 16 de outubro (DR 203, Série I, de 16 de outubro de 2015)*

A presente Portaria introduz alterações na declaração de rendimentos de IRS (modelo 3), por forma a permitir aos contribuintes declarar rendimentos relativos aos anos de 2001 a 2014.

**IRS - Declaração Modelo 39**

*Portaria n.º 371/2015, de 20 de outubro (DR 205, Série I, de 20 de outubro de 2015)*

Face à recente reforma do IRS, introduzida pela Lei n.º 82-E/2014, de 31 de dezembro, a presente Portaria atualiza as instruções de preenchimento da declaração modelo 39, a qual deve ser entregue por entidades que paguem ou coloquem à disposição de pessoas singulares residentes em território português, rendimentos sujeitos a retenção na fonte liberatória ao abrigo do artigo 71.º do Código do IRS ou quaisquer rendimentos sujeitos a retenção na fonte à taxa liberatória de montante superior a € 25 (desde que o titular dos rendimentos não beneficie de isenção, dispensa de retenção ou redução de taxa).

**IRS - Declaração Modelo 49**

*Portaria n.º 372/2015, de 20 de outubro (DR 205, Série I, de 20 de outubro de 2015)*

A referida Portaria aprova a declaração modelo 49 e respetivas instruções de preenchimento. A declaração permite a comunicação à AT da prorrogação do prazo de entrega da declaração de rendimentos modelo 3 de IRS para 31 de dezembro do ano relevante, nos casos em que o sujeito passivo auferir rendimentos de fonte estrangeira relativamente aos quais tenha direito a um crédito de imposto por dupla tributação internacional e o crédito não esteja determinado no

Estado da fonte até prazo geral de entrega da declaração modelo 3.

**IRS - Declaração  
Modelo 48**

*Portaria n.º 372/2015, de 20 de outubro (DR 205, Série I, de 20 de outubro de 2015)*

A presente Portaria aprova a declaração modelo 48 e respetivas instruções de preenchimento. A declaração modelo 48 deve ser apresentada por sujeitos passivos titulares de participações sociais adquiridas no âmbito de operações que tenham beneficiado do regime de neutralidade fiscal (permutas de partes sociais, fusões, cisões e entradas de ativos) e tenham optado pelo pagamento diferido ou fracionado do imposto devido pela transferência de residência para outro Estado Membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu que esteja vinculado a cooperação administrativa em matéria fiscal equivalente à estabelecida no âmbito da União Europeia.

**IRS e IRC - Declaração  
Modelo 10**

*Portaria n.º 372/2015, de 20 de outubro (DR 209, Série I, de 26 de outubro de 2015)*

A presente Portaria aprova a declaração modelo 10 e respetivas instruções face às alterações introduzidas pela reforma do IRS. A declaração modelo 10 refere-se a rendimentos e retenções na fonte que não devem ser declarados na declaração mensal de remunerações (DMR), auferidos por sujeitos passivos de IRS residentes no território nacional, bem como rendimentos sujeitos a retenção na fonte de IRC, excluindo os que se encontram dela dispensados, conforme dispõem os artigos 94.º e 97.º do Código do IRC.

**IRS - Declaração  
Modelo 3**

*Portaria n.º 404/2015, de 16 de novembro (DR 224, Série I, de 16 de novembro de 2015)*

A presente Portaria aprova os novos modelos da declaração modelo 3 de IRS e respetivas instruções de preenchimento para o ano de 2015.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Espanña]

**Derecho fundamental  
de inviolabilidad del  
domicilio de persona  
jurídica**

*Sentencia del Tribunal Constitucional 54/2015 de 16 de marzo de 2015*

El Tribunal Constitucional enjuicia si se ha producido una vulneración del derecho fundamental de inviolabilidad del domicilio de una persona jurídica al permitir los socios administradores de una sociedad el registro, el acceso a los ordenadores de la empresa y la copia de los discos duros, sin que fueran informados de su derecho a oponerse a la entrada y registro.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional recuerda que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio es extensivo a las personas jurídicas, si bien no existe una plena correlación entre el concepto legal de domicilio de las personas jurídicas establecido por la legislación mercantil, con el del domicilio constitucionalmente protegido. Además, se precisa que la intensidad de la protección de las personas jurídicas es menor, por faltar una estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido referente a la vida personal y familiar, solo predicable de las personas físicas. Por ello, ha de entenderse que este ámbito de protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas solo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de ella, o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros.

En el caso concreto, el Tribunal Constitucional considera que se ha infringido el derecho a la inviolabilidad del domicilio, puesto que la mera falta de oposición no podrá entenderse como un consentimiento tácito. Así, entiende que el consentimiento eficaz tiene como presupuesto el de la garantía formal de la información expresa y previa, que debe incluir los términos y alcance de la actuación para la que se recaba la autorización.

**Procedimiento tributario. Validez de las notificaciones realizadas en agosto*****Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de mayo de 2015***

El Tribunal Supremo analiza la validez de notificaciones realizadas en el domicilio del interesado durante el mes de agosto.

El Tribunal sostiene que, si bien es cierto que el hecho de que las notificaciones se hayan efectuado en agosto no puede ser causa excluyente de su validez formal —dado que la ley no excluye este mes de la posibilidad de llevar a cabo notificaciones válidas— el órgano jurisdiccional puede no dar validez a notificaciones realizadas en el mes de agosto y en el domicilio del interesado cuando en virtud de las circunstancias concurrentes llega a la convicción de que la notificación no ha llegado a conocimiento del interesado. El Tribunal aclara que este criterio también juega en criterio opuesto, esto es, cuando la notificación presenta incorrecciones formales, pero se llega a la conclusión de que el interesado ha tenido conocimiento de la misma, se estima válida.

**Procedimiento tributario. Revisión de ejercicios prescritos*****Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 5 de febrero de 2015***

El Tribunal Supremo se plantea el alcance de la potestad comprobadora de la Administración respecto de actos, hechos, negocios u operaciones realizados en periodos afectados por el instituto de la prescripción cuando se proyectan fiscalmente en ejercicios no prescritos o, dicho de otro modo, se trata de determinar qué ocurre cuando la Administración Tributaria pretende regularizar los efectos, en un ejercicio no prescrito, de aquellos negocios que, celebrados en un ejercicio prescrito, se considera que lo fueron en fraude de ley.

Tomando en consideración la tesis de que «*lo que prescribe es el derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la liquidación y a exigir el pago de las deudas liquidadas, no la actividad de comprobación, y que lo contrario sería como reconocer una especie de ultra-actividad de la prescripción a ejercicios no afectados por ella*», no se puede excluir la posibilidad de que, dentro de las actuaciones de comprobación, puedan verificarse operaciones que integran el hecho imponible aun cuando tengan su origen en ejercicios fiscales ya prescritos.

De esta forma, el derecho a comprobar e investigar no prescribe, y la Administración puede usar dichas facultades para liquidar periodos no prescritos, pudiendo para ello investigar operaciones realizadas en periodos que sí lo están, pero que sigan produciendo efectos. Consecuentemente, puede declararse en fraude de ley una operación realizada en ejercicio prescrito si fruto de dicha operación se producen efectos tributarios en ejercicios no prescritos. Esta misma doctrina ha sido recientemente incorporada en el nuevo artículo 66.bis.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

**IRNR. Deducibilidad de los intereses abonados por los establecimientos permanentes de bancos extranjeros a su casa central*****Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de julio de 2015***

La Audiencia Nacional analiza una liquidación administrativa que negó la deducibilidad de una parte de los intereses abonados contablemente por una sucursal a su casa central por entender que se trataba del coste de los capitales propios de la entidad afectos indirectamente al establecimiento permanente. La Administración tributaria entiende que, en el caso de las entidades financieras, el importe de los recursos propios a asignar a la sucursal debe ser, al menos, el establecido en la normativa sectorial para poder operar en el sector financiero. Esta forma de determinar el llamado capital libre estaría respaldada por el enfoque que la OCDE propone para la atribución de beneficios a los establecimientos permanente de acuerdo con el análisis funcional y que se recoge en los comentarios al modelo de convenio publicados en el año 2008.

La Audiencia Nacional hace una reflexión sobre la interpretación dinámica de los convenios a la luz de los comentarios de la OCDE y considera que dichos comentarios solo producen efectos sobre los convenios firmados con anterioridad cuando se trate de meras aclaraciones que no añadan un contenido sustantivo nuevo y el texto que pretenda ser interpretado con los nuevos comentarios no haya variado. En última instancia, es necesario también que la legislación interna establezca expresamente la posibilidad de realizar los ajustes que se derivan del convenio, ya que dicha norma no puede con carácter general crear obligaciones de forma autónoma.

En el presente caso, la Audiencia Nacional considera que las nuevas disposiciones que contienen los comentarios al modelo de convenio de 2008 no aportan una mera clarificación de los comentarios anteriores, sino reglas sustantivamente distintas, lo que debería impedir su aplicación retroactiva a un convenio firmado antes. A mayor abundamiento, expresa sus dudas de que la norma interna permita realizar un ajuste de la naturaleza del que propone la Administración tributaria, aunque en este extremo no llega a manifestarse con tanta claridad. Esta laguna ha sido subsanada a través de la inclusión de una disposición adicional sexta en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, en la que se establecen reglas especiales para la determinación de la base imponible de establecimientos permanentes a los que resulte de aplicación un convenio para evitar la doble imposición.

Por último, la Audiencia Nacional manifiesta que los cambios en la fiscalidad internacional no pueden implementarse a través de los comentarios a convenio o de informes de la OCDE (a lo que se denomina *soft law*), puesto que se requiere de una actuación por el legislador nacional o convencional que cumpla con el estándar de seguridad jurídica y de legalidad que establece la Constitución Española. Esta crítica resulta de plena actualidad en el contexto actual, en el que regularizaciones administrativas se basan en algunos de los principios de BEPS que aún no se han materializado en normas concretas.

### [Portugal]

#### Procedimento Tributário - Suspensão do prazo de prescrição de dévidas tributárias no âmbito da insolvência

*Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 362/2015 (DR 186, Série II, de 23 de setembro de 2015)*

O acórdão em apreço foi proferido na sequência da interposição de recurso de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Administrativo («STA») sobre o artigo 100.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas («CIRE»), que determina que a sentença de declaração de insolvência suspende todos os prazos de prescrição e de caducidade oponíveis pelo devedor durante o decurso do processo. Na decisão recorrida, foi invocada a inconstitucionalidade orgânica do artigo 100.º do CIRE quando interpretada no sentido de a mesma determinar a suspensão dos prazos prescricionais no âmbito do processo tributário, por violação da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República prevista no artigo 165.º, n.º 1, alínea j) e no artigo 103.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa («CRP»), tendo o STA julgado a argumentação improcedente.

Após análise da autorização legislativa constante da Lei n.º 39/2003, de 22 de agosto, que permitiu ao Governo aprovar o CIRE, o Tribunal Constitucional conclui que da mesma não decorria uma autorização para legislar em matéria relativa à prescrição de dévidas tributárias e decide julgar inconstitucional a norma do artigo 100.º do CIRE, quando interpretada no sentido de que a declaração de insolvência aí prevista suspende o prazo de prescrição das dévidas tributárias imputáveis ao responsável subsidiário no âmbito do processo tributário.

#### Imposto do Selo – Verbas 28 e 28.1 da Tabela Geral do Imposto do Selo

*Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 590/2015 (DR 247, Série I, de 18 de dezembro de 2015)*

O Acórdão em apreço foi proferido na sequência de recurso de uma decisão arbitral sobre a ilegalidade de atos de liquidação de Imposto do Selo («IS») emitidos ao abrigo das verbas 28 e 28.1 da Tabela Geral do Imposto de Selo («TGIS»), que estabelece a tributação sobre a propriedade de prédios urbanos com afetação habitacional, cujo valor patrimonial tributário seja igual a superior a € 1.000.000. A recorrente veio invocar a violação dos princípios constitucionais da igualdade, da capacidade contributiva, da segurança jurídica e da irretroatividade da lei fiscal.

Entendeu o Tribunal Constitucional («TC») que a norma em causa não revela um caráter assimétrico ou arbitrário, pelo que a discriminação positiva por parte do legislador, que tributa a manifestação externa de riqueza evidenciada nos prédios urbanos de elevado valor com afetação habitacional, não viola os princípios da igualdade e capacidade contributiva.

Por conseguinte, numa ótica de adequação, necessidade e justa medida, considerou o TC que uma vez que a norma em causa pretendia alargar a base tributável à propriedade de prédios de luxo para promover a consolidação orçamental, a norma é apta e idónea a realizar as suas

finalidades, não se vislumbrando razões para concluir pelo desrespeito do princípio da proporcionalidade em qualquer das suas dimensões.

Neste contexto, o TC decide que não se verifica a violação de quaisquer dos princípios constitucionais invocados pela recorrente e não julga inconstitucional a norma prevista nas verbas 28 e 28.1 da TGIS, na medida que impõe a tributação anual sobre a propriedade de prédios urbanos com afetação habitacional, cujo valor patrimonial tributário seja igual ou superior a € 1.000.000.

### 3 · RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

**Impuesto sobre Sociedades. Motivos económicos válidos. Complejo negocial (venta de acciones seguida de absorción)**

*Resolución de 2 de julio de 2015 (reclamación 04830/2012)*

A juicio del TEAC no existe motivo económico válido, sino razones puramente fiscales, en el complejo negocial realizado consistente en la adquisición de acciones de una sociedad tenedora de un inmueble seguida de una operación de fusión por absorción.

De acuerdo con el criterio del TEAC, el verdadero interés de la absorbente no fue adquirir las participaciones de la entidad posteriormente absorbida, sino la compra del inmueble que constituía su único activo. En lugar de comprar directamente el terreno a una sociedad inactiva, adquirió sus acciones a los socios personas físicas, beneficiándose de un régimen fiscal favorable en virtud de la aplicación de los denominados coeficientes de abatimiento, procediendo posteriormente a la absorción para aplicar el diferimiento fiscal que le proporciona el régimen especial de neutralidad fiscal, evitando la tributación inmediata de la plusvalía que se hubiera puesto de manifiesto en una operación de venta directa del inmueble.

El TEAC precisa que aunque el hecho de evitar la plusvalía que se habría puesto de manifiesto en una venta directa del inmueble afecta a la esfera del transmitente, dicha circunstancia no es suficiente argumento para denegar la aplicación del régimen especial de neutralidad fiscal a la sociedad adquirente del inmueble que posteriormente realiza una operación de fusión. Adicionalmente, el TEAC no deniega ni analiza la aplicación de los coeficientes de abatimiento de la operación de compra de las acciones previa a la fusión.

**Ley General Tributaria. Consultas de la Dirección General de Tributos. Unificación de criterio**

*Resolución de 10 de septiembre de 2015 (reclamación 04185/2014)*

El TEAC unifica criterio concluyendo que las contestaciones de la Dirección General de Tributos a las consultas que se le plantean no son vinculantes para los Tribunales Económico-Administrativos. Dicha afirmación, de acuerdo con el criterio del TEAC, encuentra su sentido en la separación entre las funciones y, por ende, entre los órganos de aplicación de los tributos y de revisión de los actos resultantes de dicha aplicación. De no ser así, argumenta, carecería de sentido la función revisora dentro de la vía administrativa, impidiendo a los obligados tributarios el ejercicio efectivo en dicha vía de su derecho de defensa, que no tendría posibilidad alguna de prosperar.

No obstante, el TEAC señala que tanto los criterios que con carácter reiterado fije este TEAC, como las resoluciones de este mismo Tribunal dictadas en la resolución de recursos de alzada extraordinarios en unificación de criterio sí tienen carácter vinculante para toda la Administración Tributaria, estatal o autonómica, ya sean órganos de aplicación de los tributos u órganos con función revisora.

En este sentido, el TEAC señala que el artículo 89 de la LGT atribuye al contribuyente un verdadero derecho subjetivo, en virtud del cual la Administración debe seguir en sus actuaciones los criterios sentados en las resoluciones de la DGT, siempre que se den las circunstancias de identidad de hechos que prevé el citado precepto. Por lo tanto, si la Administración tributaria dicta un acto administrativo en contra de la doctrina de la DGT y ese acto es impugnado, debe ser anulado, sin entrar a analizar cuál sería la doctrina correcta y por la violación que ha supuesto del propio artículo 89 de la LGT.

## 4 · CONSULTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS

### Correcciones de valor y deducibilidad de gastos financieros

#### *Consulta de 12 de enero de 2015 (V0040-15)*

El consultante concedió un préstamo subordinado que ha devengado intereses durante los últimos ejercicios. No obstante, dados los términos de subordinación del préstamo respecto a otras deudas de la sociedad y a la mala situación económica que atraviesa la actividad del deudor, no se ha podido devolver ni el principal ni pagar los intereses devengados. Se espera que la mala situación económico-financiera del deudor continúe en el futuro, por ello, en cumplimiento de la normativa contable, la consultante dotó un deterioro por el importe íntegro del préstamo y los intereses pendientes de pago. En la consulta se plantea el impacto que tiene dicho deterioro en el cálculo del límite de deducibilidad de gastos financieros.

La DGT comienza por recordar que, como regla general y de acuerdo con su Resolución de 16 de julio de 2012 (BOE de 17 de julio), la parte del deterioro del valor de créditos que se corresponda con intereses devengados y no cobrados debe verse afectada por la limitación a la deducibilidad de gastos financieros recogida en el artículo 20 del TRLIS, por cuanto precisamente dichos intereses han tenido la consideración de ingreso financiero.

Sin embargo, en el caso planteado, la DGT entiende que esta regla no puede ser aplicable, puesto que el artículo 12.2 del TRLIS establece expresamente la no deducibilidad del deterioro de valor de un crédito con entidades vinculadas, salvo insolvencia judicialmente declarada. Por tanto, concluye la contestación que *«el gasto generado por el deterioro incluye la parte correspondiente a los intereses devengados y no contraídos, por lo que los gastos financieros devengados y no cobrados que generan un deterioro no deducible no deben computarse a los efectos de la limitación en la deducibilidad de gastos financieros del artículo 20 del TRLIS»*.

A pesar de la desafortunada redacción de la conclusión (*«gastos financieros devengados y no cobrados que generan un deterioro no deducible»*), entendemos que la correcta interpretación es que el gasto financiero que consiste en el propio deterioro de valor del crédito no se deberá tomar en cuenta a efectos del cómputo del límite, puesto que no ha sido fiscalmente deducible. Ello sin perjuicio de que, cuando se convierta en deducible carácter (con la insolvencia judicialmente declarada del deudor), sí se considere a tales efectos.

### Motivos económicos válidos para la deducibilidad de gastos financieros derivados de deudas con entidades del grupo destinadas a la adquisición de entidades del grupo

#### *Consulta de 10 de marzo de 2015 (V0775-15)*

De acuerdo con la descripción de hechos de la consulta, la entidad francesa matriz del grupo y una sociedad española alcanzaron un acuerdo complejo por el que, entre otras transacciones, la entidad francesa adquirió de la sociedad española el 24,26 % de la sociedad A. En pago de las acciones adquiridas, la entidad francesa M entregó a la sociedad X acciones representativas de aproximadamente un 4,1 % de su capital social y un importe en metálico. Para el pago de la contraprestación en metálico, la entidad francesa M ha recurrido a financiación externa por un importe aproximado del 67 % de dicha contraprestación en metálico.

Tras la adquisición por la entidad francesa M del paquete accionario de la sociedad A, esta última queda participada en un 75,74 % por la entidad consultante (que es filial de la entidad francesa) y en un 24,26 % por la entidad francesa M. Tras la transacción, el grupo se plantea reestructurar la participación recién adquirida para conseguir un esquema accionario más racional y eficiente. Para ello la entidad francesa se plantea transmitir a la entidad consultante el 24,26 % del capital social de la sociedad A recientemente adquirido. Para financiar la adquisición por parte de la entidad consultante del 24,26 % del capital social de la sociedad A, el grupo se plantea reproducir en la entidad consultante la misma estructura de financiación que la llevada a cabo previamente, esto es, mediante una combinación de patrimonio neto y financiación ajena. En concreto, la entidad francesa suscribiría una ampliación de capital en la entidad consultante por un importe aproximado del 66 % del valor total de transmisión, mientras que el restante 33 % se financiaría por la entidad consultante mediante la concesión por parte de la sociedad francesa de un préstamo.

La DGT establece que los motivos económicos válidos que habrían de concurrir para la realización de operaciones que determinarían la deducibilidad fiscal de los gastos financieros devengados y derivados de deudas con entidades del grupo de acuerdo con lo dispuesto en el artícu-



lo 15h) de la LIS, requieren que las operaciones sean razonables desde la perspectiva económica, como pueden ser supuestos de reestructuración dentro del grupo, consecuencia directa de una adquisición a terceros o bien aquellos supuestos en que se produce una auténtica gestión de las entidades participadas.

En este sentido, la DGT acepta como motivos económicos válidos para la deducción de los gastos financieros devengados y derivados de deudas con entidades del grupo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15.h) de la LIS (artículo 14.1.h) del TRLIS), los alegados por la consultante, que son: la simplificación de la estructura accionarial de la sociedad adquirida; unificar en una única entidad todas las acciones de la sociedad adquirida a fin y efecto de simplificar y agilizar la toma de decisiones; facilitar el control y gestión de la participación en la sociedad adquirida; dotar al negocio de una mayor flexibilidad estratégica y financiera; facilitar y simplificar la reinversión del beneficio del grupo en nuevas inversiones, optimizando los flujos de tesorería; y reforzar la posición de la entidad consultante como sociedad dominante del grupo fiscal, facilitando la incorporación de sociedades que hasta la fecha quedaban excluidas a pesar del control y la posición dominante de la entidad consultante en su capital social.

En concreto, la DGT considera que este planteamiento puede encuadrarse en el marco de un supuesto de reestructuración dentro del grupo, consecuencia directa de una adquisición a terceros. Por otra parte, se deduce que en esa conclusión influye el hecho de que el esquema de financiación de la adquisición por la filial española reproduce el que había utilizado la entidad francesa para la adquisición de la participación a un tercero.

**Régimen aplicable a los grupos de consolidación fiscal en territorio común con una entidad dominante en territorio foral**

*Consulta de 23 de marzo de 2015 (V0874-15)*

Una sociedad domiciliada en Vizcaya y sometida a la norma foral vizcaína es la titular, de forma directa e indirecta, del 100 % de dos sociedades, A y B, ambas residentes y sometidas a normativa común. Mientras ha estado vigente el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, la sociedad A ha tenido la consideración de sociedad dominante de un grupo de sociedades sujeto al régimen de consolidación fiscal (grupo fiscal A). Igualmente, la entidad B ha tenido la consideración de sociedad dominante de otro grupo de sociedades sujeto también al régimen de consolidación fiscal (grupo fiscal B). Tras la entrada en vigor de la nueva LIS, la DGT considera que:

De acuerdo con el artículo 58.1 de la LIS, el grupo fiscal estará constituido por las dos sociedades A y B y todas aquellas otras sociedades residentes en territorio español que tengan la condición de dependientes de la entidad residente en Vizcaya.

El apartado 2 de la DT 25.<sup>a</sup> de la LIS regula los efectos del régimen fiscal de consolidación en el supuesto en que dos grupos fiscales existentes en el período impositivo 2014 tengan una sociedad dominante común no residente en territorio español, o, como ocurre en el supuesto planteado, residente en el País Vasco. En este caso, de acuerdo con la nueva configuración del grupo fiscal establecida en el artículo 58 de la LIS, ambos grupos deben integrarse en uno solo, sin que por ello se requiera la existencia de un nuevo grupo fiscal. Esto es, el segundo párrafo del apartado 2 de la DT 25.<sup>a</sup> permite que uno de los grupos fiscales perviva y en él se integren el resto de sociedades dependientes de la entidad dominante. Ello supondrá, por tanto, la extinción de uno de los grupos fiscales y su integración en el otro, sin que la LIS establezca prevalencia alguna sobre cuál ha de ser el grupo extinguido.

Por otra parte, la opción por el régimen fiscal de consolidación a que se refiere el artículo 61.3 de la LIS, por parte de las entidades dependientes del grupo extinguido que se integran en el grupo que subsiste, deberá realizarse en el período impositivo 2015. Adicionalmente, la entidad dominante residente en el País Vasco deberá designar a la entidad representante del grupo fiscal en un acuerdo que será comunicado por esta última a la Administración Tributaria junto con la nueva configuración del grupo fiscal.

**Aplicación del Régimen especial de consolidación fiscal**

*Consulta de 23 de marzo de 2015 (V0876-15)*

Hasta el 31 de diciembre de 2014, una entidad y sus dos filiales participadas al 100 % tributaban en el régimen especial de consolidación fiscal. Dicha entidad tiene previsto permitir la entrada

de un nuevo inversor en una de sus filiales a través de la adquisición de un porcentaje de participación de más de un 25 %.

La DGT considera que, en el caso de que se produzca la entrada del nuevo inversor, éste no mantendría su participación durante todo el período impositivo 2015, por lo que la filial no sería una entidad dependiente de ninguna otra entidad que reúna los requisitos para ser considerada dominante. Tampoco sería dependiente de su anterior socio único, puesto que su participación se ha reducido por debajo del 75 %. Con base en ello, entiende que en el 2015 se podría crear un nuevo grupo de consolidación fiscal formado por la filial como entidad dominante y sus participadas.

La cuestión más relevante que suscita la contestación de la DGT es que permite que una entidad sea dominante en el mismo ejercicio en que pierde de manera sobrevenida (con posterioridad al 1 de enero) su condición de dependiente. Desde el punto de vista formal, la creación del grupo exigirá que todas las entidades que vayan a formar parte de él adopten los acuerdos y realicen las comunicaciones con carácter previo a la finalización del ejercicio anterior al de aplicación del régimen de consolidación. Es decir, cuando aún forman parte del grupo fiscal previo y, por ello, deberán vincular dichos acuerdos a la consumación de la operación de entrada del inversor en el capital de la filial.

#### **Fusión entre entidades vinculadas**

##### *Consulta de 16 de enero de 2015 (V0111-15)*

En la operación de fusión planteada, la entidad absorbida tiene concedido un préstamo a la entidad absorbente.

Se cuestionan las implicaciones fiscales con motivo de la fusión por la transmisión del préstamo concedido entre las sociedades.

Siguiendo el criterio de la DGT, si en la transmisión del préstamo se pusiera de manifiesto alguna renta en sede de la transmitente, dicha renta quedaría amparada por el régimen de neutralidad fiscal. Sin embargo, si la posterior extinción por confusión de derechos y obligaciones derivados del préstamo pudiera poner de manifiesto alguna renta, en sede de la entidad absorbente, dicha renta no quedaría amparada por el régimen fiscal especial. Esta renta formará parte de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades en el período impositivo en que se llevase a cabo la fusión.

#### **Aportación no dineraria a sociedad no residente**

##### *Consulta de 19 de febrero de 2015 (V0621-15)*

La consultante pretende realizar una aportación no dineraria en favor de una entidad residente en Reino Unido. Esta aportación incluirá el traspaso de 4 edificios situados en Reino Unido junto con los contratos de arrendamiento sobre ellos. Se plantea la posibilidad de aplicar el régimen fiscal especial por la aportación realizada a una entidad no residente.

La DGT, en base al principio europeo de no discriminación, asimila el régimen de aportación no dineraria realizada en el ámbito nacional a aquellas realizadas a nivel europeo. En consecuencia, si la consultante recibe más del 5 % de participación en los fondos propios de la entidad beneficiaria, la operación podrá acogerse al régimen fiscal especial.

#### **Exención a servicios de asesoramiento prestados a Instituciones de Inversión Colectiva**

##### *Consulta de 6 de febrero de 2015 (V0493-15)*

La entidad consultante es una asociación cuyos miembros prestan asesoramiento sobre inversiones financieras a empresas y particulares. En ocasiones, dichos servicios se prestan a IIC, ya sea directamente o a través de las Sociedades Gestoras de IIC. Así, la consultante desea conocer si es aplicable a los servicios de asesoramiento que presta la exención prevista en el artículo 20.Uno.18º, letra g) de la LIVA.

La DGT considera que debe entenderse que tanto los servicios de asesoramiento sobre inversiones financieras prestados directamente a una IIC como los prestados a una sociedad gestora de IIC, siempre que se trate de servicios consistentes en formular recomendaciones de compra y venta de activos, están exentos de IVA.

**Localización de servicios consistentes en comercialización de minutos de conexión telefónica****Consulta de 11 de febrero de 2015 (V0555-15)**

La entidad consultante, una sociedad mercantil establecida en Canarias, se dedica a la comercialización de minutos de conexión telefónica comprándolos a proveedores establecidos en península, Canarias, otros Estados miembros de la UE y otros terceros países, y revendiéndolos, principalmente, a locutorios aunque también a revendedores establecidos en los mismos ámbitos geográficos que los señalados anteriormente. Se plantea la consultante la localización de los servicios en las distintas operaciones de compraventa de minutos de conexión, teniendo en cuenta los distintos ámbitos geográficos en los que se pueden encontrar clientes y proveedores.

Concluye la DGT que toda operación que implique la transmisión de minutos de conexión telefónica desde un transmitente establecido en TAI a la entidad consultante (Canarias) supondrá, en principio, una operación no localizada en TAI y, por tanto, no sujeta al IVA, salvo que los minutos adquiridos sean posteriormente vendidos a locutorios establecidos en el TAI. En este supuesto, en la medida en que dichos minutos son efectivamente explotados en el TAI, la operación por la que la consultante adquirió esos minutos deberá sujetarse al IVA, debiendo la entidad transmitente repercutir la cuota correspondiente.

Este criterio supone que el vendedor de minutos telefónicos a un operador establecido fuera del TAI deberá adoptar las medidas de diligencia debida para identificar si posteriormente se produce la reventa a operadores que sí están establecidos en dicho territorio.

**Consideración de sociedad *holding* como dominante de grupo de entidades****Consulta de 23 de marzo de 2015 (V0865-15)**

La consultante es una sociedad *holding* cabecera en España de un grupo multinacional de la que cuelgan las demás entidades del grupo que se plantea la posibilidad de aplicar el régimen especial del grupo de entidades de IVA actuando ella misma como entidad dominante a pesar de no tener la consideración de empresario o profesional a efectos del IVA.

La DGT confirma en esta consulta la nueva regulación dada al artículo 163 *quinquies* de la LIVA por la Ley 28/2014, que permite desde el 1 de enero de 2015 que una sociedad mercantil que no tenga la consideración de empresario o profesional a efectos del IVA, cumplido el resto de los requisitos señalados en la ley, pueda tener la consideración de entidad dominante del grupo de entidades.

**Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Aplicación de normativa de ISD autonómica en herencias recibidas de causantes residentes en la UE y el EEE****Consulta de 18 de febrero de 2015 (V0613-15)**

La consultante, residente en España (más concretamente en Alicante), ha sido designada heredera de un familiar de nacionalidad alemana, residente en Alemania y fallecido en ese país. Los bienes hereditarios se encuentran en Alemania. Se plantea cuál será la tributación en España y si es posible deducir el impuesto pagado en el país de fallecimiento.

En primer lugar, la DGT establece que la aceptación por la consultante, residente en España, de una herencia o un legado de un causante residente en Alemania está sujeta al ISD español. Dado que la consultante tributará por obligación personal (por la totalidad de bienes y derechos adquiridos), su tributación en España es independiente de la tributación que proceda en Alemania. No obstante lo anterior, de acuerdo con la normativa de ISD (artículo 23 de la LISD), la DGT afirma que tributando la consultante por obligación personal tendrá derecho a deducir el importe pagado en Alemania (sujeto a las reglas del ISD).

En segundo lugar, la DGT confirma la aplicación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre (asunto C-127/12), incorporada a la disposición adicional segunda de la LISD, que establece la posibilidad de aplicar la normativa autonómica en casos de residentes en España que acepten herencias o legados de causantes residentes en un país de la Unión Europea distinto de España o en un país del Espacio Económico Europeo. En el caso concreto, dado que no existen bienes en España que sean transmitidos por herencia, la consultante podrá aplicar la normativa del ISD de la Comunidad Autónoma en que resida (en el caso objeto de consulta, la normativa de la Comunidad Valenciana). Sin perjuicio de la posibilidad de aplicar la normativa autonómica (extremo que es en todo caso, optativo), la consultante deberá tributar a la Administración Central del Estado.

Finalmente, la DGT informa de que, a partir del 1 de enero de 2015, los contribuyentes que tributen a la Administración Central del Estado deben liquidar el impuesto de forma obligatoria mediante autoliquidación (se elimina la posibilidad de presentar liquidación con posterior liquidación administrativa).

**Concepto de establecimiento permanente. Cambio de modelo de negocio**

*Consulta de 18 de marzo de 2015 (V0860-15)*

La consultante es una entidad suiza que para el desarrollo de su actividad en España disponía en territorio español de agentes o representaciones autorizadas para contratar en nombre y por cuenta suya. Ahora se plantea un cambio de modelo de negocio en el que una compañía del grupo, residente en España, asumiría el papel de distribuidor de los productos ante clientes locales. La consultante conservaría el papel de distribuidor fuera de España y de proveedor de la distribuidora española en relación con los productos del grupo fabricados fuera de España.

La DGT considera que con el cambio de modelo de negocio descrito, serán las sociedades filiales del grupo residentes en España las que van a realizar a partir de ahora las actividades en territorio español, pero no se puede considerar que la entidad consultante realice ninguna actividad a través de un establecimiento permanente. En concreto, y respecto de la posible calificación de las sociedades españolas como agentes dependientes, la DGT entiende que dichas entidades actúan en el ejercicio normal de su propia actividad de fabricación y distribución en su caso, en nombre propio y, por tanto, no actúan como establecimiento permanente de la consultante.

## UNIÓN EUROPEA\*

### 1 · LEGISLACIÓN

**Aprobación de la reforma del Tribunal de Justicia**

*Aprobación del Reglamento por el que se modifica el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

El 28 de octubre de 2015, ha sido aprobada la propuesta de reforma de la arquitectura jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con arreglo a la cual se incrementa el número de Jueces del Tribunal General de 28 a 56 y se integra el Tribunal de la Función Pública en el seno del Tribunal General.

### 2 · JURISPRUDENCIA

**Libre circulación de mercancías. Restricción consistente en la fijación de un precio mínimo de venta por unidad de alcohol**

*Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 23 de diciembre de 2015, en el asunto Scotch Whisky Association (as. C-333/14)*

En 2012, el Parlamento escocés adoptó una ley mediante la cual se fija un precio mínimo para las bebidas alcohólicas en Escocia que se determina en función de las unidades de alcohol del producto. La finalidad de esta medida era la protección de la salud y la vida de las personas.

El Tribunal de Justicia ha considerado que esta medida impide repercutir en el precio de venta el menor precio de coste de los productos importados. Por tanto, concluye que constituye un

\* Esta sección ha sido coordinada por Edurne Navarro Varona, y en su elaboración han participado Luis Moscoso del Prado, Ana Raquel Lapresta, Cristina Caballero y María Zafra, del Grupo de Coordinación de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea, Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Bruselas).

obstáculo a la libre circulación de mercancías, ya que puede obstaculizar el acceso al mercado británico de las bebidas alcohólicas procedentes de otros Estados miembros.

A pesar de que esta medida pueda ser adecuada para reducir el consumo de alcohol, no resulta justificada, dado que es posible proteger la salud de una manera igualmente eficaz mediante medidas fiscales menos restrictivas.

**Acceso a los documentos. Protección del proceso de la toma de decisiones de la Comisión**

*Sentencia del Tribunal General 13 de noviembre de 2015 en los asuntos acumulados ClientEarth c. Comisión (as. T-424/14, T425/14)*

El Tribunal General ha declarado que la Comisión puede denegar el acceso a las evaluaciones de impacto destinadas a orientar sus propuestas de actos legislativos. En concreto, la Comisión puede presumir, sin llevar a cabo un examen concreto e individual de los documentos relacionados con la evaluación de impacto, que su divulgación perjudica gravemente su proceso de toma de decisiones a la hora de elaborar una propuesta política. Esta presunción se mantiene hasta que la Comisión no adopte una decisión al respecto.

**Contrato de préstamo hipotecario. Cláusulas abusivas**

*Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 29 de octubre de 2015, en el asunto BBVA, S.A. (as. C-8/14)*

La Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social de 14 de mayo de 2013 modificó el procedimiento de ejecución de los bienes hipotecarios en España. En una disposición transitoria estableció que, en los procedimientos de ejecución que se encontraban en curso cuando entró en vigor esta ley, los interesados disponían de un plazo preclusivo de un mes para formular oposición a la ejecución forzosa basada en el carácter abusivo de una cláusula contractual y que este plazo comenzaba a computarse a partir del día siguiente al de la publicación de la ley en el *Boletín Oficial del Estado*.

El Tribunal de Justicia considera que el mecanismo establecido por el legislador para iniciar el cómputo del plazo es contrario al principio de efectividad. Esto se debe a que el plazo comenzaba a computarse sin que los consumidores afectados hubieran sido informados personalmente de la posibilidad de alegar un nuevo motivo de oposición en el marco de un procedimiento de ejecución ya iniciado. Considera que este procedimiento no aseguraba que se pudiera aprovechar plenamente ese plazo al existir un elevado riesgo de que expirase sin que los consumidores afectados pudieran hacer valer de forma efectiva sus derechos en vía judicial.

**Libre circulación de personas. Derechos conferidos a los beneficiarios del estatuto de refugiado y al estatuto conferido por la protección subsidiaria**

*Conclusiones del Abogado General en los asuntos acumulados Kreis Warendorf / Ibrahim Alo y Amira Osso / Region Hanover (as. C-443/14 y C-444/14) de 6 de octubre de 2015*

La Directiva 2011/95 sobre protección internacional reconoce el derecho a la protección subsidiaria a aquellos nacionales de un tercer estado o apátridas que no reúnen los requisitos para ser refugiados, pero respecto de los cuales existen motivos fundados para creer que, si regresasen a su país de origen, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir algún daño grave y que, a causa de dicho riesgo, no pueden o no quieren acogerse a la protección de tal país.

La normativa alemana prevé que si los beneficiarios de protección internacional perciben prestaciones de la seguridad social, el permiso de residencia concedido se otorgará acompañado de la obligación de residir en un lugar determinado. En 2008, el Tribunal Administrativo Federal alemán declaró que este requisito de residencia no puede aplicarse a quienes tienen reconocido el estatuto de refugiados si solo se justifica por la necesidad de asegurar un adecuado reparto de las cargas públicas de asistencia social entre los distintos territorios alemanes. En el presente asunto, el mismo Tribunal ha elevado una cuestión prejudicial en la que plantea si esta misma consideración puede hacerse con respecto de los beneficiarios de protección subsidiaria.

Según el Abogado General, Pedro Cruz Villalón, obligar a los beneficiarios de protección subsidiaria a residir en un determinado lugar constituye una restricción a la libre circulación dentro de un Estado miembro. Dicha restricción solo es aceptable en situaciones concretas que respondan a motivos de política de inmigración e integración suficientemente serios, y no es justificable

por razones de reparto territorial de las cargas de la seguridad social. A este respecto, considera que existen mecanismos de redistribución y compensación territorial de los desequilibrios presupuestarios menos restrictivos. Además, entiende que tratar de modo diferente a refugiados y a beneficiarios de protección subsidiaria vulnera el principio de proporcionalidad.

**Libre circulación de personas. Exclusión de los ciudadanos de la Unión Europea que se desplazan a otro país para buscar trabajo del derecho a percibir prestaciones de asistencia social**

*Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 15 de septiembre de 2015, en el asunto Alimanovic (as. C-67/14)*

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia recuerda que un Estado miembro no podrá expulsar de su territorio a un ciudadano de la UE a pesar de que aún no haya trabajado o haya terminado el período de seis meses de paro involuntario tras haber trabajado en ese Estado, siempre que esta persona pueda demostrar que está buscando trabajo y tiene posibilidades reales de ser contratado. Por el contrario, el Tribunal ha declarado que el Estado miembro de acogida sí puede denegar a este ciudadano toda prestación de asistencia social y que tal denegación no es contraria al principio de igualdad de trato.

**Libertad de establecimiento. Acceso a las actividades de inspección técnica de vehículos**

*Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 15 de octubre de 2015, en el asunto Grupo Itevelesa y otros (as. C-168/14)*

El Tribunal de Justicia ha analizado los requisitos a los que puede someterse la autorización de apertura de una estación de inspección técnica de vehículos. En concreto, se planteaba si la autorización podía condicionarse a la existencia de una distancia mínima entre dicha estación y las estaciones ya autorizadas a la empresa que solicita la autorización y a que dicha empresa no posea, si se concede la autorización, una cuota de mercado superior al 50 %. El Tribunal considera que estos requisitos son contrarios a la libertad de establecimiento, salvo que el Estado pueda demostrar su adecuación a los objetivos de protección de los consumidores y de seguridad vial, y que estos no son desproporcionados.