

CRÓNICA LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Unión Europea, España y Portugal

ADMINISTRATIVO*

1. LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Formulario normalizado del documento europeo único de contratación pública

Reglamento de ejecución (UE) n.º 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016, por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación (DOUE L3 de 6 de enero de 2016)

El Reglamento de ejecución consta de una parte expositiva, una parte articulada y dos anexos, con entrada en vigor a los veinte días de su publicación. No obstante, se prevé expresamente que el formulario de contratación, que se aprueba como Anexo, debe ser utilizado a partir del 18 de abril de 2016.

Por lo que se refiere a su contenido, el Anexo I del Reglamento establece instrucciones que desarrollan lo establecido en el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE para la utilización del Documento Europeo Único de Contratación («DEUC»), y que configuran el régimen jurídico del DEUC que los órganos de contratación deberán aplicar a partir del 18 de abril de 2016.

El Anexo II del Reglamento establece el formulario normalizado propiamente dicho, cuyo objetivo es reducir las cargas administrativas que conlleva la obligación de presentar un número sustancial de certificados u otros documentos relacionados con los criterios de exclusión y de selección. Este es el modelo de declaración responsable que los órganos de contratación que liciten dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE estarán obligados a aceptar como prueba preliminar del cumplimiento de los requisitos previos de acceso enumerados en el artículo 59.1 Directiva 2014/24/UE: que el operador económico no se encuentra en ninguna de las situaciones en las que deba o pueda ser excluido; que cumple los criterios de selección pertinentes y, cuando proceda, las normas y los criterios objetivos que se hayan establecido con el fin de limitar el número de candidatos cualificados a los que se invite a participar.

[España]

Inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública

Ley 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública del País Vasco (BOPV de 15 de abril de 2016)

La Ley, cuya entrada en vigor se prevé a los dos meses desde su publicación, se estructura en tres capítulos que incluyen un total de siete artículos, además de una disposición transitoria y dos finales:

(i) El capítulo I, «Disposiciones generales», precisa el objeto y los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación.

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

(ii) El capítulo II, «*Cláusulas sociales en los contratos del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi*», dispone la habilitación general para su establecimiento y regula dos tipos de cláusulas sociales que deben incluirse en los pliegos de contratación: (a) la primera, referida a las condiciones laborales de las empresas contratistas, y; (b) la segunda, a la subrogación en los contratos de trabajo por parte del adjudicatario de un contrato que continúe la actividad objeto de un contrato anterior.

(iii) El capítulo III, «*Incumplimiento de las cláusulas de carácter social*», introduce una previsión general sobre el establecimiento del régimen de penalidades en caso de incumplimiento de las obligaciones previstas en las cláusulas sociales.

La disposición transitoria excluye la aplicación de la ley a las contrataciones ya adjudicadas o iniciadas en el momento de su entrada en vigor.

Finalmente, las dos disposiciones finales establecen el momento de la entrada en vigor de la ley, así como una habilitación a las entidades que integran el sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi con objeto de que adopten los instrumentos jurídicos necesarios para incorporar a sus procedimientos de contratación las previsiones mínimas contenidas en la ley.

2. JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

La imposición de obligaciones de control de precios a operadores que no tienen un poder significativo en el mercado no resulta automáticamente contraria al Derecho de la Unión

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 2.^a), de 14 de abril de 2016 (as. C-397-14)

La sentencia resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Polonia, que, entre otros aspectos, cuestionaba la posibilidad de que una autoridad nacional de reglamentación en materia de telecomunicaciones («ANR») impusiera obligaciones tarifarias para el acceso a determinados servicios a operadores que no tengan un peso significativo en el mercado.

El TJUE considera que el artículo 8.3 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión («Directiva de acceso»), de debe interpretarse en el sentido que prohíbe la imposición de obligaciones en materia de control de precios como las establecidas en el artículo 13 de la Directiva de acceso a los operadores que no tengan un peso significativo en el mercado.

Sin embargo, tal interpretación no se opone a que ciertas disposiciones y, en particular, el artículo 28 de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas («Directiva de servicio universal»), permitan a una ANR imponer obligaciones de acceso y en materia de precios comparables a las establecidas en el artículo 13 de la Directiva de acceso, en este caso, para garantizar el acceso de los usuarios a los servicios de numeración no geográfica prestados a través de la red de otro operador.

No obstante, el TJUE precisa que, para que tal imposición sea compatible con el Derecho de la Unión, las medidas establecidas deberán ser objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias, y enfocadas en la naturaleza del problema constatado, además de encontrarse debidamente justificadas.

[España]

Inconstitucionalidad del precepto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que excluía de revisión jurisdiccional las resoluciones dictadas por los letrados de la Administración de Justicia (anteriormente, secretarios judiciales)

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional n.º 58/2016, de 17 de marzo de 2016

Esta sentencia, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional en resolución de una cuestión de inconstitucionalidad interna que había sido planteada por su Sección Segunda a colación de un recurso de amparo, ha declarado inconstitucional y nulo el primer párrafo del apartado segundo del artículo 102.bis de la Ley 29/1998, de 29 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa («LJCA»).

El artículo 102.bis de la LJCA fue introducido, junto con otras reformas, por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial. En el primer párrafo de su apartado segundo se disponía, en concreto, que contra los decretos dictados por los letrados de la Administración de Justicia (anteriores secretarios judiciales) en resolución de los recursos de reposición presentados contra las diligencias de ordenación y los decretos no definitivos que ellos mismos hubieran dictado «no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuera procedente la resolución definitiva».

El Pleno del TC no discrepa ni discute la constitucionalidad, en términos generales, del nuevo modelo de oficina judicial que fue implantado por la referida Ley 13/2009, en el que la toma de decisiones dentro del proceso se distribuye entre jueces y magistrados, por un lado, y letrados de la Administración de Justicia, por el otro. A los primeros se reserva, como hace notar el Tribunal Constitucional, la «función estrictamente jurisdiccional», es decir, lo que la Constitución define como «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», y se les descarga de las tareas no jurisdiccionales, que asumían los secretarios judiciales.

Sin embargo, la sentencia estima que el derecho fundamental garantizado por el artículo 24.1 de la Constitución comporta que la tutela de los derechos e intereses legítimos de los justiciables sea dispensada por los jueces y tribunales, a quienes está constitucionalmente reservado en exclusividad el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE). Este axioma veda, a su juicio, que el legislador excluya de manera absoluta e incondicionada la posibilidad de recurso judicial contra los decretos de los letrados de la Administración de Justicia resolutorios de la reposición. A su juicio, la exclusión impuesta en el primer párrafo del apartado primero del artículo 102.bis.2 de la LJCA es lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional, motivos por los cuales debe ser declarado inconstitucional y nulo.

Finalmente, el Pleno del TC acuerda que, mientras el legislador no se pronuncie sobre el párrafo anulado, contra los decretos del letrado de la Administración de Justicia que resuelvan recursos de reposición cabrá la revisión por el juez o tribunal, tal y como establece para otros supuestos el propio art. 102.bis, apartado segundo, de la LJCA.

Inconstitucionalidad de la normativa catalana destinada a hacer frente a la pobreza energética. La protección del consumidor vulnerable debe articularse a través de bonificaciones del precio y no de la prohibición de interrumpir el suministro

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional n.º 62/2016, de 17 de marzo de 2016

El Tribunal Constitucional estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Presidencia del Gobierno contra el Decreto-ley de Cataluña 6/2013, de 23 de diciembre, por el que se modifica la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña. Esta norma autonómica pretendía abordar la denominada pobreza energética. Con tal fin, introdujo el concepto de «persona en situación de vulnerabilidad económica», dotándolo de ciertas garantías, en especial:

(i) Prohibición de desconexión del suministro eléctrico o de gas, entre los meses de noviembre y marzo, en caso de impago.

(ii) Imposición a la empresa suministradora de un deber de aplazamiento y/o fraccionamiento de la deuda pendiente.

El Tribunal Constitucional enjuicia la cuestión desde una perspectiva estrictamente competencial. Según la Generalitat, el Decreto-ley 6/2013 encontraba su fundamento en las competencias reconocidas por el Estatuto de Autonomía de Cataluña en materia de «consumo», «servicios

sociales» y «energía». Por el contrario, según el criterio del Estado, esta normativa infringía las competencias que le reconocen los artículos 149.1.13 y 25 de la Constitución: «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» y «bases del régimen minero y energético».

El Tribunal Constitucional considera que los preceptos recurridos mantienen una conexión más estrecha con la ordenación del sector eléctrico y del gas, así como con el régimen de derechos y obligaciones de las empresas comercializadoras, lo que determina la prevalencia de los títulos competenciales del Estado y el consecuente desplazamiento de los títulos competenciales autonómicos en materia de «consumo» y «servicios sociales».

Por ello, la sentencia acaba anulando las previsiones contenidas en la normativa catalana, al considerar que son contrarias a la normativa básica estatal (*i. e.*, leyes del sector eléctrico y del sector hidrocarburos), que, ante el problema de la pobreza energética, optan por proteger al consumidor vulnerable a través de la bonificación de parte del precio, pero en ningún caso a través del establecimiento de excepciones a la posibilidad de interrupción del suministro en caso de impago.

La sentencia ha sido objeto de dos votos particulares que discrepan de la conclusión alcanzada por la mayoría de los magistrados.

Responsabilidad patrimonial del Estado legislador por las modificaciones operadas por el Real Decreto-ley 1/2012 en el régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de abril de 2016

Esta sentencia se integra en una serie de recientes resoluciones judiciales en las que el Tribunal Supremo, superando lo que, hasta la fecha, había sido doctrina reiterada, reconoce el derecho de empresas titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables a ser indemnizadas por los perjuicios ocasionados como consecuencia de la modificación normativa introducida por el Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos («RDL 1/2012»).

En el caso concreto enjuiciado por esta sentencia, el Tribunal Supremo considera que el cambio regulatorio llevado a cabo por el RDL 1/2012 infringió la confianza legítima de la empresa promotora de una instalación fotovoltaica, aun cuando en relación con esta tecnología se había alcanzado sobradamente el objetivo de potencia instalada. De ahí que surja el derecho a ser indemnizada por los daños ocasionados como consecuencia de este cambio normativo.

En este sentido, si bien la sentencia insiste en la doctrina tradicional acerca del deber de estas empresas de soportar el riesgo regulatorio, se limita su alcance. El Tribunal Supremo considera que, en este caso, el que estuviese cumplido el objetivo de potencia instalada de tecnología fotovoltaica no hacía previsible el cambio normativo introducido por el RDL 1/2012. A su juicio, es fundamental tomar en consideración que, en el momento de aprobarse el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, ya se había superado sobradamente el objetivo de potencia a instalar de esta tecnología.

A pesar de lo anterior, según el TS, el Real Decreto 1578/2008 creó fundadas expectativas de que las instalaciones que se promoviesen a su amparo obtendrían la inscripción en el registro que regula y, lo que realmente interesaba, se beneficiarían del ventajoso régimen retributivo en él previsto. Por ello, concluye que el cambio normativo que supuso el RDL 1/2012 fue sorpresivo, quebrando el principio de confianza legítima de la empresa que había promovido la instalación fotovoltaica al amparo de lo establecido en el Real Decreto 1578/2008.

No obstante, el Tribunal Supremo limita de forma sustancial el alcance de los daños indemnizables, incluyendo únicamente los gastos de aval, los gastos de proyecto y las tasas y otros tributos abonados a las Administraciones públicas.

La modificación de la denominación de los medicamentos en las recetas no vulnera las Directivas 2011/24/UE y 2012/52/UE, ni la Ley 29/2006

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de febrero de 2016

La sentencia dictada por el Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto contra la disposición final primera del Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 7 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación («RD 81/2014» y «RD 1718/2010», respectivamente). Entre otros, la disposición final del RD 81/2014 regula los datos del medicamento que deben incluirse en las recetas médicas, es decir, la denominación por principio activo y nombre comercial si se trata de un medicamento biológico o el prescriptor lo considera necesario de conformidad con la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios («Ley 29/2006»).

La parte actora solicitaba al Tribunal Supremo que declarase nula la disposición final por los siguientes motivos: (i) exceso de regulación por falta de cobertura en la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, y en la Directiva de ejecución 2012/52/UE de la Comisión, de 20 de diciembre de 2012, por la que se establecen medidas para facilitar el reconocimiento de las recetas médicas expedidas en otro Estado miembro; (ii) vulneración del artículo 85 de la Ley 29/2006; y (iii) insuficiencia de la Memoria del análisis del impacto normativo.

El Tribunal Supremo, tras considerar que la Memoria contiene suficiente información sobre las consecuencias de la reforma normativa, desestima también los otros motivos. En cuanto al exceso de regulación por falta de cobertura en el Derecho de la Unión Europea, se afirma que, si bien las Directivas anteriormente citadas solo exigen un modelo normalizado de recetas para los casos de asistencia farmacológica transfronteriza, no impiden la unificación de los modelos de recetas, que puede ser conveniente en la práctica.

Desde la perspectiva del derecho interno, la modificación del RD 1718/2010 supone que la denominación del medicamento deberá incluir necesariamente el principio activo y, si se trata de un medicamento biológico o el profesional sanitario lo considera necesario —y lo justifica—, la denominación comercial. El Tribunal Supremo considera que esta modificación no suprime ni condiciona la denominación comercial del medicamento, de modo que no contradice el artículo 85 de la Ley 29/2006.

ARBITRAJE Y MEDIACIÓN*

1. JURISPRUDENCIA

[España]

El TSJ de Madrid anula un laudo por falta de motivación

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y de lo Penal, de 7 de diciembre de 2015

Con fecha 7 de diciembre de 2015, la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid anuló un laudo dictado en un arbitraje tramitado por la Asociación Corte Española de Arbitraje Económico de Derecho y Equidad, tras apreciar que el laudo había sido deficientemente motivado.

* Esta sección ha sido coordinada por Luis Capiel, y en su elaboración han participado Heidi López Castro, Pablo Martínez Llorente, Mónica Zorzalejos Herrero, Jesús Saracho Aguirre, Juan Calvente Henche, Daniel Tejada Plana, Cristina Pinedo Sendagorta y Daniel Heredero García, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

El procedimiento arbitral trajo causa de un contrato de arrendamiento de vivienda. En esencia, la arrendadora presentó una demanda frente a los arrendatarios por la que solicitó la resolución del contrato de arrendamiento y reclamó determinadas rentas y gastos. Por su parte, los arrendatarios solicitaron, a través de una reconvenición, una indemnización a la arrendadora, debido a la supuesta inhabilitación de la vivienda arrendada.

El laudo estimó parcialmente la demanda de la arrendadora y condenó a los arrendatarios a desalojar el inmueble arrendado y a satisfacer una indemnización, que sería incrementada por cada día que transcurriera sin que los arrendatarios desalojasen el inmueble.

Frente a esta decisión, los arrendatarios ejercitaron una acción de anulación de laudo contra la arrendadora en la que alegaban tres motivos de anulación:

(i) no haber sido notificados de todas las actuaciones arbitrales, con apoyo en el art. 41.1.b) de la Ley de Arbitraje; (ii) la existencia de un pronunciamiento sobre cuestiones no sometidas a la decisión del árbitro —*ex art. 41.1.c) de la Ley de Arbitraje*—; y (iii) ser el laudo contrario al orden público —*ex art. 41.1.f) de la Ley de Arbitraje*—, debido a su falta de motivación.

La Sala entiende que el primero de los motivos de anulación alegados por los arrendatarios se refería, en realidad, a una posible vulneración de los principios de igualdad, audiencia y contradicción, ya que los arrendatarios apoyaron su motivo de anulación en la falta de traslado de dos escritos presentados por la arrendadora en el procedimiento arbitral. No obstante, la Sala considera que los inexistentes traslados no lesionaron los derechos de los arrendatarios, al no tener trascendencia en el procedimiento, y, en consecuencia, desestima el primer motivo de anulación.

El segundo de los motivos de anulación se fundaba en que el árbitro había condenado a los arrendatarios al pago de una indemnización diaria hasta que desalojasen el inmueble arrendado, pese a que ello no había sido solicitado por la arrendadora en el arbitraje. A este respecto, la Sala comienza por recordar que (i) «*el árbitro puede resolver cuestiones que sean consecuencia lógica y obligada de las que se han planteado*»; y que, además, (ii) «*el principio de flexibilidad que inspira el procedimiento arbitral debe también presidir el examen de la congruencia del laudo*».

La Sala considera que, a la luz de estos criterios, no existió incongruencia entre lo resuelto por el árbitro y lo pedido por las partes en el procedimiento arbitral. Así pues, la Sala descarta que el árbitro se hubiera pronunciado sobre cuestiones ajenas a su ámbito de decisión y desestima el segundo motivo de anulación alegado por los arrendatarios.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala termina por anular el laudo al apreciar una falta de motivación en la resolución arbitral en relación con la pretensión indemnizatoria ejercitada por los arrendatarios por vía reconvenicional —que ni siquiera fue objeto de pronunciamiento por parte del árbitro—. A la vista de la deficiente motivación del laudo arbitral, la Sala estima la demanda de anulación formulada por los arrendatarios y declara la nulidad del laudo.

El TSJ de las Islas Baleares anula parcialmente un laudo, al entender que los bienes de dominio público portuario no pueden ser sometidos a arbitraje

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, Sala de lo Civil y de lo Penal, de 27 de enero de 2016

La Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares dictó una sentencia el 27 de enero de 2016 por la que anula parcialmente un laudo, al considerar que los bienes de dominio público portuario no pueden ser objeto de arbitraje.

El procedimiento arbitral del que trae causa la sentencia analizada fue iniciado a instancias de uno de los comuneros de la comunidad de propietarios del puerto deportivo de Puerto Portals frente a la propia comunidad de propietarios, la sociedad Puerto Portals, S.A. y Servirest, S.A.U. Por medio de la demanda arbitral, el comunero solicitaba, en lo que aquí interesa, el desmontaje de una terraza de un restaurante explotado por Servirest, S.A.U. y la reconstrucción de unas escaleras en el entorno del Puerto Deportivo Punta Portals —una concesión administrativa explotada por Puerto Portals, S.A.—. El árbitro único estimó las pretensiones del comunero y, en consecuencia, condenó a las demandadas a desmontar la terraza y reconstruir las escaleras.

Frente a este laudo, las demandadas formularon una acción de anulación parcial (*ex* artículo 41.1.e de la Ley de Arbitraje), al entender que se había pronunciado sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje. En particular, las demandadas sostuvieron que el laudo había resuelto modificar un bien de dominio público estatal, que, conforme al artículo 31 de la Ley 3/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas, no podía quedar sometido a arbitraje.

La Sala, en la sentencia analizada, acogió el razonamiento expuesto por las demandadas y entendió, en esencia, que (i) la terraza y las escaleras cuya modificación se pretendía por el comunero formaban parte del dominio público portuario en virtud del título concesional y del artículo 5 de la Ley 10/2005 de Puertos de las Illes Balears; y (ii) los bienes de dominio público no pueden ser objeto de arbitraje por vedarlo el artículo 19.1 de la Ley 6/2001 del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. En consecuencia, la Sala acordó anular parcialmente el laudo.

Arbitraje de Inversión. Un comité *ad hoc* levanta parcialmente la suspensión de la ejecución de un laudo al entender que parte de la cuantía de la compensación no es controvertida

Laudo CIADI No. ARB/10/5, Tidewater Investment SRL y Tidewater Caribe, C.A. contra la República Bolivariana de Venezuela

El 7 de julio de 2015, un tribunal arbitral constituido conforme a las reglas CIADI había condenado a la República Bolivariana de Venezuela a pagar una indemnización de 46.400.000 USD más intereses a Tidewater Investment SRL y Tidewater Caribe, C.A. por la expropiación de su negocio de prestación de servicios petroleros en Venezuela sin el pago de una pronta, adecuada y efectiva indemnización.

Venezuela presentó una solicitud de anulación del laudo y pidió la suspensión de su ejecución alegando, entre otras cosas, que el tribunal arbitral había incurrido en un error al calcular la indemnización, por lo que la cuantía de la compensación económica había resultado mayor de lo debido. Por su parte, las demandantes alegaron que no debía suspenderse la totalidad de la ejecución del laudo, sino, en su caso, solo la ejecución de la cuantía controvertida, ya que el abogado de Venezuela, en línea con la valoración que había hecho su experto, había admitido durante la audiencia del caso principal que Venezuela debía compensar a las demandantes con 27.407.000 USD.

El 29 de febrero de 2016, los miembros del comité *ad hoc* decidieron levantar parcialmente la suspensión de la ejecución del laudo. Concretamente, decidieron que la parte no controvertida de la compensación debía poder ejecutarse y ordenaron, por tanto, levantar la suspensión de la ejecución en lo que respecta a los 27.407.000 USD, mientras que mantuvieron la suspensión de la ejecución por la cantidad restante.

Se trata de una decisión novedosa, ya que es la primera vez que un comité *ad hoc* levanta la suspensión, pero solo parcialmente, de la ejecución de una condena monetaria.

Arbitraje de Inversión. Un tribunal constituido con arreglo al CIADI estima que no cabe aplicar el método de flujo de caja descontado para valorar una inversión en Venezuela, dada la imprevisibilidad de su economía

Laudo CIADI No. ARB/12/23, Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. contra la República Bolivariana de Venezuela

El 29 de enero, un tribunal constituido conforme a las reglas CIADI dictó un laudo a favor de Tenaris, S.A (Luxemburgo) y su filial Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal, LDA (Portugal), que condenaba a Venezuela por la expropiación de su inversión, con arreglo a los Acuerdos de Protección de Inversiones que Luxemburgo y Portugal tienen suscritos con la República Bolivariana de Venezuela.

Tenaris, a través de su filial Talta, ostentaba una participación mayoritaria en Matesi, una *joint venture* venezolana del sector siderúrgico.

En el año 2009, el Presidente Hugo Chávez anunció la privatización de Matesi y de otras compañías de la industria del acero. Tras un desacuerdo con las demandantes sobre la compensación, el Presidente anunció la expropiación de Matesi. Ello desencadenó la disputa ante el CIADI que finalizó con un laudo que concede 172,8 millones USD en concepto de indemnización a las demandantes (y de repago de parte de un préstamo otorgado por Talta a Matesi), cantidad ostensiblemente inferior a la reclamada por aquellas (789,1 millones USD).

La importancia de este laudo estriba en que el tribunal utilizó el valor de adquisición de la inversión para determinar el daño y descartó el método de flujo de caja descontado por considerar que no resultaba apropiado dada la imprevisibilidad de la economía venezolana:

«No corresponde que este Tribunal se exprese respecto de las políticas del gobierno de Venezuela, sea en forma positiva o negativa. Solo se observa que las condiciones económicas generales en Venezuela y la situación comercial de Matesi no dan lugar a la posibilidad, al momento de la expropiación o con posterioridad a ese momento, de que los flujos de caja libres de Matesi se puedan proyectar con un grado razonable de certeza».

Igualmente, el tribunal descartó el método de múltiplos de mercado, puesto que *«las incertidumbres existentes en el mercado venezolano al momento de la expropiación presentaron circunstancias complejas que dificultan en gran medida la comparación del valor de Matesi con sociedades incluso ostensiblemente similares en otros países».*

Así, y aun reconociendo que la compensación sería «probablemente más justa y más confiable» si se fijara con referencia a una fecha más cercana a la de la expropiación (2009) y no a la de adquisición de la inversión (2004), el tribunal entendió que no se le había presentado evidencia que fundamentara la realización de un ajuste, ya sea al alza (por la inflación) o a la baja (por la depreciación del bolívar).

Sin embargo, lo que sí reconoció el tribunal fue que *«si tuviera que comparar el valor determinado de USD 60,2 millones (por la participación de Talta) con el Valor Justo de Mercado de una participación en una instalación genuinamente similar en cualquier otro lugar, el valor que hemos determinado en este caso probablemente se encontraría algo deprimido».*

Ni Venezuela ni las demandantes habían solicitado al tribunal la aplicación del valor de adquisición para la valoración de la participación de estas en Matesi.

COMPETENCIA*

1. LEGISLACIÓN

[Portugal]

Redução da Coima Aplicada ao Grupo Galp Energia por Práticas Anticoncorreciais

Comunicado n.º 1/2016, de 26 de janeiro de 2016

A 3 de fevereiro de 2015, a Autoridade da Concorrência («AdC») tinha sancionado as empresas do grupo Galp Energia por alegadas infrações graves das regras da concorrência nos termos do Artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio («Lei da Concorrência»), bem como do Artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia («TFUE»), ambos relativos a acordos ou práticas concertadas entre empresas restritivas da concorrência, com o pagamento de coimas no valor total de €9.290.000.

O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão («TCRS»), não obstante ter mantido a aplicação de sanções a três empresas do grupo Galp Energia, decidida pela AdC em fevereiro de 2015, por alegadas práticas restritivas da concorrência no mercado do gás de petróleo liquefeito («GPL») em garrafa, em Portugal Continental e nas Regiões Autónomas dos Açores e da

* 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, Marta Solano, Cristina Areces, Pablo Solano y María Zafra, Tânia Luísa Faria y Maria Francisca Couto del Grupo de Coordinación de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea, Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid, Bruselas y Lisboa).

Madeira, reduziu relevantemente o total das coimas aplicadas à Petróleos de Portugal – Petrogal, S. A., à Galp Açores – Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, Lda. e à Galp Madeira – Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, Lda.

A investigação da AdC tinha revelado que as empresas do grupo Galp Energia teriam proibido os seus distribuidores de GPL em garrafa («botijas de gás») de vender fora de uma área geográfica definida no contrato, impedindo-os, assim, de concorrer com outros distribuidores situados em territórios vizinhos ou próximos, conclusão que o TCRS confirmou, não obstante ter considerado que a atuação da Galp Energia foi negligente e não dolosa, como pretendia a AdC.

Ademais, o TCRS considerou não ter ficado provada a infração ao artigo 101.º do TFUE i.e., que não ficou demonstrada a afetação do comércio intracomunitário que fundamenta a aplicação desta disposição, o que também contribuiu para a redução da coima que foi fixada pelo tribunal em €4.100.000, o que equivale a uma redução de aproximadamente 50%.

2. JURISPRUDENCIA

[Espanña]

Estimación del recurso de apelación interpuesto por Iberdrola contra la sentencia que declaraba la existencia de un abuso de posición de dominio

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Cuarta, de 8 de enero de 2016

El Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Murcia, en el marco de una reclamación de daños, declaró que Iberdrola Distribución Eléctrica S.A.U. («**Iberdrola**») había cometido un abuso de posición de dominio consistente en la imposición al consumidor de potencias superiores a las legalmente establecidas y el rechazo sistemático de las solicitudes de modificación de tarifa presentadas. Sin embargo, declaró que no procedía la concesión de una indemnización a la demandante por los daños causados, al haber prescrito la acción de responsabilidad extracontractual interpuesta.

La Audiencia Provincial de Murcia ha estimado el recurso de apelación interpuesto por Iberdrola y ha declarado que la sentencia recurrida no había acreditado la existencia de posición de dominio de Iberdrola ni la comisión de ningún abuso. A este respecto, destaca que no se había identificado el mercado relevante afectado, siendo este un requisito esencial para apreciar una posición de dominio.

Las autoridades de competencia autonómicas no están vinculadas por las comunicaciones publicadas por la CNMC

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de enero de 2016

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia («**CNMC**») interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la resolución del pleno del Consello Gallego da Competencia («**CGC**») que declaraba la terminación convencional de un expediente, por considerar que los compromisos presentados no eran adecuados para resolver los problemas de competencia identificados.

El Tribunal declara que las facultades de coordinación de la CNMC con las autoridades de competencia autonómicas no le permiten sustituir el criterio de estas por el suyo propio. Así, señala que al no existir tutela ni jerarquía entre el CGC y la CNMC, ha de primarse la discrecionalidad del órgano inmediato y actuante, esto es, el órgano autonómico, ya que de lo contrario se estaría vaciando de competencias a esta entidad.

En lo que respecta al procedimiento de terminación convencional, el Tribunal declara que el interés público se satisface mejor mediante compromisos firmes sin sanción que mediante la imposición de una sanción sin compromisos firmes y, por tanto, la actuación impugnada se ajusta a la finalidad del instituto de la terminación convencional. El Tribunal entiende que el hecho de que la terminación convencional no resuelva los posibles efectos que en el pasado hubiera podido producir la conducta, principal crítica de la CNMC, no puede obstaculizar el éxito de la terminación convencional por las siguientes razones: (i) las empresas competidoras

afectadas cuentan con acciones civiles para ser resarcidas por los daños y perjuicios; (ii) la extensión del perjuicio es una conjetura sin precisión en el número de afectados y en el alcance; y (iii) la potestad de terminación convencional está al servicio primario del interés público y no de la tutela indirecta de intereses particulares singulares.

Asimismo, el Tribunal recuerda que la comunicación de la extinta CNC sobre terminación convencional no es un reglamento, sino una mera comunicación que únicamente vincula, en su caso, a la CNMC, pero no a los órganos autonómicos.

La Audiencia Provincial de Madrid declara el sistema de fijación de precios por una empresa farmacéutica conforme a la normativa de defensa de la competencia

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 7 de diciembre de 2015

La Audiencia Provincial de Madrid ha declarado que los acuerdos celebrados entre un laboratorio farmacéutico y sus distribuidores mayoristas, según los cuales el precio mayorista varía en función del destino de los medicamentos (nacional o extranjero), no pueden ser automáticamente considerados como la aplicación de una política de doble precio contraria a la normativa de competencia.

La sentencia recuerda que la problemática analizada afecta a un mercado intervenido en el que, en determinadas circunstancias, la libertad del laboratorio para fijar sus precios está legalmente restringida por razones de interés público. Fuera de estos casos, considera que el laboratorio es libre de establecer el precio de los productos que comercializa, sin que ello pueda ser considerado como el establecimiento de una política de doble precio. Asimismo, afirma que las obligaciones legales impuestas a los laboratorios farmacéuticos de asegurar el abastecimiento de productos farmacéuticos podrían justificar la adopción de medidas para racionalizar el suministro.

La Audiencia Nacional anula una resolución de la CNC debido a que la decisión sancionadora se basaba en pruebas obtenidas en una inspección declarada ilegal

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de enero de 2016

La Audiencia Nacional ha anulado la sanción impuesta a Compañía Transmediterránea S.A. y Europa Ferrys, S.A. por su participación en acuerdos colusorios debido a que la imputación se basaba en documentos recabados en una inspección realizada por la extinta CNC que ha sido declarada ilegal por el Tribunal Supremo.

La Audiencia Nacional considera que, una vez eliminadas del expediente las pruebas recabadas en la inspección ilegal, el resto de pruebas mencionadas en la resolución no son suficientes para acreditar la existencia de una infracción. Esta conclusión se basa en el hecho de que la resolución no distinguía al fijar los hechos probados entre los datos obtenidos ilícitamente y el resto de pruebas obrantes en el expediente. En esta situación, considera que debe prevalecer el principio de presunción de inocencia.

La Audiencia Nacional anula la sanción impuesta a varias empresas por caducidad del expediente

Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de enero de 2016

La Audiencia Nacional ha dictado varias sentencias en las que anula la sanción impuesta por la extinta CNC a varias empresas que operan en el Puerto de Valencia por su participación en un acuerdo colusorio, al considerar que la resolución sancionadora fue notificada una vez que había caducado el expediente.

Durante la tramitación del procedimiento sancionador se acordaron seis suspensiones del plazo máximo de resolución. Tres de estas suspensiones tuvieron lugar una vez finalizado el plazo máximo inicial para resolver de 18 meses previsto en el artículo 36.1. de la Ley de Defensa de la Competencia.

La Audiencia Nacional ha considerado, en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no es posible acordar la suspensión del procedimiento una vez transcurrido el plazo máximo inicial para resolver. En aplicación de esta metodología, la Audiencia Nacional considera que las suspensiones acordadas una vez finalizado este plazo máximo no deben tomarse en consideración a la hora de calcular el nuevo plazo para notificar la resolución sancionatoria a las empresas afectadas.

[Unión Europea]**Presunción de inocencia. Aprobación tácita de prácticas contrarias a la competencia**

Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2016 en el asunto Eturas y otros (as. C-74/14)

El Tribunal de Justicia ha señalado que si el administrador de un sistema de información envía a varios operadores económicos un mensaje advirtiéndoles de la limitación de los descuentos que pueden aplicar y, tras la difusión de ese mensaje, el sistema sufre las modificaciones técnicas necesarias para aplicar dicha medida, se presume que los operadores económicos participaron en una práctica concertada en el sentido del artículo 101 del TFUE a partir del momento en que tuvieron conocimiento del mensaje enviado por el administrador del sistema.

No obstante, el Tribunal señala que los operadores económicos pueden rebatir esta presunción si demuestran que se distanciaron públicamente de esa práctica o que la denunciaron a las autoridades administrativas. También podría refutarse la presunción si se hubiera distanciado de la conducta al aplicar sistemáticamente un descuento que superase el límite máximo en cuestión.

Requerimientos de información. Proporcionalidad de la información solicitada

Sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de marzo de 2016, en los asuntos HeidelbergCement (as. C-247/14 P), Schwenk Zement (as. C-248/14P), Buzzi Unicem (as. C-267/14P) e Italmobiliare (as. C-268/14P) contra Comisión

El Tribunal de Justicia ha anulado varias decisiones de la Comisión Europea por las que solicitaba información de contenido económico a varias empresas presentes en el sector del cemento en el marco de un procedimiento de investigación por supuestas infracciones de la normativa de la competencia.

En opinión del Tribunal de Justicia, la motivación de las decisiones era excesivamente sucinta, vaga y genérica, sobre todo si se considera la amplitud del formulario enviado. A este respecto, indica el Tribunal que las decisiones no señalaban de manera clara e inequívoca las sospechas de infracción que las debían justificar, ni permitían determinar si la información requerida era necesaria para la investigación.

Además, el Tribunal de Justicia observa que los requerimientos de información se realizaron en una fase avanzada de la investigación, de modo que la Comisión ya disponía de mayor información para indicar con precisión las sospechas de infracción con las que contaba. Por lo tanto, debía haber indicado con mayor detalle esas sospechas de infracción en las decisiones.

Cálculo de la sanción. Responsabilidad de la sociedad matriz derivada de la de su filial

Sentencias del Tribunal General de 29 de febrero de 2016, en los asuntos EGL, Inc y otros (as. T-251/12), Kühne + Nagel International AG y otros (as. T-254/12), UTi Worldwide, Inc. y otros (as. T-264/12), Schenker Ltd (as. T-265/12), Deutsche Bahn AG y otros (as. T-267/12) y Panalpina World Transport Ltd y otros (as. T-270/12) contra Comisión

El Tribunal General mantiene las multas impuestas por la Comisión Europea a varias sociedades por participar en acuerdos y prácticas concertadas en el mercado de los servicios de tránsito aéreo internacional, con la excepción de una de las empresas sancionadas.

En el caso de la empresa cuya sanción fue anulada, la responsabilidad se derivaba de su condición de empresa matriz de dos empresas sancionadas. Para calcular la sanción a imponer en el caso de la sociedad matriz, la Comisión Europea no redondeó a la baja el período de infracción, mientras que sí lo hizo con respecto de los períodos de infracción imputados a las filiales. El Tribunal General ha recordado que cuando la responsabilidad de la sociedad matriz se deriva meramente de la de su filial, la responsabilidad de la primera no puede exceder la de la última. Por ello, considera en este caso que la empresa matriz debe beneficiarse de la misma reducción de responsabilidad de la que se benefician sus filiales y, como resultado, reduce la multa global que le fue impuesta inicialmente.

3. DECISIONES EN MATERIA DE EXPEDIENTES SANCIONADORES

[España]

La CNMC cierra mediante terminación convencional un expediente sancionador incoado contra ThyssenKrupp

Resolución del Consejo la CNMC de 12 de enero de 2016 en el Expediente S/DC/0522/14 THYSSENKRUPP

La CNMC incoó un expediente sancionador contra ThyssenKrupp por una posible infracción del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en conductas desleales que habrían obstaculizado la actividad de sus competidores en el mercado de mantenimiento de ascensores. Estas conductas consistieron en el envío de comunicaciones a clientes con contenido engañoso o denigratorio sobre las actividades de sus rivales en el mercado de mantenimiento de ascensores y suministro de piezas de recambio. En concreto, las cartas ponían en duda la profesionalidad de las empresas competidoras.

La CNMC no pudo demostrar que la empresa infractora contara con modelos de carta con contenido denigratorio y únicamente acreditó el envío efectivo de dos comunicaciones. La CNMC da por terminado el expediente mediante una terminación convencional. Los compromisos adoptados por ThyssenKrupp consistieron, entre otros, en la rectificación de las afirmaciones denigratorias vertidas con anterioridad.

La CNMC multa con 13 millones de euros a empresas activas en el mercado de construcciones modulares por el reparto de licitaciones durante cinco años

Resolución del Consejo de la CNMC de 3 de diciembre de 2015 en el Expediente S/0481/13 Construcciones Modulares

La CNMC sanciona a 11 empresas por el reparto de adjudicaciones de licitaciones convocadas por operadores públicos y privados, así como el reparto de clientes y la fijación de precios durante al menos el año 2008 y hasta el 2013, en el mercado de fabricación, venta y alquiler de construcciones modulares en España.

En cuanto a la determinación del importe de la multa, la CNMC tuvo en cuenta como un «plus de gravedad» el encarecimiento del coste que debió soportar la Administración como consecuencia de la conducta descrita, además de la alta frecuencia de contactos y reuniones (más de 20) entre las empresas infractoras.

El importe final de las multas es el resultado de aplicar al volumen de negocios total de las empresas infractoras realizado en el año 2014 porcentajes de entre un 4 % y un 6,5 %, a excepción de Dragados, a la que se le impone un 1,1 % —y no un 5,3 % como le habría correspondido— para asegurar que la sanción no resulta desproporcionada. La CNMC hace especial alusión al hecho de que se trata de una empresa que actúa en muchos otros mercados, representando el volumen de negocios medio anual realizado en el mercado afectado un 2 % del total realizado en el 2014, mientras que para el resto de empresas incoadas este porcentaje fue del 58 % o superior.

Finalmente, la CNMC concedió la exención del pago de la multa a la primera empresa que presentó la solicitud de clemencia y un 30 % de reducción a la segunda.

[Unión Europea]

La Comisión Europea somete a comentarios los compromisos propuestos por quince compañías de transporte de contenedores en relación con el *price signaling*

Nota de prensa de la Comisión Europea, de 16 de febrero de 2016, en el asunto AT. 39850 – Container Shipping

Quince compañías de transporte de contenedores han ofrecido a la Comisión Europea una serie de compromisos mediante los que cambiarían la forma en la que vienen anunciando sus incrementos de precios. De acuerdo con la Comisión, los anuncios, en los términos que vienen haciéndose hasta ahora, podrían estar sirviendo como un mecanismo de *price signaling* entre competidores y, por tanto, contravenir el artículo 101 TFUE.

En esencia, las compañías se comprometen a que los anuncios sean más completos (a que incluyan varios elementos del precio) y vinculantes (como precios máximos), y a que no se hagan con excesiva antelación. La Comisión somete dichos compromisos a consulta pública.

4. DECISIONES EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

[España]

La CNMC autoriza con compromisos la adquisición de La Nevera Roja por parte de Just Eat

Resolución del Consejo de la CNMC de 31 de marzo de 2016 en el Expediente C/0730/16 JUST EAT/LA NEVERA ROJA

La operación notificada suponía la concentración entre las dos principales plataformas *online* de pedidos de comida a domicilio en España. Para garantizar el mantenimiento de la competencia efectiva, Just Eat se compromete a no establecer determinadas obligaciones de exclusividad ni medidas de efecto equivalente. En cualquier caso, la CNMC considera que, pese a la elevada cuota de las partes, los clientes disponen de alternativas suficientes tras la operación de concentración. Entre ellas destaca la autoprestación de servicios y la posibilidad de colaborar con más de una plataforma *online*.

[Unión Europea]

La adquisición de la propiedad de un local comercial que cesó recientemente su actividad no constituye una concentración económica

Decisión de la Comisión Europea de 26 de febrero de 2016 en el asunto M.7940, NETTO/GROCERY STORE AT ARMITAGE AVENUE LITTLE HULTON

La Comisión toma en consideración el hecho de que la transacción no comporta una transferencia de fondo de comercio. En particular, el precio pagado por los adquirentes, la inexistencia de cláusula alguna en el contrato de compraventa que haga referencia a tal transferencia y los efectos que el cierre del local comercial durante un periodo superior a cinco meses pudiera ocasionar en el fondo de comercio apuntan a que, en tales circunstancias, resulte poco probable que se transfiera un fondo de comercio significativo.

La Comisión Europea autoriza la concentración entre Ball y Rexam con compromisos

Decisión de la Comisión Europea de 15 de enero de 2016, en el asunto M.7567, BALL/REXAM

En su análisis, la Comisión consideró que la operación notificada reduciría la competencia en los ya concentrados mercados de latas de bebidas y plantearía un riesgo de incremento de precios. Estos problemas se ven neutralizados con los compromisos estructurales aprobados, consistentes en la desinversión de (i) diez plantas de producción de cuerpos de lata; (ii) dos plantas de producción de tapas de lata y (iii) un centro de negocios y tecnología con funciones de apoyo. El negocio desinvertido tendrá una capacidad de producción total de 18 billones de latas, que tendrá que ser adquirido por un comprador único. La Comisión concluye que así se asegura la existencia de un importante proveedor alternativo de latas de bebidas.

COMUNICACIÓN, TECNOLOGÍA Y OCIO*

1. JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia sobre la adecuación de diversas prácticas publicitarias de televisión a la Directiva de Comunicación Audiovisual

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, de 17 de febrero de 2016 (as. C-314/14).

Con ocasión de un litigio entre el prestador de servicios de comunicación audiovisual finlandés Sanoma Media Finland Oy-Nelonen Media («Sanoma») y la Autoridad reguladora de telecomunicaciones finlandesa, el Tribunal Supremo finlandés planteó varias cuestiones prejudiciales relativas a la normativa comunitaria en materia de publicidad en los servicios de comunicación audiovisual.

Sanoma emplea la técnica de la «división de pantalla» con el fin de separar las secuencias publicitarias que se emiten entre programas televisivos. Dicha técnica separa la pantalla del telespectador en dos partes una vez que se han iniciado los créditos del final de un programa, mostrando simultáneamente los créditos en una columna y un menú de presentación de los siguientes programas en la otra.

Asimismo, Sanoma inserta «segundos en negro» entre los distintos anuncios de las secuencias de publicidad y entre la secuencia y el programa de televisión que les sigue y, en ocasiones, Sanoma incorpora signos distintivos de los patrocinadores de sus programas patrocinados en los anuncios que preceden al programa patrocinado.

A la vista de las anteriores prácticas publicitarias, la Autoridad reguladora consideró que Sanoma infringía la Ley de publicidad finlandesa y le condenó a poner fin a la situación. El recurso de Sanoma frente a la resolución fue desestimado y una vez alcanzada la última instancia, el Tribunal Supremo finlandés elevó tres preguntas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») relativas a la interpretación de los artículos 19.1 y 23.1 y 2 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»).

En la primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 19.1 de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual se opone a la práctica de la división de pantalla al exigir que la publicidad televisiva se identifique fácilmente como tal y se distinga claramente del contenido editorial por medios ópticos, acústicos o espaciales. El TJUE responde que no cabe considerar que tales medios tengan que aplicarse cumulativamente. Por tanto, como la técnica empleada por Sanoma garantiza una división espacial, resultará adecuada en la medida en que por sí misma cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 19.1 de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual, extremo que corresponde comprobar al tribunal remitente.

En la segunda cuestión prejudicial, el Tribunal Supremo de Finlandia se cuestiona si el artículo 23.2 de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual permite excluir del tiempo máximo de difusión de publicidad por hora de reloj (20 %) a determinados signos de patrocinio presentados en programas distintos al patrocinado. En su respuesta, el TJUE indica que cuando determinadas referencias o signos de patrocinio no se insertan al principio,

* Esta sección ha sido coordinada por Álvaro Bourkaib y redactada por Santiago de Ampuero Castellanos, María García Galindo, Miriam Gutiérrez Martín y Sara Duro Santos, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez.

en el transcurso o al término del programa patrocinado, computarán necesariamente a efectos del tiempo máximo de difusión publicitaria, dado que el artículo 23.2 de la Directiva de Servicios de Comunicación solo excluye a los anuncios que aparecen en el programa patrocinado.

Por último, el Tribunal remitente pregunta si los «segundos en negro» deben incluirse en el máximo del 20 % de difusión de publicidad televisiva por hora de reloj que fija el artículo 23.1 de la Directiva de Servicios de Comunicación. El TJUE responde afirmativamente, ya que lo contrario llevaría a reducir el tiempo de reloj reservado a la difusión de programas y demás contenidos editoriales que garantiza la disposición.

[España]

Constitucionalidad de la obligación de inversión de los operadores televisivos en obras audiovisuales europeas

Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2016, Pleno, de 3 de marzo de 2016

El Tribunal Constitucional resuelve la cuestión de inconstitucionalidad n.º 546-2010, promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con el segundo párrafo del apartado 1 del art. 5 de la ya derogada Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, relativa a la inversión obligatoria del 5 % de la cifra total de ingresos devengados a obras cinematográficas europeas.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo ya había planteado una cuestión prejudicial a este respecto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE»), que fue resuelta en la STJUE de 5 de marzo de 2009 (asunto C-222/07).

Como elemento previo al análisis, y como aclara el Tribunal Constitucional, la derogación de la citada norma por la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, no impide el pronunciamiento de este Tribunal a este respecto en tanto que la nueva norma replica en sus elementos esenciales, en su artículo 5.3, dicha obligación (tal y como ha ocurrido a nivel reglamentario). La derogación normativa no implica la declaración de nulidad de la norma, por lo que la resolución de la cuestión de constitucionalidad seguiría, en todo caso, siendo necesaria.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo cuestionaba si esta obligación no superaba el canon de proporcionalidad al restringir la *libertad de inversión* (que, a su vez, deriva de la libertad de empresa) por (i) imponerse sobre parte de los ingresos y no de los beneficios; (ii) por no corresponderse con la difusión televisiva, sino con un sector diferente (producción cinematográfica), y (iii) no ser la medida menos invasiva posible entre otras a disposición de los poderes públicos.

El Tribunal recuerda la precedente doctrina y que esta obligación, que afecta al desarrollo de la actividad empresarial (pero no a su acceso ni implica alguna desigualdad entre operadores), debe someterse solamente a dos requisitos: (i) debe comprobarse si el fin perseguido por ella es constitucionalmente legítimo, y (ii) debe verificar que la medida restrictiva es adecuada para la consecución de ese objetivo. El Tribunal confirma el cumplimiento de ambos criterios.

El Tribunal termina reconociendo, sobre la base de las conclusiones de la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE, que el planteamiento de una cuestión prejudicial previa no impide el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ni vincula al Tribunal en su pronunciamiento, desestimando la cuestión al no restringir las libertades garantizadas por la normativa europea y por estar esta medida justificada por *razón imperiosa de interés general*.

No es necesario que una resolución de la Dirección General de Ordenación del Juego relativa al procedimiento de solicitud y otorgamiento de licencias se apruebe mediante reglamento

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 11 de febrero de 2016

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por una empresa operadora de juegos contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. La parte recurrente pretendía la nulidad de la resolución de la Dirección General de Ordenación del Juego de 16 de noviembre de 2011, por la que se establece el procedimiento de solicitud y otorgamiento de las licencias singulares para el desarrollo y explotación de los distintos tipos de actividades de juego.

La empresa recurrente basa su recurso en cuatro motivos, entre los que cabe destacar el segundo: la falta de comunicación de la resolución a la Comisión Europea al considerar que se trata de un reglamento técnico.

El Alto Tribunal explica cómo la Ley de Regulación del Juego regula el acceso a las diversas modalidades de juego mediante un sistema de licencias y autorizaciones y cómo el Real Decreto 1614/2011, de 27 de mayo, relativo a las licencias, autorizaciones y registros del juego desarrolla dicho sistema, regulando en lo sustancial el procedimiento de otorgamiento de las licencias singulares. Tras analizar la resolución impugnada, el Tribunal desestima el motivo y establece que dicha resolución es un mero desarrollo de la norma legal y reglamentaria que en ningún caso supone innovación material o procedimental que requiera la aprobación por reglamento siguiendo el procedimiento regulado en el artículo 24 de la Ley del Gobierno.

El retraso en la cesión de datos por los operadores de comunicaciones electrónicas no puede considerarse infracción administrativa grave conforme al artículo 54.ñ) de la derogada Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala Contencioso-Administrativo, de 21 de diciembre de 2015

La Audiencia Nacional estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una compañía de telecomunicaciones contra la Resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información («SETSI»), de 28 de febrero de 2014, que resolvía un procedimiento sancionador por incumplimiento o tardanza en la cesión y entrega de los datos requeridos a los operadores de comunicaciones electrónicas establecida en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones (y que imponía una sanción de 73.000 euros).

La SETSI, en su Resolución, considera que la compañía incumplió la citada Ley debido a que de cuarenta y un requerimientos de cesión de datos, estos se facilitaron de forma extemporánea en treinta y tres ocasiones, lo que, en opinión de la SETSI, (i) constituye un incumplimiento del artículo 7 de la Ley 25/2007, y que (ii) estos hechos se califican como infracción grave de conformidad con la anterior Ley General de Telecomunicaciones.

La parte recurrente argumentó que la SETSI realizó una interpretación extensiva del artículo 54.ñ) de la Ley General de Telecomunicaciones y que las obligaciones de cesión se refieren únicamente a la investigación de delitos graves, siendo los hechos objeto de sanción, en la mayoría de los casos, delitos menos graves.

La Audiencia Nacional considera que la tardanza en la cesión de datos no se encuentra tipificada en el concepto de infracción grave. El Tribunal alcanza esta conclusión acudiendo al texto literal de las normas en cuestión y señala, por un lado, que se tipifica como falta grave el incumplimiento de las obligaciones de «conservación de datos»; y, por otro lado, se hace referencia a la Ley 25/2007 donde se regulan como obligaciones distintas la de «conservar determinados datos» (artículo 3) y la de «ceder» dichos datos (artículo 7).

Para la Audiencia Nacional, la obligación de «conservación» y la obligación de «cesión» de datos tienen distinto contenido y una regulación propia, por lo que no acepta el argumento de la SETSI de que el término «conservación» al que se refiere el artículo 54.ñ) de la Ley General de Telecomunicaciones sea extensible a todas las obligaciones de la Ley 25/2007. Es más, apunta que el incumplimiento de la obligación de cesión constituirá, en su caso, una infracción penal. Por tanto, estima el recurso interpuesto por la empresa de telecomunicaciones y condena en costas a la Administración demandada.

2. VARIOS

[España]

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
Resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor

Resolución por la cual se aprueba 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, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE) (anme/dtsa/2154/14/mercados 3a 3b 4)

Tal y como se adelantaba en el anterior número de esta revista (*vid.* reseña en número 42 de revista *Actualidad Jurídica UM*), el 24 de febrero de 2016 el Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aprobó la resolución sobre la regulación mayorista de los mercados de banda ancha (Mercados 3a, 3b y 4). Esta se constituye como la tercera revisión del mercado de acceso local al por mayor en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha, tras la revisión aprobada en 2009 relativa a los mercados 4 y 5. Desde esta última revisión, el número de conexiones de banda ancha ha aumentado y la cuota de mercado del operador identificado con poder significativo en el mercado (Telefónica) se ha reducido.

Respecto al mercado de acceso directo (Mercado 3a), se identifican las demarcaciones en las que hay al menos 3 operadores con una cobertura mínima individual del 20 % que despliegan simultáneamente redes de nueva generación —NGA— (finalmente 66 municipios que representan un 34,6 % de la población española). Se propone no regular el acceso a la red de fibra óptica de Telefónica en estos 66 municipios de mayor competencia manteniendo 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) en el plazo de 18 meses.

Respecto al mercado de acceso indirecto residencial (Mercado 3b), Telefónica mantendrá un acceso mayorista indirecto sobre la red de cobre y de fibra óptica en las zonas con menor competencia, mientras que en las zonas con más competencia (que alcanza a 758 centrales), 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) de menor nivel de competencia, Telefónica pondrá a disposición una oferta mayorista de acceso indirecto de fibra y cobre (NEBA empresarial).

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
Condiciones para la presentación de un número geográfico desde móviles

Orden IET/384/2016, de 18 de marzo, por la que se establecen las condiciones para la presentación de un número geográfico en llamadas realizadas desde terminales de comunicaciones móviles

Esta orden tiene por objeto establecer las condiciones básicas bajo las cuales la SETSI podrá autorizar a los operadores la presentación de un número geográfico como identificador de la línea de origen en llamadas realizadas desde un acceso de la red de comunicaciones móviles, incluyendo servicios híbridos en los que se preste simultáneamente un servicio telefónico fijo y móvil.

Como elementos básicos, deberán concurrir, entre otras, las siguientes condiciones:

- (i) El servicio se prestará a través de sendos accesos a las redes fija y móvil, vinculados al mismo cliente y al mismo domicilio de contratación, quedando el acceso fijo configurado con un desvío automático permanente de las llamadas dirigidas al número geográfico hacia el número móvil.
- (ii) Que las llamadas dirigidas a los servicios de atención de llamadas de emergencia 112 u otros servicios de emergencia se utilice como identificación de la línea de origen la numeración móvil.
- (iii) Que el ámbito geográfico se restrinja al entorno del domicilio del cliente.

Consejo Superior de Deportes. Las normas de la FIFA, como organización de carácter privado sometida al derecho suizo, no son aplicables si contradicen el ordenamiento jurídico estatal

Resolución de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes de 17 de marzo de 2016.

El pasado 17 de marzo de 2016, el Consejo Superior de Deportes («CSD») resolvió el recurso interpuesto por una madre en representación de su hijo menor de edad y no comunitario que pretendía la impugnación en vía administrativa de una decisión de la Real Federación Española de Fútbol («RFEF»). En dicha decisión, se denegaba la expedición de la licencia federativa necesaria para la participación del menor en la categoría Juvenil Primera División al no haber presentado toda la documentación especificada en la Circular 74 de la temporada 2014/2015 de la RFEF. En concreto, no se había presentado el contrato de trabajo de la madre del menor en vigor.

El CSD analiza las normas aplicables al caso. Por un lado, se encuentra la ya citada Circular 74 de la RFEF, que exige, para la obtención de la licencia, aportar una serie de documentación especificada en el Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la Federación Internacional de Asociaciones de Fútbol («FIFA»), entre la que se encuentra, por ejemplo, el contrato de trabajo de los padres del menor en vigor. Por otro lado, se menciona la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, que establece como requisito para la participación en una actividad deportiva no profesional simplemente encontrarse legalmente en España sin necesidad de presentar ningún otro documento.

La conclusión alcanzada por el CSD es que ambas normas son contradictorias. Dado que la FIFA es una organización de carácter privado y no una organización internacional de derecho público de la que España forme parte, las normas de la FIFA devienen inaplicables en el caso de que contradigan el ordenamiento jurídico estatal, sin que quepa plantear un eventual conflicto entre la normativa de la FIFA y el ordenamiento español.

Por lo tanto, la RFEF, aunque sea una entidad privada, al ejercer por delegación funciones públicas de carácter administrativo, está sometida al ordenamiento jurídico español y debe facilitar la licencia, ya que ha quedado acreditado que el menor solicitante reside de manera legal en España y no es necesario presentar la documentación exigida por la FIFA para poder desarrollar la actividad deportiva.

ENERGÍA*

1. LEGISLACIÓN

[España]

— *Real Decreto 15/2016, de 15 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1078/2015, de 27 de noviembre, por el que se regula la concesión directa de ayudas para la adquisición de vehículos de energías alternativas, y para la implantación de puntos de recarga de vehículos eléctricos en 2016, MOVEA (BOE de 16 de enero de 2016)*

— *Resolución de 9 de febrero de 2016, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se modifica la de 18 de diciembre de 2015, por la que 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, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (BOE de 11 de febrero de 2016)*

* 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).

- *Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, por el que se transpone la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía (BOE de 13 de febrero de 2016)*
- *Resolución de 16 de febrero de 2016, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se establece el procedimiento de cálculo de los costes reales para la realización de la liquidación definitiva anual del año 2012, correspondiente a la aplicación del Real Decreto 134/2010, de 12 de febrero, por el que se establece el procedimiento de resolución de restricciones por garantía de suministro y se modifica el Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica. (BOE de 22 de febrero de 2016)*
- *Orden IET/274/2016, de 29 de febrero, por la que se corrigen errores en la Orden IET/2736/2015, de 17 de diciembre, por la que se establecen 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 4 de marzo de 2016)*
- *Resolución de 1 de marzo 2016 de la Dirección General Política Energética y Minas por la que se establece el importe pendiente de cobro a 31 de diciembre de 2015, de los derechos de cobro cedidos al fondo de titulización del déficit del sistema eléctrico (BOE de 9 marzo 2016)*
- *Resolución de 8 de marzo de 2016, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se aprueba el modelo de contrato para la ampliación de las existencias estratégicas de productos petrolíferos constituidas a favor de los sujetos obligados (BOE de 15 de marzo de 2016)*
- *Orden IET/359/2016, de 17 de marzo, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2016 (BOE de 19 de marzo de 2016)*
- *Circular 1/2016, de 30 de marzo, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se regula la gestión del mecanismo de fomento del uso de biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte (BOE de 8 de abril de 2016)*
- *Resolución de 5 de abril de 2016, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba el procedimiento de operación del sistema eléctrico 1.1 «Criterios de funcionamiento y seguridad para la operación del sistema eléctrico» (BOE de 6 de abril de 2016)*
- *Resolución de 28 de abril 2016 de la Dirección General Política Energética y Minas por la que se establece los criterios que deberán seguir las empresas distribuidoras de energía eléctrica para la remisión del inventario auditado de instalaciones de distribución de energía eléctrica cuya puesta en servicio haya sido anterior al 1 de enero de 2016 (BOE de 29 abril 2016)*
- *Murcia. Decreto-ley 2/2016, de 20 de abril, de medidas urgentes para la reactivación de la actividad empresarial y del empleo a través de la liberalización y de la supresión de cargas burocráticas (BORM de 22 abril 2016)*
- *Cantabria. Orden 22-MED/2016, de 28 de marzo, Establece las bases reguladoras de ayudas a la electrificación mediante el empleo de sistemas de producción de energía, prioritariamente autónomos, basados en energías renovables en edificaciones aisladas del medio rural, de propiedad particular (BOC de 11 abril 2016)*

INMOBILIARIO Y URBANISMO*

1. LEGISLACIÓN

[España]

- Andalucía. Alojamiento turístico** *Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos (BOJA de 11 de febrero de 2016)*
- Regula la ordenación de las viviendas que ofrecen servicios de alojamiento turístico, estableciendo la declaración responsable como trámite previo al inicio de la actividad. Modifica el Decreto 194/2010 para especificar los supuestos en los que se permite el régimen de propiedad horizontal en los establecimientos de apartamentos turísticos.
- Aragón. Medidas fiscales y administrativas** *Ley 2/2016, de 28 de enero, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA de 3 de febrero de 2016)*
- Modifica (i) la Ley 7/2005, para reducir a 10 los domingos y festivos en que los comercios pueden abrir; (ii) la Ley 10/1992, introduciendo la obligación de actualizar las fianzas arrendaticias depositadas; (iii) la *Ley del turismo*, eliminando la autorización municipal para el inicio de la actividad e implantando el sistema de declaración responsable; y (iv) la *Ley de urbanismo*, para adecuarla a la normativa de evaluación ambiental.
- Baleares. Convalidación** *Resolución del Parlamento de las Islas Baleares por la que se convalida el Decreto-ley 1/2016, de 12 de enero, de medidas urgentes en materia urbanística (BOIB de 6 de febrero de 2016)*
- Convalida el Decreto-ley 1/2016, de 12 de enero, resumido en nuestro anterior número.
- Cantabria. II Plan de Control e Inspección de Vivienda Protegida** *Resolución de 23 de marzo de 2016. Aprueba el II Plan de Control e Inspección de Vivienda Protegida y de Viviendas de Alquiler Subvencionado de Cantabria, con vigencia durante los años 2016 y 2017 (BOC de 7 de abril de 2016)*
- Tiene como objeto luchar contra el fraude existente en relación con las viviendas protegidas, derivado, principalmente, del incumplimiento de la obligación de destinarlas a domicilio habitual y permanente y de la percepción de sobreprecio o prima en concepto de compraventa o arrendamiento. El Plan persigue la finalidad de reforzar la función social de las viviendas protegidas y desincentivar su uso con fines especulativos.
- Extremadura. Comercio** *Ley 1/2016, de 29 de febrero, de modificación de la Ley 3/2002, de 9 de mayo, de comercio de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE de 2 de marzo de 2016)*
- Incluye la posibilidad de dejar sin efecto la declaración de zona de afluencia turística en el caso de que ya no concurren las circunstancias que dieron lugar a tal declaración.
- Galicia. Suelo** *Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia (DOG de 19 de febrero de 2016)*
- Deroga la Ley 9/2002 de ordenación urbanística y (i) regula la clasificación y calificación del suelo, suprimiendo la distinción entre suelo urbanizable delimitado y no delimitado; (ii) adapta la tramitación de los instrumentos de planeamiento sujetos a evaluación ambiental a la ley

* Esta sección ha sido coordinada por Felipe Iglesias, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid), y en su elaboración han participado Raquel Yannone, Berta Diago, Verónica Benito, Ester Martín, Héctor Nogués, Javier Colino, Iván Abad, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Valencia).

estatal; (iii) permite que los ayuntamientos de más de 50.000 habitantes aprueben sus planes generales, previo informe preceptivo y vinculante de la Comunidad Autónoma; (iv) introduce las figuras del plan básico autonómico, para áreas con municipios que carezcan de planeamiento general, y planes básicos municipales, para los municipios de menos de 5.000 habitantes que no cuenten con planeamiento general; y (v) prevé la creación de un registro de planeamiento urbanístico de Galicia y un registro de solares, en el que se inscribirán los solares en los que no se cumplan los deberes de uso, conservación y rehabilitación, y que serán subastados por el ayuntamiento en el plazo de un año desde su inclusión en el registro.

Galicia. Viviendas vacías

Decreto 17/2016, de 18 de febrero, por el que se crea y se regula el censo de viviendas vacías de la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG de 26 de febrero de 2016)

Crea el censo de viviendas vacías y regula el proceso de inscripción, obligatoria en los municipios de más de 10.000 habitantes. Fija las actuaciones a llevar a cabo por la Administración para favorecer la ocupación de las viviendas vacías inscritas.

Madrid. Viviendas rurales sostenibles

Ley 1/2016, de 29 de marzo, por la que se deroga la Ley de viviendas rurales sostenibles de la Comunidad de Madrid (BOCM de 15 de abril de 2016)

A resultas de las críticas de diversas asociaciones y colectivos, y del recurso de inconstitucionalidad presentado, se deroga la Ley de viviendas rurales sostenibles y se paralizan las licencias solicitadas y en tramitación a su amparo.

Murcia. Reactivación de la actividad empresarial y del empleo

Decreto-Ley 2/2016, de 20 de abril, de medidas urgentes para la reactivación de la actividad empresarial y del empleo a través de la liberación y de la supresión de cargas burocráticas (BORM de 22 de abril de 2016)

Modifica la Ley 4/2009 de protección ambiental, para eliminar la autorización ambiental única y diferenciar la autorización ambiental sectorial (cuya regulación se remite a la ley estatal), de la licencia de actividad (de competencia municipal).

País Vasco. Depósito de fianzas y contratos de arrendamiento

Decreto 42/2016, de 15 de marzo, del depósito de fianzas y del registro de contratos de arrendamiento de fincas urbanas de la Comunidad Autónoma de Euskadi (BOPV de 29 de marzo de 2016)

Desarrolla la obligación de depositar las fianzas arrendaticias y el procedimiento de inscripción de los contratos en el registro creado al efecto.

País Vasco. Equipamientos comerciales

Resolución de 18 de marzo de 2016, del Director de planificación territorial y urbanismo, relativa a la concreción de las disposiciones del Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y Equipamientos Comerciales anuladas por la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2015 (BOPV de 31 de marzo de 2016)

Especifica que las disposiciones anuladas por la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2015 son las letras c) y d) del apartado 2 del artículo 14 del Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y Equipamientos Comerciales. De este modo, quedan anuladas las disposiciones que fijan una superficie máxima para los equipamientos comerciales en función del municipio en el que se implanten.

Valencia. Horarios comerciales

Decreto-Ley 1/2016, de 26 de febrero, de modificación del Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de horarios comerciales en la Comunidad Valenciana y de la Ley 3/2011, de 23 de marzo, de comercio de la Comunidad Valenciana (DOCV de 1 de marzo de 2016)

Modifica los criterios para la declaración de zona de gran afluencia turística.

Este Decreto-Ley fue validado por la Resolución 186/IX, de 14 de abril de 2016, del Pleno de Les Corts.

2. JURISPRUDENCIA

Plazo acción de responsabilidad por daños permanentes

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2015 (rec. núm. 2462/2013)

El Tribunal Supremo establece, en el contexto de la realización de unas obras, que la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad por daños permanentes será el del conocimiento del daño por el perjudicado, entendiéndose que este se extiende hasta el alcance de dicho daño.

El comienzo del plazo de prescripción de los daños permanentes, de producción puntual pero con efectos prolongados en el tiempo, se iniciará desde que lo supo el agraviado. Diferir el *dies a quo* al momento en el que se produzca el resultado definitivo del daño (a semejanza del criterio seguido para daños continuados, de producción sucesiva e ininterrumpida) conllevaría la absoluta imprescriptibilidad de la acción, dada la naturaleza de estos daños.

Ahora bien, el Tribunal matiza qué ha de entenderse por «conocimiento del agraviado», y extiende este conocimiento más allá de su mera existencia hasta abarcar también el alcance de estos daños para poder evaluar sus efectos de forma estabilizada sin riesgo de posterior modificación.

El Alto Tribunal rechaza el criterio seguido por la Audiencia en virtud del cual estimó la excepción de prescripción por entender que el cómputo comenzó una vez que la obra fue finalizada (esto es, con la producción del daño), momento en el cual los efectos y las consecuencias lesivas del daño producido (en concreto: aparición de nuevas grietas, desplazamiento de baldosas y rodapié) no podían ser objeto de diagnóstico puesto que todavía no se habían estabilizado.

Subsistencia de servidumbre por destino

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2016 (rec. núm. 45/2014)

El TS asienta doctrina sobre la subsistencia de la servidumbre por destino prevista en el art. 541 del CC. El citado precepto señala que la existencia de signo aparente entre dos fincas establecido por el propietario de ambas operará, ante la enajenación de una de ellas, como título de continuidad de la servidumbre en favor de este propietario originario, a no ser que (i) el título de enajenación disponga lo contrario o (ii) se haga desaparecer la servidumbre con anterioridad al otorgamiento de la escritura.

Pese a la literalidad del artículo, el TS viene a matizarlo y declara como doctrina jurisprudencial que únicamente se estimará subsistente una servidumbre por destino cuando esta represente una verdadera utilidad actual para el predio dominante, incluso cuando no se haya formulado manifestación en contrario en el correspondiente título de enajenación o permanezca el signo aparente antes de su elevación a público.

Nulidad de un Plan por no haberse abstenido un concejal en su tramitación

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de enero de 2016 (rec. núm. 1889/2014)

Ante la infracción del deber de abstención de uno de los concejales, el Tribunal Supremo declara la nulidad de la revisión del planeamiento que fue aprobada provisionalmente por el Pleno municipal. El concejal era cuñado del apoderado de una sociedad afectada por la revisión anulada.

Según la sentencia, la causa de abstención existente no puede calificarse de meramente formal, derivado de una simple relación familiar o de amistad, sino que tiene un componente sustantivo.

Clasificación como área natural de interés general de los terrenos de El Algarrobico (Carboneras)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de febrero de 2016 (rec. núm. 1947/2014)

El Tribunal Supremo casa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sección 3.ª, Granada), de 21 de marzo de 2014, y concluye que los terrenos objeto del litigio, que comprenden el ST-1 denominado El Algarrobico, deben estar incluidos en la zona C1 del Parque Natural, zonificación que era la existente en el PORN de 1994, al haberse declarado la nulidad de la zonificación contenida en el PORN de 2008 y, por lo tanto, deben considerarse como área natural de interés general.

Nulidad de un estudio de detalle por tener como objeto evitar el cumplimiento de una decisión judicial

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de marzo de 2016 (rec. núm. 3415/2014)

Confirma la nulidad de pleno derecho de un estudio de detalle, entre otras infracciones, por desviación de poder, al aprobarse con una finalidad ajena a las legítimas potestades urbanísticas y tener como único objeto el de legalizar las viviendas afectadas por una previa sentencia firme de derribo o, al menos, de dificultar la ejecución de dicha sentencia.

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

Notificación de ejecución de la hipoteca mobiliaria

Resolución de 4 de febrero de 2016 (BOE de 23 de febrero de 2016)

La cuestión que se plantea en el recurso es si puede llevarse a cabo la cancelación de un asiento de anotación de embargo posterior al de hipoteca mobiliaria cuando no resulta del procedimiento de ejecución de esta que el titular registral ha sido notificado de la existencia del procedimiento. La Tesorería General de la Seguridad Social, que era quien ejecutaba la hipoteca, consideraba que el trámite específico de notificación a los titulares registrales posteriores no estaba contemplado en el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social para el supuesto de ejecución sobre bienes muebles previamente hipotecados, pero la DGRN consideró que la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 de la Constitución Española, y del cual es manifestación el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, debía ser aplicado en congruencia con los artículos 1, 20 y 40 de la Ley Hipotecaria.

Plazo de ejercicio de una opción de compra

Resolución de 18 de marzo de 2016 (BOE de 6 de abril de 2016)

En el presente caso se debate si puede limitarse el plazo al que están sujetas las opciones de compra. La escritura objeto de calificación denegatoria constituía un derecho de superficie por un período de treinta y cinco años, prorrogable hasta noventa y nueve años, y concedía al superficiario un derecho de opción de compra para que este último pudiese ejercitar, en cualquier momento, dentro del plazo de vigencia del derecho de superficie constituido, el derecho de opción. El registrador suspendió la inscripción del derecho de opción porque el plazo pactado para su ejercicio excede del previsto en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, que —a su juicio— únicamente permitía un plazo superior al de cuatro años en el caso del arrendamiento con opción de compra, en el que la duración de tal derecho puede alcanzar la duración del contrato de arrendamiento.

La DGRN revoca la nota del registrador, siguiendo su doctrina expresada en la Resolución de 14 de febrero de 2013, que empieza poniendo de relieve que el contrato, el pacto y el derecho de opción han merecido una prolija atención por parte de nuestro Tribunal Supremo, que ha señalado, por aquella razón, que su contenido se rige esencialmente por el principio de autonomía de la voluntad sin otros límites que los propios de esta (sentencias de 14 de marzo de 1991 y 21 de marzo de 1998, entre otras muchas).

Cancelación del derecho de reversión en supuestos de propietario no adherido a la junta de compensación

Resolución de la DGRN de 30 marzo de 2016 (BOE de 13 de abril de 2016)

En esta resolución, se concluye que el expediente expropiatorio seguido contra el propietario no adherido voluntariamente a la junta de compensación se configura como un supuesto de expropiación forzosa por razón de urbanismo en el seno del sistema de compensación y que la concurrencia de un propio supuesto de expropiación urbanística conlleva indefectiblemente la aplicación de las garantías legales previstas en favor del propietario, entre ellas, el eventual derecho de reversión, siquiera expectante, y su constancia registral.

Además de la declaración de la extinción del derecho de reversión, se analizan otras dos alternativas que podrían justificar la cancelación (renuncia del titular del derecho y transcurso cinco años contados desde la fecha de recepción de las obras de urbanización por la Administración), supuestos que no concurren en el supuesto de hecho.

LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL*

1. LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Rede Europeia de Serviços de Emprego

Regulamento (UE) 2016/589 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de abril de 2016

O presente Regulamento veio alterar o quadro normativo vigente aplicável à rede europeia de serviços de emprego («EURES»), disponível para todos os cidadãos da União Europeia, a fim de aprofundar a liberdade de circulação de trabalhadores, atendendo aos novos padrões de mobilidade, bem como à evolução tecnológica e à profusão de plataformas de recrutamento.

O Regulamento pretende aperfeiçoar e potenciar as vantagens da rede EURES (que pretende funcionar como um mecanismo de coordenação entre Estados Membros com vista à difusão de ofertas de trabalho num portal próprio na Internet), prevendo, nomeadamente, a criação de estruturas e serviços de apoio (incluindo na fase pós-recrutamento), quer aos trabalhadores, quer aos empregadores.

Para além de uma estrutura no plano europeu – o Gabinete Europeu de Coordenação («GEC») –, o Regulamento prevê a criação de Gabinetes Nacionais de Coordenação («GNC»), ao nível dos Estados Membros. Estabelece-se, ainda, a criação de um Grupo de Coordenação, composto por representantes do GEC e dos GNC.

O diploma em apreço consagra condições mínimas a observar pelos empregadores que se pretendam tornar membros EURES. Apenas excepcionalmente se admite que entidades que não cumpram as aludidas condições mínimas possam integrar a rede EURES, desta feita como parceiros (e não como membros).

A rede EURES deverá funcionar com respeito pelo princípio da igualdade dos cidadãos europeus, prestando um serviço universal, célere e, sob determinadas condições, personalizado. A prestação de apoio aos trabalhadores é gratuita, podendo o apoio aos empregadores estar sujeito ao pagamento de uma taxa (a fixar pelos Estados Membros).

[Portugal]

Condições de Reconhecimento do Direito à Pensão Antecipada

Decreto-Lei n.º 10/2016, de 8 de março (DR 47, SÉRIE I, de 8 de março de 2016)

Foi publicado o Decreto-Lei n.º 10/2016, que visou a reposição do regime transitório relativo às condições de reconhecimento do direito à pensão antecipada em vigor durante o ano de 2015, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 8/2015, de 14 de janeiro.

Deste modo, mantém-se o reconhecimento do direito à antecipação da idade normal de acesso à pensão de velhice, no âmbito do regime de flexibilização, aos beneficiários que tenham (i) idade igual ou superior a 60 anos e (ii) pelo menos 40 anos de carreira contributiva.

O direito à pensão antecipada ao abrigo do regime de flexibilização continua, porém, a ser reconhecido aos beneficiários com idade igual ou superior a 55 anos e inferior a 60 anos, com 30 ou mais anos civis com registo de remunerações, que tenham apresentado o respetivo requerimento até à entrada em vigor do presente diploma.

Adicionalmente foi alterado o artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio, que estabelece o regime de proteção nas eventualidades de invalidez e velhice dos beneficiários do regime geral de Segurança Social, fazendo depender o deferimento da pensão de velhice ante-

* Esta sección ha sido elaborada por Mario Barros García, Marta Presas y María Barbosa, del Área Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

cipada de manifestação expressa do beneficiário no sentido de manter a decisão de aceder à pensão após ter recebido informação sobre o montante da pensão a ser atribuída.

Redução da Taxa Contributiva a Cargo do Empregador

Decreto-Lei n.º 11/2016, de 8 de março (DR 47, SÉRIE I, de 8 de março de 2016)

O Decreto-Lei n.º 11/2016 veio criar uma medida excepcional de apoio ao emprego, que consiste na redução em 0,75 pontos percentuais da taxa contributiva a cargo do empregador sobre as contribuições referentes às remunerações devidas nos meses de fevereiro de 2016 a janeiro de 2017, incluindo os subsídios de férias e de Natal.

A presente medida é aplicável aos empregadores de direito privado, relativamente aos trabalhadores ao seu serviço enquadrados no regime geral de Segurança Social dos trabalhadores por conta de outrem, com exceção (i) dos trabalhadores abrangidos por esquemas contributivos com taxas inferiores, salvo tratando-se de empregadores sem fins lucrativos ou pertencentes a setores economicamente débeis (definidos no Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social) e (ii) dos trabalhadores abrangidos por esquemas contributivos cuja base de incidência tenha sido fixada em valores inferiores ao indexante de apoios sociais, bem como em valores inferiores à remuneração real ou convencional.

A concessão da redução depende de se verificarem, cumulativamente, os seguintes requisitos: (i) o contrato de trabalho, a tempo completo ou parcial, ser anterior a 1 de janeiro de 2016; (ii) o trabalhador auferir, a 31 de dezembro de 2015, uma retribuição base mensal compreendida entre € 505 e € 530 (ou montante proporcional, em caso de trabalhador a tempo parcial), sem prejuízo do necessário ajuste nas Regiões Autónomas em razão da respetiva retribuição mínima mensal garantida; e (iii) o empregador ter a sua situação contributiva regularizada perante a Segurança Social.

Por forma a beneficiarem da presente medida, os empregadores devem entregar as declarações de remunerações dos trabalhadores abrangidos de forma autonomizada. No caso de trabalhadores com contrato a tempo parcial, porém, a atribuição do benefício fica dependente de requerimento.

A medida em causa pode ser cumulada com outros apoios ao emprego cuja aplicação se encontra, por natureza, dependente de condições inerentes aos trabalhadores abrangidos.

Orçamento do Estado para 2016

Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março (DR 62, SÉRIE I, de 30 de março de 2016)

A presente Lei aprova o Orçamento do Estado para 2016, que estabelece as seguintes medidas com relevância laboral e de segurança social:

— O regime de atualização do indexante dos apoios sociais fica suspenso durante o ano de 2016, mantendo-se em vigor o valor de € 419,22, estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 323/2009, de 24 de dezembro;

— O subsídio de desemprego e o subsídio por cessação de atividade são majorados em 10% nas seguintes situações: (i) quando, no mesmo agregado familiar, ambos os cônjuges ou pessoas que vivam em união de facto sejam titulares do subsídio de desemprego ou do subsídio por cessação de atividade e tenham filhos ou equiparados a cargo (aplicando-se a majoração, neste caso, a cada um dos beneficiários); (ii) quando, no agregado monoparental, o parente único seja titular do subsídio de desemprego ou de subsídio por cessação de atividade e não aufera pensão de alimentos decretada ou homologada pelo tribunal.

Têm direito à referida majoração os beneficiários (i) que se encontrem a receber subsídio de desemprego ou subsídio por cessação de atividade à data da entrada em vigor da presente lei; (ii) cujos requerimentos para atribuição de subsídio de desemprego ou de subsídio por cessação de atividade se encontrem dependentes de decisão por parte dos serviços competentes; e (iii) que apresentem o requerimento para atribuição do subsídio de desemprego ou do subsídio por cessação de atividade durante o período de vigência da presente norma;

— O regime de pagamento de metade dos subsídios de férias e de Natal em duodécimos é prorrogado expressamente até 31 de dezembro de 2016, sempre que não tenha havido oposição do trabalhador;

— 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, é aumentado para € 5.059/ano;

— É criada uma medida extraordinária de apoio aos desempregados de longa duração inscritos no regime geral de Segurança Social que tenham cessado o período de concessão do subsídio social de desemprego inicial ou subsequente, a qual consiste na concessão, por um período de 180 dias, de uma prestação pecuniária mensal de valor igual a 80% do montante do último subsídio social de desemprego pago.

A referida prestação está dependente da verificação das seguintes condições de atribuição relativamente aos beneficiários, à data da apresentação do requerimento: (i) terem decorrido 360 dias após a data da cessação do período de concessão do subsídio social de desemprego; (ii) estarem em situação de desemprego involuntário; (iii) terem capacidade e disponibilidade para o trabalho e inscrição ativa no centro de emprego; (iv) preencherem a condição de recursos legalmente prevista para acesso ao subsídio social de desemprego.

Esta medida abrange os beneficiários desempregados não subsidiados que, à data da entrada em vigor da presente lei, ainda não tenham ultrapassado o período previsto na alínea (i) supra.

Reposição de Feriados *Lei n.º 8/2016, de 1 de abril (DR 64, SÉRIE I, de 1 de abril de 2016)*

A presente lei procede à alteração do n.º 1 do artigo 234.º do Código do Trabalho, visando a reposição dos feriados nacionais do Corpo de Deus, da Implantação da República, a 5 de outubro, do Dia de Todos-os-Santos, a 1 de novembro, e da Restauração da Independência, a 1 de dezembro.

Atualização da Idade Normal de Acesso à Pensão de Velhice e do Fator de Sustentabilidade *Portaria n.º 67/2016, de 1 de abril (DR 64, SÉRIE I, de 1 de abril)*

Nos termos da legislação aplicável, a idade normal de acesso à pensão de velhice e o fator de sustentabilidade são atualizados por portaria do membro do Governo responsável pela área da solidariedade e segurança social, atendendo ao indicador da esperança média de vida apurado pelo Instituto Nacional de Estatística.

A idade normal de acesso à pensão de velhice em 2017, no âmbito do regime geral da segurança social, é de 66 anos e 3 meses.

É aplicável um fator de sustentabilidade de 0,8666 aos montantes estatutários das pensões de velhice do regime geral da segurança social atribuídas em 2016, no caso dos beneficiários que acedam à pensão antes da idade normal de acesso à reforma.

Por sua vez, é aplicável um fator de sustentabilidade de 0,9349 aos montantes regulamentares das pensões de invalidez, relativa e absoluta, atribuídas por um período igual ou inferior a 20 anos, convoladas em pensões de velhice no ano de 2016.

Comunicações Pessoais

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 12 de janeiro de 2016 (Processo n.º 61496/08, Bărbulescu v. Romênia)

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem («TEDH») pronunciou-se acerca do caso de Bogdan Mihai Bărbulescu, um engenheiro romeno que foi despedido da empresa onde trabalhava após a entidade empregadora ter monitorizado as comunicações realizadas pelo trabalhador através do chat do Yahoo Messenger (serviço de troca de mensagens instantâneas).

Bărbulescu trabalhou cerca de três anos numa empresa onde exercia as funções de gestor de vendas. A pedido do empregador, e no âmbito da respetiva atividade profissional, o trabalhador criou uma conta Yahoo Messenger para responder às solicitações dos clientes.

No dia 13 de julho de 2007, o trabalhador foi informado de que as suas comunicações no Yahoo Messenger teriam sido monitorizadas no período compreendido entre os dias 5 e 13 de julho, tendo a empresa apurado que, em violação do disposto na política interna em vigor, o trabalhador utilizou aquele chat para trocar mensagens de natureza pessoal (nomeadamente, com a sua noiva e com o seu irmão).

Ora, quando confrontado com esta acusação o trabalhador contrapôs que apenas teria utilizado o Yahoo Messenger para finalidades profissionais.

Na sequência desta afirmação, a empresa considerou que era necessário ler o conteúdo das mensagens para comprovar a veracidade das declarações do trabalhador, apresentado, posteriormente, ao trabalhador a transcrição das mensagens lidas.

Bãrbulescu acabaria por vir a ser despeãdido no dia 1 de agosto de 2007, devido à violação da política interna da empresa que expressamente proibia a utilização de computadores, fotocopiadoras, telefones e serviços de fax para finalidades pessoais.

O trabalhador impugnou a decisão de despedimento nas instâncias locais, afirmando que ao aceder ao conteúdo das suas mensagens pessoais, o empregador havia violado o direito à reserva e confidencialidade relativamente à correspondência e ainda o direito à reserva da intimidade da vida privada, ambos previstos na Constituição da República Romena.

Ambos os tribunais locais (o tribunal de 1.^a instância e o tribunal de recurso), porém, acabariam por sustentar a decisão da entidade empregadora, afirmando que foram cumpridos todos os condicionismos impostos pela legislação laboral romena para o despedimento do trabalhador. Concretamente, ambos os tribunais concluíram, brevemente, que:

- A análise do conteúdo das comunicações do trabalhador era a única forma do empregador verificar a veracidade da afirmação de Bãrbulescu - de que apenas utilizou o Yahoo Messenger para fins profissionais -, e apurar se houve ou não uma infração disciplinar;
- O direito à monitorização da utilização dos computadores cai no âmbito alargado do direito do empregador de verificar o bom cumprimento da atividade profissional dos trabalhadores;
- O trabalhador tinha conhecimento do teor da política interna em vigor, como sabia que o empregador estava a monitorizar as suas comunicações;
- O empregador não violou qualquer direito do trabalhador, pelo que o despedimento é lícito.

Seguidamente, Bãrbulescu recorreu para o TEDH, alegando a violação do disposto no número 1 do artigo 8.^o da Convenção Europeia dos Direitos do Homem («CEDH»), que dispõe que «qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência».

O TEDH começou por analisar se os tribunais internos fizeram uma justa ponderação entre a expectativa de privacidade do trabalhador por contraponto com os interesses do empregador, acabando por confirmar que o acesso ao conteúdo das mensagens do chat teve como único objetivo verificar a veracidade das declarações feitas pelo trabalhador (na assunção de que as comunicações efetuadas revestiam carácter meramente profissional).

Este tribunal declarou, também, que «é razoável que a entidade patronal queira verificar se os seus trabalhadores executam as suas tarefas profissionais durante o seu horário de trabalho» (Ponto 59. do Acórdão).

Neste Acórdão pode ler-se, ainda, que «a monitorização do empregador foi limitada na sua abrangência e proporção» (Ponto 60. do Acórdão), na medida em que apenas foram examinadas as comunicações do Yahoo Messenger, excluindo-se os restantes dados ou ficheiros que estavam guardados no computador de Bãrbulescu.

O TEDH decidiu, assim, que no caso concreto não houve qualquer violação do artigo 8.^o da CEDH.

Este Acórdão teve o voto de vencido do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque, único Juiz português com assento no TEDH, que não concordou com os pressupostos de facto fixados no caso concreto e, por este motivo, alcançou conclusão diversa.

De acordo com a opinião deste Juiz, é necessário que numa empresa esteja em vigor uma política de utilização de Internet clara e transparente que regule, entre outros, as regras de utilização

de e-mail, chats ou Messenger, redes sociais, blogs e web surfing; que, informe, ainda, como é que a monitorização da Internet será conduzida pelo empregador; e assinale como é que os dados serão utilizados, guardados, destruídos e quem tem acesso aos mesmos.

Efetivamente, os trabalhadores têm que conhecer e autorizar as regras em vigor para a utilização da Internet no local de trabalho e fora dele, nomeadamente quando utilizarem instrumentos disponibilizados pelo empregador, sob pena de os empregadores atuarem como um «Big Brother desconfiado sempre a espreitar sob os ombros dos seus trabalhadores». Na ótica deste julgador, sempre que há uma política de monitorização em vigor, os trabalhadores têm que conhecer os motivos, âmbito, meios técnicos utilizados e o momento temporal de tal ato. Adicionalmente, o cumprimento de uma política desta natureza tem que ser conduzido pelos princípios da necessidade e da proporcionalidade. Ou seja, antes de conduzir uma medida de monitorização, o empregador deve garantir que os benefícios decorrentes da mesma são superiores ao impacto adverso sobre o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador.

De resto, na sua declaração de voto vencido, o Juiz afirma que o processamento de dados não consentido, e o acesso e análise das comunicações do colaborador quando não autorizadas, são somente permitidos quando há uma autorização judicial para o efeito.

Finalmente, o Juiz Paulo Pinto De Albuquerque afirma que:

- A política interna em vigor no caso concreto, que proibia a utilização de computadores, fotocopiadoras, telefones e serviços de fax para finalidades pessoais, não regulava a monitorização da Internet no local de trabalho;
- Não ficou suficientemente demonstrado que o empregador comunicou antecipadamente a B̄arbulescu que uma política de monitorização de Internet estava em vigor na empresa;
- Não ficou provado que os trabalhadores tinham conhecimento que o empregador havia instado um software específico de monitorização nos computadores, através do qual era possível recolher dados de utilização da Internet e efetuar as transcrições das comunicações trocadas pelo trabalhador.
- A interferência do empregador no conteúdo das comunicações trocadas no Yahoo Messenger violou o direito à reserva da vida privada do trabalhador.

[Espanña]

El empresario no necesita el consentimiento del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de control laboral

Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 2016

La empresa, tras detectar que en uno de sus establecimientos se habían producido múltiples irregularidades, encargó a una empresa de seguridad que instalara una cámara de videovigilancia que controlara la caja registradora con la que trabajaba la demandante de amparo. Los trabajadores no fueron avisados expresamente de la instalación de la cámara, pero sí se colocó en el escaparate del establecimiento, en un lugar visible, un distintivo informativo de conformidad con lo requerido por la Agencia Española de Protección de Datos.

Las imágenes grabadas permitieron comprobar que una trabajadora había sustraído dinero de la caja registradora, por lo que fue despedida.

En la demanda interpuesta contra su despido, la trabajadora solicitó la declaración de nulidad de la decisión empresarial, por considerar que las pruebas que justificaron su despido se obtuvieron con vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad y dignidad. El Juzgado de lo Social declaró, sin embargo, la procedencia del despido, que fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León.

La trabajadora interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional («TC») denunciando la infracción de los artículos 14, 15, 18.1, 18.4 y 24 de la Constitución Española.

El TC desestima el recurso de amparo y declara ajustado a derecho el auto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León.

El Tribunal concluye que, en el ámbito laboral, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato de trabajo, la empresa no está obligada a recabar el consentimiento del trabajador afectado. Y ello, porque el artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Protección de Datos («LOPD») contiene excepciones a la regla general de que el tratamiento de datos personales solamente es posible con el consentimiento de sus titulares. Así, entre otros casos, se dispensa de la obligación de obtener el consentimiento cuando exista una relación laboral, pues dicho consentimiento se entiende implícito en dicha relación.

Por otra parte, el TC recuerda que el deber de informar al trabajador sobre el uso y destino de los datos personales que exige el artículo 5 LOPD persiste pese a que no es necesario obtener el consentimiento. Para determinar si esa ausencia de información implica o no una vulneración del artículo 18.4 CE, el Tribunal debe valorar en cada caso la proporcionalidad de la medida de vigilancia mediante cámaras de seguridad.

El Pleno del TC, aplicando la doctrina expuesta, concluye que el empresario no necesita el consentimiento del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de control laboral, por tratarse de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral, de conformidad con el artículo 20.3 ET.

En segundo lugar, apartándose del criterio seguido en la STC 29/2013, de 11 de febrero, el TC considera que no puede entenderse vulnerado el artículo 18.4 CE cuando la trabajadora cuenta con información previa de la instalación de las cámaras de videovigilancia a través del correspondiente distintivo informativo, pues con ello se cumplen los requisitos previstos en la Instrucción 1/2007, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sin que la empresa deba especificar la finalidad exacta del control.

Por último, el TC entiende que el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León valoró adecuadamente la proporcionalidad de la medida de vigilancia adoptada por el empresario y descarta que se haya vulnerado el derecho a la intimidad personal del artículo 18.1 CE. En concreto, entiende que se trataba de una medida (i) justificada, ya que existían razonables sospechas de que algunos de los trabajadores que prestaban servicios en dicha caja se estaban apropiando de dinero; (ii) idónea para la finalidad pretendida por la empresa, esto es, verificar si alguno de los trabajadores cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y, en tal caso, adoptar las medidas disciplinarias correspondientes; (iii) necesaria, ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades; y (iv) equilibrada, pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja.

La sentencia cuenta con un voto particular, formulado por tres magistrados, discrepante con la desestimación del recurso de amparo, en el que se sostiene que debió declararse la nulidad del despido porque la instalación de las cámaras se realizó sin informar a la trabajadora de su finalidad concreta y, por tanto, vulneró su derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.4 CE). En su opinión de los magistrados disidentes, la información genérica sobre la instalación de cámaras de videovigilancia dirigida al público resulta insuficiente en el ámbito laboral.

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

Pérdida de la condición de representantes de los trabajadores por el cierre de su centro de trabajo y el traslado a distintos centros de la misma empresa

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 11 de abril de 2016

El TC resuelve el recurso de amparo formulado por unos trabajadores a los que su empresa les comunicó la pérdida de su condición de representantes unitarios de los trabajadores, como consecuencia del cierre del centro de trabajo en el que habían sido elegidos, y su traslado a otros centros de la misma empresa. Con la pérdida de tal condición, la empresa les denegó el derecho al crédito horario retribuido, sin perjuicio de mantenerles el resto de garantías previstas en el artículo 68 c) del Estatuto de los Trabajadores («ET»).

Los trabajadores accionaron contra la empresa, por considerar que se había vulnerado su derecho a la libertad sindical. El juzgado estimó las pretensiones de los demandantes y condenó a la

empresa al restablecimiento de sus derechos representativos y al abono de una indemnización de 10.000 euros a cada uno de ellos.

La empresa formuló recurso de suplicación, que fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia («TSJ») de Cataluña, que entendió que en casos como el presente lo determinante para que no se pierda la condición de miembro del comité de empresa es que subsista el centro de trabajo.

Recurrida en amparo la decisión del TSJ, el TC confirma que desaparece la condición de representante de los trabajadores cuando se cierra un centro de trabajo y los trabajadores son reubicados a otros centros preexistentes o de nueva creación de la misma empresa, sin que se haya producido una transmisión de la titularidad de los centros.

El TC fundamenta su decisión declarando que no existe una previsión legal o convencional que garantice el mantenimiento de la condición de representante unitario de los trabajadores en supuestos como el analizado y que no puede considerarse que la supresión de la condición de representante contraría un derecho atribuido por normas legales o convencionales (dado que las primeras no existen y las segundas no constan probadas).

Por último, el TC afirma que, para que la limitación de la capacidad de obrar de los representantes de los trabajadores sea considerada como un atentado a la libertad sindical, el comportamiento del empresario debe ser arbitrario, injustificado o contrario a la ley, circunstancias que no se acreditaron en autos.

Por todo lo anterior, el TC denegó el amparo y declaró que la decisión empresarial no fue contraria a la libertad sindical.

La responsabilidad civil impuesta a un huelguista por los daños personales y materiales ocasionados a un tercero durante una huelga exige acreditar su participación directa en los hechos

Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, de 14 de abril de 2016

La sentencia trae causa de la condena impuesta por un Juzgado de Primera Instancia al líder de un piquete informativo a abonar una indemnización como responsable civil por los daños personales y materiales ocasionados al dueño de un bar durante una jornada de huelga general. El dueño del establecimiento fue agredido por un número indeterminado de personas que integraban un piquete informativo dirigido por el demandado, con quien no guardaba ningún tipo de relación. La condena incluye una indemnización por lucro cesante derivada del cierre del local, así como otra indemnización en concepto de daños personales derivados de las agresiones físicas sufridas por el dueño del establecimiento.

La sentencia fue recurrida por entender el huelguista que la imputación de responsabilidad, sin acreditar su participación directa en los hechos, suponía una restricción al derecho a la huelga constitucionalmente protegido por el artículo 28.2 de la CE y tenía efectos disuasorios para el ejercicio de la función de dirección de un piquete.

En sede de amparo, el TC declara la nulidad de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, exclusivamente en lo que se refiere a la condena relativa a los daños personales a indemnizar. Así, el TC entiende que, en ausencia de previsión legal sobre la atribución de responsabilidad civil extracontractual por daños ocasionados durante una huelga, la condición de líder o integrante de un piquete no puede por sí sola constituir título suficiente para que se le imputen responsabilidades. En otras palabras, afirma el TC que la decisión judicial de atribuir en exclusiva al recurrente la responsabilidad civil por daños personales, sin quedar acreditada su participación directa o activa en los hechos, es lesiva del derecho de huelga.

Distinta consideración merece para el TC la imputación al trabajador de la responsabilidad civil extracontractual por los daños materiales consistentes en el lucro cesante derivado del cierre del local. El TC entiende que esa otra imputación de responsabilidad no vulnera su derecho de huelga, dado que se acreditó la participación directa del líder del piquete en los comportamientos intimidatorios que derivaron en el cierre del local.

La comisión paritaria de un convenio colectivo se forma con los representantes firmantes

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 11 de noviembre de 2015

El Tribunal Supremo («TS») desestima el recurso de casación interpuesto por un sindicato contra la sentencia de la Audiencia Nacional («AN») en procedimiento de conflicto colectivo. La cuestión litigiosa se centra en el criterio de representatividad que ha de prevalecer a la hora de configurar la comisión paritaria del convenio colectivo estatal para el sector de agencias de viaje: si el de la representatividad que ostentaban las partes a la firma del convenio o, por el contrario, el de la representatividad en el momento de constitución de la comisión negociadora del convenio.

Entiende la Sala que el criterio al que ha de estarse es el de la representatividad en el momento de la firma del convenio, lo que provoca que la comisión paritaria se forme con los firmantes del convenio, quedando, de esta manera, excluidos aquellos otros representantes que decidieron no participar en su negociación o que, habiendo participado, optaron por no firmarlo. Son dos los principales argumentos que apoyan esta conclusión:

(i) El criterio de la representatividad ostentada en el momento de la constitución de la mesa negociadora del convenio quiebra en aquellos supuestos en los que alguno de sus integrantes no firme el convenio.

(ii) Es posible que entre la constitución de la mesa negociadora y la constitución de la comisión paritaria haya transcurrido tanto tiempo que los datos de representatividad que en un principio se tomaron como referencia estén desfasados.

No obstante lo anterior, el TS precisa que la conclusión alcanzada es aplicable exclusivamente en el marco de una comisión paritaria aplicadora, es decir, aquella cuyo objeto es el desarrollo, aplicación o interpretación de alguna de las cláusulas del convenio colectivo. Si, por el contrario, se tratara de una comisión paritaria negociadora con competencias de negociación, sería necesaria la participación de los sujetos legitimados no firmantes del convenio.

La obligación empresarial de expresar las causas de extinción en la carta de despido por causas objetivas no comporta razonamiento sobre la elección del trabajador afectado

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2015

El TS se pronuncia sobre si la empresa viene obligada a manifestar y acreditar la necesidad de que la extinción contractual fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción afecte directamente al trabajador despedido y, en relación con ello, si el alcance del control judicial que le corresponde a la jurisdicción social debe extenderse al análisis y comprobación de la conexión entre la causa acreditada y la concreta elección del trabajador despedido.

La Sala recuerda que, conforme a la doctrina jurisprudencial vigente del TS, en aquellos supuestos en los que la concurrencia de la causa puede afectar a una pluralidad de trabajadores, una vez delimitadas las causas y sus ámbitos de afectación entre el personal, corresponde al empresario determinar qué contratos deben ser extinguidos para conseguir la mejor optimización de los recursos humanos de la empresa.

Consecuencia de lo anterior es que las exigencias procedimentales del artículo 53.1 ET solo requieren que en la carta de despido figuren las causas, entendidas como la descripción de la situación de la empresa, su evolución y su influencia en la necesidad de amortizar puestos los de trabajo mediante la decisión extintiva que se comunica. Asimismo, en relación con la actividad probatoria, tampoco se le puede exigir a la empresa nada más que lo que determina expresamente el artículo 53.1 ET, en relación con el artículo 52.c) ET.

Asimismo, el TS señala que la decisión empresarial solo será revisable judicialmente cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho, o cuando la selección de los trabajadores afectados se realice por motivos discriminatorios.

No obstante, se formulan dos votos particulares discrepantes con la desestimación del recurso de casación, al entender que debió declararse la improcedencia del despido. El primer voto particular sostiene que la determinación de los criterios de selección de los trabajadores afectados, con pleno control judicial, debe ser igual en los despidos individuales que en los colectivos, habida cuenta de la identidad sustancial existente entre ambos tipos de extinción de contrato. El segundo voto particular, formulado conjuntamente por cuatro magistrados, afirma que, con la

tesis mayoritaria, difícilmente los jueces y tribunales van a poder controlar judicialmente un despido *ex artículo 52.c)* ET, salvo en empresas pequeñas, en las que sea fácil determinar las condiciones de los distintos puestos de trabajo en relación con la causa que resulte acreditada.

La reducción de los descuentos sobre un producto concreto de los que disfrutaban los trabajadores no constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de noviembre de 2015

El TS resolvió el recurso de casación contra la sentencia dictada por la AN en un procedimiento de conflicto colectivo planteado por una central sindical contra una empresa de grandes almacenes y diversas organizaciones sindicales.

Los empleados de los referidos grandes almacenes venían disfrutando de descuentos en la compra de los productos puestos a la venta por la empresa de acuerdo con su Reglamento de Régimen Interior, modificado mediante acuerdo en el año 2012. Con posterioridad, la empresa decidió minorar el descuento aplicable a las consolas de videojuegos hasta el 5 %.

El sindicato demandante, tras someter su disconformidad a la comisión paritaria del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, interpuso demanda de conflicto colectivo ante la AN para que la decisión de la empresa fuera considerada una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y revocada.

En su sentencia, la AN estimó la excepción de caducidad de la acción invocada por la demanda y, por lo tanto, no resolvió el fondo del asunto.

El sindicato demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia de la AN. El TS consideró inaplicable la excepción de caducidad apreciada en la instancia y, por lo tanto, anuló la sentencia de la AN.

En cuanto al fondo, el TS resolvió el litigio declarando que la minoración del descuento sobre un producto concreto a los empleados de una empresa no constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, puesto que no supone un perjuicio grave o relevante para los trabajadores, ni altera los aspectos básicos y fundamentales de su relación laboral.

Convenio colectivo aplicable tras la finalización del plazo de ultraactividad

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 27 de noviembre de 2015

El TS resolvió el recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la AN en un procedimiento de conflicto colectivo planteado por un sindicato contra una asociación empresarial en relación con la determinación del convenio colectivo aplicable cuando finaliza el periodo de ultraactividad del convenio colectivo de los fabricantes de helados que se aplicaba hasta ese momento.

Tras resolver diversas cuestiones procesales, en relación con la cuestión de fondo, el TS confirmó la sentencia recurrida que concluía que el convenio colectivo de la industria láctea no resultaba aplicable, puesto que (i) no concurría en el mismo ámbito de aplicación del convenio colectivo de los fabricantes de helados, sino que regula actividades distintas; y, (ii) ambos convenios colectivos son estatales y la ley remite al convenio de ámbito superior en estos supuestos.

En el caso de sucesión de empresa, el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad se transmite a la empresa sucesora

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 15 de diciembre de 2015

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en materia de responsabilidad por falta de medidas de seguridad.

El objeto del recurso consiste en determinar si se transmite la obligación de pagar el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad a la empresa que sucede a otra para la que el trabajador fallecido por enfermedad profesional prestó servicios, y ello aunque el trabajador en cuestión nunca hubiera trabajado para la empresa sucesora.

A este respecto, la Sala recuerda que la doctrina jurisprudencial vigente del TS establece la procedencia de la transmisión de la responsabilidad en el pago del recargo. Si bien anteriormente se antepone la faceta punitiva del recargo, lo que impedía que operase el mecanismo

subrogatorio de responsabilidad del artículo 127.2 de la Ley General de la Seguridad Social (artículo 168 en el nuevo texto refundido), la Sala ha optado por rectificar su anterior doctrina, en el sentido de que ahora, en materia de sucesión de responsabilidad derivada del recargo, ha de primar el aspecto indemnizatorio sobre el sancionador o preventivo. Por lo tanto, la responsabilidad de quien sucede al empresario anterior ha de comprender tanto los recargos de prestaciones reconocidos antes de la sucesión como aquellos que se impongan una vez consumada la sucesión empresarial.

Derecho de un administrador a percibir la indemnización por cese establecida en su contrato, a pesar de que no constaba en los estatutos sociales

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 17 de diciembre de 2015

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por una sociedad y reconoce el derecho de su administradora a cobrar la indemnización por despido prevista en el contrato de alta dirección que había concertado con aquella, a pesar de que la indemnización carecía de amparo estatutario.

Los antecedentes del litigio son los siguientes:

(i) La administradora de la sociedad suscribió con esta un contrato de alta dirección, en virtud del cual la regulación de la extinción del contrato se sometería a lo dispuesto en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, con la especialidad de que en el caso de despido disciplinario declarado improcedente, la indemnización sería equivalente a 45 días de salario por año de servicio, con un límite de 42 mensualidades.

(ii) El referido régimen indemnizatorio no estaba previsto en los estatutos sociales.

(iii) Con posterioridad a la celebración del contrato, los estatutos de la sociedad fueron modificados en el sentido de que se estableció el carácter remunerado del cargo de administrador, si bien no se incluyó el importe de dicha retribución.

(iv) Tiempo después, una tercera sociedad adquirió todas las acciones de la sociedad demandada, que es de carácter unipersonal.

La Sala razona que, aunque el artículo 130 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, vigente en el momento en el que se produjeron los hechos, establece que La retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos, el TS admite que en determinados supuestos, como el presente, la omisión de este requisito formal carece de trascendencia. En concreto, se señala que, tratándose de una sociedad unipersonal, el que no se reflejara la indemnización en los estatutos sociales no causó ningún perjuicio al socio, puesto que (i) conocía perfectamente el acuerdo de retribución con la administradora, (ii) fue precisamente el socio único quien decidió pactar esa retribución y (iii) por su sola voluntad podría haber modificado los estatutos para que en ellos se fijara dicha retribución.

Por ello, no puede ahora la sociedad demandada oponerse al pago de la indemnización por cese pactada en el contrato de alta dirección amparándose en su falta de previsión estatutaria, porque, además de ser contraria a los actos propios, supondría un abuso de la formalidad. Asimismo, la transmisión de las acciones a un tercero no enerva esta conclusión, ya que también le era conocido a este el régimen retributivo de la administradora.

Obligación empresarial de consignar el importe de los salarios de tramitación para recurrir la sentencia que declara la nulidad del despido colectivo

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2016

La cuestión que se plantea en el recurso de casación consiste en determinar si es necesario consignar los salarios de tramitación en los casos de despidos colectivos declarados nulos. El debate se centra en decidir cuál es la naturaleza de la sentencia que declara la nulidad de un despido colectivo, habida cuenta de que si la sentencia de despido colectivo es susceptible de ejecución definitiva, será necesaria la consignación de los salarios de tramitación para recurrirla.

La Sala entiende que, tras la reforma de los artículos 124 y 247.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social («LRJS»), ya no puede afirmarse el carácter declarativo de la sentencia sobre

despido colectivo, y ello porque el artículo 124 LRJS establece que la sentencia debe declarar el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, y el artículo 247.2 LRJS menciona la posibilidad de ejecución de la sentencia que declara nulo el despido colectivo.

Por tanto, en los despidos colectivos en los que la sentencia de instancia declara la nulidad del despido, la empresa recurrente debe consignar el importe de los salarios de tramitación, a fin de garantizar la ejecución futura.

Además, la Sala recuerda que, a los efectos de interposición del recurso de casación, el empleador deberá, junto con el escrito del recurso, explicitar los criterios y cálculos empleados para fijar el importe de la condena consignada.

En el presente caso, sin embargo, el TS declara no haber lugar a la ejecución solicitada, al entender que la obligación de consignar los salarios de tramitación afecta, según la disposición transitoria 3.^a del Real Decreto 11/2013, a los despidos colectivos iniciados a partir del 4 de agosto de 2013 y la demanda contra el despido colectivo se presentó el 29 de octubre de 2012.

El incremento de competitividad de la empresa, por aplicación de una política empresarial de *low cost*, no justifica, por sí misma, la reducción de salario de los trabajadores

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 16 de febrero de 2016

En este pronunciamiento, el TS declara que la política de *low cost* (que no es más que la resultante de intentar maximizar el principio de competitividad) no justifica la modificación colectiva de las condiciones de trabajo cuando no se acreditan las razones económicas invocadas por la empresa.

Un sindicato formuló demanda ante la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en proceso de conflicto colectivo contra la modificación sustancial de las condiciones de trabajo impuesta por una empresa a sus trabajadores, en virtud de la cual se reducían el 45 % determinados conceptos salariales. Dicha modificación se amparaba en la aplicación de una política de *low cost* que, según la empresa, estaba siendo adoptada por muchas entidades. El TSJ declara injustificada la medida, pronunciamiento que es impugnado por la empresa.

En sede de casación, el TS confirma la sentencia del TSJ de Galicia y declara que el interés empresarial de maximizar el principio de competitividad, cuando no se acreditan otras causas económicas, no es causa válida para modificar sustancialmente condiciones de trabajo de carácter colectivo.

La imputación de un trabajador en un procedimiento penal no es motivo de despido

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 17 de febrero de 2016

El TS se pronuncia sobre si la imputación por un delito cometido por un trabajador constituye una falta grave de transgresión de la buena fe contractual, susceptible de ser sancionada con despido disciplinario, así como sobre si el despido disciplinario basado en una imputación penal que no ha sido acreditada por la empresa vulnera la dignidad, el honor o la intimidad personal del trabajador, lo que conduciría a la nulidad del despido.

Entiende el TS que el hecho de que el trabajador esté imputado en un procedimiento penal no es motivo suficiente de despido, por lo que la extinción contractual debe declararse improcedente.

Asimismo, en el caso analizado, la Sala estima que no existe vulneración de la dignidad, el honor y la intimidad del trabajador, al no constar acreditado el más mínimo indicio de que la decisión extintiva hubiera sido difundida fuera del estricto ámbito privado contractual laboral de las partes del litigio.

Aplicación de los límites máximos en el cálculo de la indemnización por despido improcedente

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 18 de febrero de 2016

El TS rectifica su anterior sentencia de 29 de septiembre de 2014, en la cual dictaminó, en relación con el cálculo de la indemnización por despido improcedente tras la reforma laboral, que, aunque a 12 de febrero de 2012 se hubiera superado el tope de 720 días de indemnización (aplicando el módulo de 45 días de salario por año trabajado), sería posible acumular la indemnización devengada con posterioridad (a razón de 33 días de salario por año trabajado) hasta alcanzar el tope máximo de 42 mensualidades.

La cuestión litigiosa se centra en el concreto criterio de cálculo que ha de prevalecer a la hora de cuantificar la indemnización por despido improcedente de los contratos de trabajo formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012: (i) si en aquellos casos en los que a 12 de febrero de 2012 se hubieran superado los 720 días indemnizatorios, sería posible seguir devengando indemnización hasta alcanzar el módulo de las 42 mensualidades, o por el contrario, (ii) si en aquellos casos en los que a 12 de febrero de 2012 se hubieran superado los 720 días indemnizatorios, la indemnización devengada hasta ese momento opera como tope máximo, sin poder computar la indemnización que se pudiera haber generado por el periodo trabajado después del 12 de febrero de 2012.

La Sala entiende que, superado el límite de los 720 días de salario atendiendo a los servicios prestados antes de 12 de febrero de 2012 (a razón de 45 días de salario por año trabajado), no debe reconocerse indemnización alguna generada después de aquella fecha (a razón de 33 días de salario por año trabajado). En concreto, a fin de clarificar su doctrina, proporciona las siguientes pautas de cálculo:

(i) El cálculo de cada uno de los dos periodos es autónomo y se realiza tomando en cuenta los años de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año en cada uno de los dos tramos.

(ii) Si por el período de prestación de servicios anterior a 12 de febrero de 2012 (con el módulo de 45 días por año) no se ha sobrepasado el tope de 720 días, tampoco puede superarse como consecuencia de la actividad desarrollada con posterioridad a dicha fecha.

(iii) Si los 720 días indemnizatorios se superan atendiendo a los servicios prestados antes de 12 de febrero de 2012 (a razón de 45 días por año), debe aplicarse un segundo tope: el importe correspondiente a lo devengado hasta esta fecha, sin que la cuantía resultante pueda ser superior a 42 mensualidades.

(iv) Si a 12 de febrero de 2012 no se han alcanzado los 720 días indemnizatorios (con el módulo de 45 días por año) siguen devengando indemnización por el periodo posterior (con el módulo de 33 días). El referido tope de los 720 opera para el importe global derivado de ambos periodos.

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

Derecho de los delegados de prevención de riesgos laborales a acceder a los informes y documentos resultantes de la investigación por la empresa de los daños para la salud de los trabajadores

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 24 de febrero de 2016

La cuestión litigiosa se centra en determinar si los delegados de prevención tienen o no derecho a acceder a los informes de investigación de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales realizados por la empresa.

La AN, tras rechazar la excepción de falta de legitimación del sindicato alegada por la empresa, estimó la demanda y declaró que los delegados de prevención de riesgos laborales tienen derecho a acceder, al igual que las autoridades laborales, a los informes y documentos resultantes de la investigación por la empresa de los daños para la salud de los trabajadores.

Frente a esta sentencia, la empresa demandada interpuso recurso de casación. El TS desestima el recurso y confirma la sentencia de la AN. Entiende el TS que el artículo 36.2.b) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales confiere a los delegados de prevención el derecho a acceder, con las limitaciones previstas en el artículo 22.4 de esa Ley, a la información y documentación sobre las condiciones de trabajo necesarias para el ejercicio de sus funciones. La Sala considera que la investigación es una parte del proceso de evaluación de los riesgos, y el acceso a sus resultados forma parte de la información a la que tienen derecho a acceder tanto la autoridad laboral como los delegados de prevención.

Asimismo, el TS rechaza el argumento de que el acceso por los delegados de prevención a los resultados de la investigación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales puede afectar a la intimidad del trabajador, ya que la obligación de facilitar los informes exceptúa los datos relativos a la salud.

No es exigible la explicación detallada de la aplicación de los criterios de selección al trabajador despedido en la carta de extinción entregada en el marco de un despido colectivo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 15 de marzo de 2016

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la empresa y anula la sentencia dictada por el TSJ de Madrid, en el marco de un proceso de despido individual derivado de un despido colectivo.

Tras la reforma laboral de 2012, se han equiparado las formalidades de la comunicación extintiva a los trabajadores afectados por un despido colectivo a las de un despido objetivo individual, al realizarse una remisión expresa desde el artículo 51.4 del ET a lo dispuesto en el artículo 53.1 ET.

En relación con ello, el objeto del recurso consiste en determinar si en los casos de extinciones derivadas de despidos colectivos, la carta de despido debe contener el motivo de afectación particular del trabajador (causa subjetiva o criterio de selección del trabajador) o, por el contrario, el concepto «causa» al que se refiere el artículo 53.1.a) ET debe ser interpretado como la causa objetiva (económica, técnica, organizativa o productiva).

A este respecto, el TS declara que no es exigible la inclusión del criterio de selección del trabajador en la carta de despido, con fundamento en los siguientes argumentos:

(i) El artículo 122.1 de la LRJS exige que el empresario acredite la concurrencia de la causa «legal», por lo que la expresión «causa» utilizada por el artículo 53.1.a) ET debe ser interpretada como alusiva a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

(ii) Atendiendo a la finalidad de la norma, hay que tener en cuenta que en los despidos colectivos existe un proceso negociador previo con los representantes de los trabajadores, durante el cual los trabajadores son informados tanto de las causas como de los criterios de selección fijados o acordados. Por este motivo, exigir que se comunique la causa del despido de manera individual a los trabajadores, resultaría un formalismo innecesario.

(iii) Desde una perspectiva práctica, exigir que en cada comunicación individual del cese se hagan constar de forma pormenorizada los criterios de selección no resulta razonable, pues en el caso de despidos colectivos de grandes empresas y con numerosos afectados esta información puede llegar a ser desmesurada.

El TS entiende que esa doctrina no genera indefensión al trabajador despedido, pues si duda de la legalidad de los criterios de selección o de su correcta aplicación tiene la posibilidad de obtener dicha información por otros medios. En especial, puede acudir a los actos preparatorios y diligencias preliminares para presentar la correspondiente demanda y, una vez iniciado el proceso, solicitar la aportación documental por parte de la empresa.

Con todo, la sentencia cuenta con un voto particular discrepante, en el que se sostiene que debió declararse la improcedencia del despido por la insuficiencia de la comunicación extintiva respecto de los criterios de selección.

La empresa está obligada a establecer un sistema de control de la jornada diaria que realizan sus empleados

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 4 de diciembre de 2015

La AN estima la demanda de conflicto colectivo interpuesta por los sindicatos frente a una entidad financiera sobre control de la jornada laboral. En concreto, en el presente procedimiento se analiza si el empleador está obligado a (i) establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que resulten de aplicación, y (ii) informar a los representantes de los trabajadores sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual.

La empresa demandada argumentó en su defensa las dificultades para la implantación de un control horario derivadas de su horario complejo (trabajadores con un régimen de horario flexible frente a otros que se rigen por un horario específico), así como la existencia de un control de ausencias que se gestiona a través de la intranet corporativa.

A pesar de todo ello, entiende la Sala que para conocer si los trabajadores realizan horas extraordinarias es indispensable que exista un registro de la jornada diaria. Es decir, no puede condicionarse el establecimiento de dicho registro a la realización efectiva de horas extraordi-

narias, sino que esta herramienta tiene que existir en la empresa con carácter previo, pues, de lo contrario, sería imposible controlar la realización de horas extraordinarias.

Consecuencia de lo anterior es que la empresa deberá establecer el referido registro e informar a la representación legal de los trabajadores sobre las horas extraordinarias que se hayan realizado.

[Portugal]

Mobbing ou Assédio moral

Acórdão de 14 de janeiro de 2016 (Processo n.º 1565/14.5T8LRA.C1) - Tribunal da Relação de Coimbra

A Secção do Trabalho (tribunal de 1.ª instância) confirmou a decisão da Autoridade para as Condições do Trabalho («ACT») que aplicou a um empregador dedicado à exploração de uma unidade hospitalar, entre outras, uma coima pela prática de mobbing ou assédio moral, punida como contraordenação muito grave e, ao contrário da decisão da ACT, determinou a aplicação da sanção acessória de publicação da sentença.

Inconformado com a sentença de condenação e aplicação de sanção acessória, o empregador recorreu para o Tribunal da Relação de Coimbra.

Antes da análise do caso concreto, o tribunal de recurso começou por mencionar os pressupostos de aplicação do artigo 29.º, n.º 1, do Código do Trabalho, sintetizando que «[o] assédio constitui um «conjunto concatenado de comportamentos que tem por objetivo ou efeito criar um ambiente de tal forma hostil, que o trabalhador se vê na contingência de, ele próprio, por se sentir marginalizado, pretender desvincular-se perante o empregador, pondo termo à relação laboral», sendo que «o conceito é francamente amplo, abrangendo não apenas as hipóteses em que se vislumbra na esfera jurídica do empregador o objetivo de afetar a dignidade do visado, mas também aquelas em que, ainda que não se reconheça tal desiderato, ocorra o efeito»». Desta forma, o «comportamento subsumível ao conceito de assédio moral há-de ser sistemático, repetitivo e com clara premeditação de realização daquela intenção.»

De acordo com a factualidade dada como provada, o trabalhador exerceu funções de chefia no centro hospitalar durante um período de sete anos.

Enquanto gestor da Unidade de Saúde, coordenava todas as atividades desta unidade. Nesta medida, «[p]rocedia à gestão de recursos humanos, definindo responsabilidades e funções, elaborando os mapas de horário de trabalho, assegurando a implementação dos planos de formação e de desenvolvimento, participando no processo de recrutamento de novos colaboradores, avaliando o desempenho dos colaboradores e efetuando a recolha e tratamento da informação necessária ao pagamento de salários e honorários». Adicionalmente, «[g]arantia a qualidade do serviço prestado através da análise da satisfação de clientes, analisava e respondia às ações e/ou sugestões efetuadas pelos utentes; coordenava as atividades da Unidade de Saúde de modo a garantir o alinhamento entre as orientações estratégicas emitidas pela Administração e a Unidade e a sua execução e contribuía e participava na definição dos objetivos a atingir, reportando apenas ao Diretor Geral (...)».

Em determinado momento, enquanto se encontrava em gozo de férias, o trabalhador em causa foi informado, por e-mail, de que a chefia da Unidade de Saúde passava a estar a cargo de uma outra trabalhadora.

Quando regressou de férias, e sem que nada o fizesse prever, foram-lhe retiradas diversas funções: «[n]ão poderia solicitar nada aos colaboradores e estes receberam instruções para não falarem com ele; deixou de ter acesso ao correio geral; foi excluído de reuniões com funcionários; foi-lhe retirado o controlo e apuramento dos tempos de trabalho dos trabalhadores, passando o seu próprio tempo de trabalho a ser controlado (...); deixou de participar na contratação de pessoal para a Unidade, nem lhe foi dado conhecimento da entrada de colaboradores novos na Unidade; deixou de ter qualquer articulação com os fornecedores (...); também todas as funções relativas a horários e funções ficaram em exclusivo sob a orientação daquela [nova diretora]».

Todos os e-mails que o trabalhador enviava ou recebia passaram a ser automaticamente reen-caminhados para a nova chefe da Unidade de Saúde. Adicionalmente, o seu gabinete foi fechado à chave, a placa identificativa foi-lhe retirada e todos os seus dossiers, arquivos e documentação, incluindo objetos pessoais que tinha no gabinete, foram-lhe retirados. O trabalhador foi subsequentemente transferido para um gabinete interior, sem luz nem ventilação natural, numa zona exposta a radiações ionizantes.

Em face desta factualidade, o Tribunal da Relação de Coimbra manteve a sentença da primeira instância, que confirmou a imposição de coima pela ACT e que veio determinar a publicação da decisão da ACT.

Relativamente à sanção acessória, assinala-se que o empregador veio arguir perante o Tribunal da Relação que a publicidade da contraordenação contendia com a proibição da *reformatio in pejus*, isto é, a proibição de que o arguido possa ver alterada a decisão condenatória em sentido mais desfavorável (visto que a ACT não tinha determinado a publicação da sentença) e, ainda, com os princípios constitucionais da proporcionalidade, da proibição de efeitos automáticos da sanção e da tutela jurisdicional efetiva.

O Tribunal da Relação de Coimbra julgou, porém, que a imposição judicial automática da publicação da sentença condenatória não viola os referidos princípios, sendo, assim, legítima.

Contrato de Trabalho a Termo Certo

Acórdão de 4 de fevereiro de 2016 (Processo n.º 2/15.2TBFIG.C1) - Tribunal da Relação de Coimbra

No âmbito do presente recurso, o Tribunal da Relação de Coimbra pronunciou-se sobre a validade do motivo justificativo apostado em um contrato de trabalho a termo certo.

No caso concreto, o empregador e o trabalhador celebraram um contrato de trabalho a termo certo ao abrigo do disposto no artigo 140.º, n.º 4, alínea a), do Código do Trabalho, e indicaram como motivo justificativo o «início de exploração de uma nova unidade hoteleira, com data de abertura a 21 de Junho de 2014, não se sabendo ainda quais as reais necessidades de trabalhadores para proceder ao desenvolvimento cabal da atividade em questão».

Dispõe o artigo 140.º, n.º 4, alínea a), do Código do Trabalho, que «pode ser celebrado contrato de trabalho a termo certo para: a) (...) início de laboração de empresa ou de estabelecimento pertencente a empresa com menos de 750 trabalhadores».

Ora, apesar de ter sido dado como provado que o empregador contratou o trabalhador para trabalhar num estabelecimento hoteleiro que abriu logo após a celebração do contrato de trabalho, o Tribunal considerou que «do contrato nada consta quanto ao facto de a R. (empregadora) ter (ou não) menos de 750 trabalhadores ao seu serviço (...), o que se desconhece em absoluto e deveria ter sido feito constar do respetivo contrato de trabalho».

Assim, e confirmando a decisão de 1.ª instância, o Tribunal julgou ser «nula a estipulação do termo, devendo o contrato em causa deve ser considerado como um contrato de trabalho sem termo (...), porquanto a entidade empregadora não indicou o número de trabalhadores da empresa no motivo justificativo do termo. Efetivamente, para o Tribunal «teria que constar do acordo escrito celebrado a menção ao número de trabalhadores da empresa, por forma a aferir do preenchimento dos requisitos legais».

Desta forma, o Tribunal entendeu que a cessação da relação contratual por iniciativa do empregador, através de uma declaração escrita, consubstanciou um despedimento ilícito, por não ter sido precedida de procedimento disciplinar (cfr. artigo 381.º, alínea c), do Código do Trabalho).

Atestado Médico de Incapacidade para o Trabalho

Acórdão de 1 de fevereiro de 2016 (Processo n.º 292/14.8TTGDM.P1) - Tribunal da Relação de Porto

No presente recurso, discutiu-se o caso de um trabalhador que foi despedido da empresa onde trabalhava após ter apresentado certificados de incapacidade temporária para o trabalho e ter estado, durante parte do referido período, a trabalhar num estabelecimento de restauração.

Resumidamente, no caso concreto, o trabalhador entregou à empregadora três atestados médicos de incapacidade temporária para o trabalho (válidos por um período total de 35 dias), com o fundamento de que teria que prestar assistência à sua esposa, que após ter sido submetida a uma intervenção cirúrgica apenas se poderia ausentar do domicílio para tratamento.

A entidade empregadora considerou que os documentos apresentados pelo trabalhador eram suficientes para comprovar a referida incapacidade, sendo desnecessário exigir mais provas. No entanto, tomou conhecimento que durante dois dos dias do aludido período de incapacidade, o trabalhador esteve, na verdade, a trabalhar no estabelecimento de restauração que explora enquanto empresário em nome individual.

O empregador despediu o trabalhador com base nos referidos factos, afirmando que o trabalhador aproveitou-se ilegitimamente de uma situação de incapacidade temporária para o trabalho para desenvolver outra atividade profissional que colidia com o cumprimento dos seus deveres laborais, provocando transtornos na elaboração das escalas de serviço e demonstrando uma «deslealdade inaceitável».

A entidade empregadora considerou, assim, existir justa causa de despedimento no caso concreto, com base no disposto no artigo 351.º, n.º 1, alíneas b), f) e h), do Código do Trabalho, e considerou ter sido violado o disposto no artigo 128.º, n.º 1, alíneas b) e h), do Código do Trabalho.

O Tribunal da Relação do Porto, no entanto, confirmou a decisão do Tribunal de 1.ª instância, e julgou não existir justa causa de despedimento no caso concreto.

Em primeiro lugar, o Tribunal entendeu não ter sido violado o dever de assiduidade e pontualidade previsto no artigo 128.º, n.º 1, alínea b), do Código do Trabalho, pois «face à justificação médica apresentada pelo autor e à sua aceitação pela ré, as ausências do autor têm de ser consideradas como justificadas». Assim, as falsas declarações relativas à justificação de faltas «já pressupõem que a falta haja sido - ainda que com um pressuposto falso - justificada, justificação que implica a neutralização do dever de assiduidade».

Adicionalmente, o Tribunal considerou que também não teria sido violado o dever de promover ou executar os atos tendentes à melhoria da produtividade da empresa, previsto no artigo 128.º, n.º 1, alínea h), do Código do Trabalho, na medida em que o empregador não descreveu, na nota de culpa, qualquer facto concreto, no tempo e no modo, que possa ser tido como violador deste dever.

O Tribunal considerou ainda não estar verificada a prática de falsas declarações quanto à justificação das faltas, tendo em conta que os certificados médicos entregues pelo trabalhador «foram recebidos pela ré, que não tomou qualquer iniciativa no sentido da sua verificação, nem exigiu que o autor apresentasse qualquer prova, nos termos previstos no artigo 252.º, n.º 4, do Código do Trabalho, pois tinha conhecimento, desde o ano de 2013, da necessidade de o autor se ausentar do trabalho pelo facto de a sua mulher necessitar de ser submetida a uma intervenção cirúrgica».

No entender do Tribunal, aquilo que se verificou no caso dos autos foi o exercício de outra atividade durante parte do período de incapacidade temporária, pelo que «no mínimo, o autor deveria ter informado a ré do exercício daquela atividade».

O Tribunal considerou, ainda assim, que esta infração não teria sido grave o suficiente para justificar a sanção de despedimento aplicada, pois a violação do dever de informação, nas circunstâncias do caso, «para um trabalhador com onze anos de antiguidade e sem antecedentes disciplinares, quando o empregador nada requereu para verificação dos atestados médicos (...), não preenche o conceito de inexigibilidade na manutenção do contrato de trabalho, pressuposto da justa causa de despedimento».

Em conclusão, o Tribunal entendeu que o trabalhador foi alvo de um despedimento ilícito, não só por considerar que os mencionados deveres não foram violados (nem sequer suficientemente concretizados na nota de culpa) como também pelo facto de a empregadora não ter conseguido provar que sofreu prejuízos sérios com a conduta do trabalhador (cfr. artigo 351.º, n.º 3 do Código do Trabalho).

Uniformização de Jurisprudência

Acórdão de 18 de fevereiro de 2016 (Processo n.º 59/07.0TTVRL-D.S1) - Supremo Tribunal de Justiça

No âmbito do presente recurso, o Supremo Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre os efeitos da suspensão do despedimento decretada em sede de providência cautelar objeto de recurso com efeito suspensivo.

Em particular, a questão que se colocava era a de saber se, no âmbito de uma providência cautelar em que a suspensão do despedimento foi decretada em primeira instância e confirmada pelo Tribunal da Relação do Porto em sede de recurso interposto pelo empregador com efeito suspensivo (mediante o pagamento de caução), o trabalhador tinha direito a receber as retribuições entre o despedimento e a data do trânsito em julgado do acórdão do Tribunal da Relação do Porto.

O Supremo Tribunal de Justiça começou por rever o entendimento jurisprudencial acolhido até à data, segundo o qual a atribuição de efeito suspensivo ao recurso interposto da decisão do tribunal da 1.ª instância que suspenda o despedimento não desonera o empregador do pagamento das retribuições que o trabalhador teria recebido entre aquela decisão e o trânsito em julgado do acórdão da Relação que a confirme, concluindo que «nos casos em que o despedimento venha a ser considerado lícito na ação de impugnação, [tal solução] é suscetível de originar distorções graves no equilíbrio entre as posições das partes na relação de trabalho e a conduzir a resultados não razoáveis, justificando-se uma reapreciação do entendimento jurisprudencial que tem vindo a ser acolhido».

Assim, o Supremo entendeu que «o efeito suspensivo atribuído ao recurso determina a perda de força executiva do título constituído pela decisão impugnada, pelo que, na pendência do recurso, ou seja, entre o despedimento e a confirmação pelo Tribunal da Relação da decisão que suspendeu o despedimento, a empregadora não estava obrigada a reintegrar o trabalhador e este não tinha, conseqüentemente, o direito às retribuições, pelo que a executada nada deve ao exequente em relação a esse período de tempo».

Mais referiu o Supremo: «Nem se diga que o trânsito em julgado da decisão proferida pelo Tribunal da Relação sobre a decisão da 1.ª instância atribui eficácia a essa decisão desde a data em que foi proferida, daí decorrendo a existência do direito em causa nesse período de tempo. Na verdade, a obrigação de pagamento de retribuições decorre da obrigação de reintegração do trabalhador e da prestação de trabalho subsequente, a qual só se torna efetiva com o trânsito em julgado da decisão que determina a suspensão do despedimento. Deste modo, só há retribuições em dívida com o trânsito em julgado da decisão proferida na providência, não tendo o trabalhador o direito às retribuições que lhe seriam devidas entre o despedimento e esse trânsito em julgado que atribui força executiva à decisão.»

No seguimento deste entendimento e da revisão e alteração do entendimento jurisprudencial anterior, o STJ entendeu ser conveniente a prolação de acórdão de uniformização de jurisprudência, fixando a solução para a questão em causa nos seguintes termos: «Interposto recurso com efeito suspensivo para o Tribunal da Relação da decisão proferida em providência cautelar que tenha decretado a suspensão do despedimento, não são devidas ao trabalhador retribuições entre a data do despedimento e o trânsito em julgado do acórdão do Tribunal da Relação que confirme a suspensão do despedimento (...).».

Recurso de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade

Acórdão n.º 85/2016 - Tribunal Constitucional (DR 46, SÉRIE II, de 7 de março de 2016)

No acórdão em apreço, o Tribunal Constitucional veio pronunciar-se pela constitucionalidade da norma constante do n.º 1 do artigo 186.º-O do Código de Processo do Trabalho, interpretada no sentido de, no contexto de uma ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho, não ser permitido aos putativos trabalhador e empregador dispor do objeto do litígio, acordando, em sede de audiência de partes, que a relação jurídica entre ambos é de prestação de serviços.

Na base do presente recurso encontra-se um acórdão do Tribunal da Relação do Porto que revogou a decisão da primeira instância que havia procedido à homologação do acordo firma-

do entre empregador e trabalhador, no âmbito de audiência de partes ocorrida em sede de ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho, no sentido de que o contrato em causa nos autos consubstanciava um contrato de prestação de serviços.

O Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre os fundamentos apresentados pelo empregador recorrente nos seguintes termos:

(i) O princípio da liberdade de escolha do género de trabalho

Segundo o recorrente, é violadora deste princípio uma interpretação da norma em apreço que permita ao Estado interferir na escolha do tipo contratual, bem como obrigar as partes a alterar a sua relação jurídica. Ademais, advoga o recorrente que daqui adviria a possibilidade de o Estado impor às partes que litiguem em tribunal, mesmo sem haver qualquer litígio entre si.

Todavia, para o Tribunal Constitucional, «é manifesto que tal regime legal não coloca em causa este direito», porque «o que se pretende com o mesmo não é impor a quem presta determinada atividade remunerada que o faça, contra a sua vontade, em regime de contrato de trabalho, mesmo que o pretenda fazer em regime de trabalho independente». «[O] que se pretende é combater a utilização indevida do contrato de prestação de serviço nas situações em que, apesar de determinada relação ser formalmente titulada pelas partes como contrato de prestação de serviço, corresponda, substancialmente, a uma situação de trabalho subordinado, à qual deveria, por isso, ser aplicado o regime laboral».

(ii) O direito de ação e o direito a um processo equitativo

O recorrente começa por invocar a violação destes direitos em razão de o putativo trabalhador não se poder defender no processo quando o Ministério Público tenha um entendimento diferente do seu. O Tribunal Constitucional não lhe reconhece razão, considerando que na interpretação normativa em análise apenas está em causa a possibilidade de transigir no sentido de qualificar a relação como uma prestação de serviços.

Afirma ainda o Tribunal Constitucional que, não obstante a prescrição constitucional de um processo equitativo, não fica prejudicada a «concreta modelação do processo», desde que fiquem garantidos os meios efetivos de defesa e igualdade de armas no processo. Ora, na ação de reconhecimento, os putativos empregador e trabalhador podem intervir no processo. Quanto a este último, pode aderir à posição do Ministério Público, ou bem apresentar articulado próprio e constituir mandatário.

A impossibilidade de transação nos termos da norma em análise não pode ser desligada de elementos específicos deste caso. Visando o regime tutelar também interesses públicos, estes - ao invés dos privados - não podem estar na inteira disponibilidade das partes. Deste modo, a inadmissibilidade de transação permite ao juiz tutelar tais interesses.

(iii) O princípio da igualdade

A recorrente invoca, outrossim, a violação do princípio da igualdade. Para tal propósito, invoca a injustificada desigualdade entre um trabalhador sujeito a este regime, por oposição a outro que não tenha conhecido uma ação inspetiva da Autoridade para as Condições do Trabalho e que se possa manter numa relação de prestação de serviços.

Também neste ponto o Tribunal Constitucional não reconhece razão à recorrente. Ao remeter para um anterior Acórdão (n.º 94/2015), afirma que «só existirá infração ao princípio da igualdade quando os limites externos da discricionariedade legislativa sejam violados, isto é, quando a medida legislativa adotada não tenha adequado suporte material». Seguidamente, visa comprovar esse suporte material, invocando novamente as razões de interesse público. Não se trata de «casos em que, pura e simplesmente, surja um litígio entre determinadas pessoas sobre a qualificação de determinada relação jurídica», mas antes um poder público cujo desiderato é proceder «a um escrutínio (e mesmo à punição) das situações em que se pretenda, de modo fraudulento, impedir a aplicação do regime laboral a uma relação jurídica que, substancialmente, tem as características de um contrato de trabalho».

Subsídio de Refeição - Pagamento Através de Cartão Eletrónico *Acórdão de 15 de março de 2016 (Processo n.º 470/15.2T8VNF.G1) - Tribunal da Relação de Guimarães*

No presente processo, um trabalhador veio questionar a legalidade da decisão unilateral (ou seja, sem o seu acordo prévio) do empregador de substituir o pagamento do subsídio de refeição em numerário (modo de pagamento que vinha sendo utilizado desde o início da relação laboral) pela disponibilização de cartão eletrónico (integrado no conceito amplo dos designados «vales – ou tickets – de refeição»).

Na perspetiva do trabalhador, a atribuição do cartão eletrónico condicionava a utilização do valor do subsídio de refeição (dado que a quantia creditada no cartão é insuscetível de levantamento em numerário ou de transferência bancária, sendo que o cartão apenas pode ser utilizado em estabelecimentos comerciais do ramo alimentar). Considerando que o valor do subsídio de refeição isento de contribuições para a Segurança Social varia consoante seja processado em numerário ou através de vale de refeição (sendo superior neste caso) e que as prestações sociais – nomeadamente, o subsídio de doença e a pensão de velhice – estão indexadas aos descontos realizados, o trabalhador argumentou que estaria a ser prejudicado pela adoção do método de pagamento para o qual a lei prevê um montante de isenção superior.

Nos termos do Código do Trabalho, o subsídio de refeição não integra, em princípio, a retribuição (em sentido rigoroso) do trabalhador. O subsídio de refeição apenas assume a qualificação de retribuição «quando (...) [as] importâncias [pagas a esse título], na parte que exceda os respetivos montantes normais, tenham sido previstas no contrato ou se devam considerar pelos usos como elemento integrante da retribuição do trabalhador».

O Tribunal da Relação de Guimarães determinou que, não tendo, no caso concreto, o trabalhador provado que o subsídio de refeição constituía uma prestação retributiva (demonstrando os requisitos acima citados), a alteração unilateral, pelo empregador, do modo de pagamento do subsídio de refeição não padecia de qualquer ilegalidade.

Adicionalmente, o Tribunal rejeitou a argumentação do trabalhador relativa aos reflexos do pagamento do subsídio de refeição em ticket nos montantes das prestações previdenciais, reputando a isenção contributiva superior de que o trabalhador beneficia como uma vantagem e não como um prejuízo.

Em sentido convergente já se pronunciara o Tribunal da Relação de Coimbra, em acórdão de 3 de abril de 2014, processo n.º 601/13.7TTVIS.C1.

Despedimento Verbal – Desconsideração da Personalidade Jurídica *Acórdão de 16 de março de 2016 (Processo n.º 122/13.8TTTVD-4) - Tribunal da Relação de Lisboa*

Um trabalhador, com a categoria profissional de motorista, demandou, no âmbito de uma ação destinada ao reconhecimento da invalidade do despedimento verbal (logo, ilícito) de que fora alvo, as seguintes rés: uma sociedade anónima de direito português e a representação permanente (sucursal) em Portugal de uma sociedade sedeada em Gibraltar. Ambas as rés se dedicavam à atividade de transporte rodoviário, nacional e internacional, de mercadorias.

O autor tinha outorgado um contrato de trabalho com a representação permanente (que lhe processava a remuneração), sendo esta, por conseguinte, o seu empregador formal.

Porém, na prática, o autor sempre recebeu ordens e instruções advenientes da sociedade portuguesa. O despedimento do autor foi, aliás, decidido pelo administrador desta sociedade.

Ficou provado nos autos que as rés partilhavam instalações administrativas.

Apurou-se, ainda, que a representação permanente era parte nos contratos de trabalho dos motoristas, ao passo que a sociedade portuguesa era a detentora, como proprietária ou locatária, dos veículos afetos à atividade transitária. A sociedade portuguesa não tinha qualquer motorista ao seu serviço.

O Tribunal da relação de Lisboa entendeu que se deveria ignorar a autonomia jurídica das rés (recorrendo ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica), uma vez que se consta-

tava que a atividade económica comum (a que ambas se dedicavam) não podia ser exercida separadamente (visto que uma das empresas tinha, em exclusivo, os trabalhadores e a outra, exclusivamente, os veículos). Segundo o Tribunal, «tudo aponta para que a força de trabalho se encontrava afeta a uma ré e os ativos - veículos e clientela - afetos a outra...!».

O Tribunal entendeu que a vinculação dos trabalhadores à representação permanente, estando os ativos relacionados com a atividade empresarial alocados à sociedade portuguesa, defraudaria os direitos daqueles «que por não pertencerem à sociedade que detém ativos se defrontam com uma empregadora que nada possui» (note-se, aliás, que a sucursal se encontrava em situação de insolvência).

Considerando que a situação em apreço visava evitar, de forma abusiva, a efetiva responsabilização das empresas perante o trabalhador, o Tribunal entendeu proceder «à desconsideração da personalidade coletiva [...] e [unificar os] vínculos laborais estabelecidos entre o autor e as rés».

Assim, o Tribunal condenou ambas as rés, solidariamente, a reintegrar o trabalhador, a liquidar as retribuições intercalares vencidas desde a data do despedimento verbal e bem assim a satisfazer outros créditos laborais peticionados pelo autor.

Citando o sumário do acórdão em epígrafe, «[n]aquelas situações em que se verifique que a personalidade coletiva é usada de modo ilícito ou abusivo para prejudicar terceiros, nomeadamente para retirar direitos e garantias a trabalhadores, existindo uma utilização contrária a normas ou princípios gerais, cumpre desconsiderá-la».

MARÍTIMO, TRANSPORTE Y LOGÍSTICA*

1. LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Aéreo. Garantías Internacionales

Instrumento de adhesión al Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 (BOE de 1 de febrero de 2016)

El 15 de diciembre de 2015, España depositó el instrumento de adhesión al Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico del denominado Convenio de Ciudad del Cabo, al que nuestro país se adhirió el 28 de junio de 2013. La adhesión al Protocolo es especialmente relevante, pues el Sistema de Ciudad del Cabo (Protocolo y Convenio) debe interpretarse como un único instrumento, de tal forma que las normas del Convenio no resultaban de aplicación en España en tanto no se adhiriera también al Protocolo. El Sistema de Ciudad del Cabo tiene por objeto la creación de un marco jurídico para las financiaciones garantizadas sobre elementos de equipo móvil de gran valor o importancia económica (células y motores de aeronaves, helicópteros, material rodante ferroviario y bienes de equipo espacial), creándose a estos efectos un registro internacional para la constitución de garantías sobre dichos equipos.

* Esta sección ha sido coordinada por Luz Martínez de Azcoitia, y en su elaboración han participado Tomás Fernández Quirós, María João Dias, Sofía Rodríguez Torres, José Sánchez-Fayos, Nicolás Nägele García de Fuentes, Magdalena Oriol, Laura Peláez, Maria Joao Dias y Ricardo Gaspar Dias, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Oporto).

El instrumento de adhesión al Protocolo contiene importantes declaraciones de España al Convenio de Ciudad del Cabo, entre las cuales destaca la designación del Registro de Bienes Muebles como punto de acceso que autorizará la transmisión de información al Registro Internacional.

**Transporte por carretera.
Interconexión de los registros nacionales**

Reglamento de ejecución (UE) 2016/480 de la Comisión, de 1 de abril de 2016, por el que se establecen las normas comunes relativas a la interconexión de los registros electrónicos nacionales de las empresas de transporte por carretera y se deroga el Reglamento (UE) n.º 1213/2010 de la Comisión (DOUE L 87/2016 de 2 de abril de 2016)

El artículo 16, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1071/2009 establece la obligación de los Estados miembros de crear un registro electrónico nacional de empresas de transporte por carretera que hayan sido autorizadas para ejercer actividades de transporte por carretera, las cuales deberán interconectarse mediante un sistema de intercambio de mensajes denominado ERRU (Registro europeo de empresas de transporte por carretera), creado a través del Reglamento (UE) n.º 1213/2010.

Desde que se puso en marcha el sistema ERRU en diciembre de 2012, la Comisión Europea ha venido observando que su aplicación práctica no se ajustaba a los procesos administrativos implantados por los Estados miembros, por lo que era necesario corregir estas deficiencias detectadas. Dado el número de cambios que se tendrían que introducir en la normativa, la Comisión ha optado por derogar el Reglamento 1213/2010 y sustituirlo por el Reglamento 2016/480, cuyo objeto consiste en establecer los requisitos relativos a la conexión de los registros electrónicos nacionales de las empresas de transporte por carretera al sistema de mensajería ERRU.

Transporte por carretera. Infracciones

Reglamento (UE) 2016/403 de la Comisión, de 18 de marzo de 2016, por el que se completa el Reglamento (CE) n.º 1071/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la clasificación de infracciones graves de las normas de la Unión que pueden acarrear la pérdida de honorabilidad del transportista, y por el que se modifica el anexo III de la Directiva 2006/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 72/2016 de 19 de marzo de 2016)

Tal y como establece el Reglamento (CE) n.º 1071/2009, gozar de honorabilidad es uno de los requisitos para ejercer la profesión de transportista por carretera, y requiere que a éste no se le haya condenado por infracciones penales graves o no se le haya impuesto una sanción por una infracción grave prevista en la normativa comunitaria en materia de transporte. El Reglamento (UE) 2016/403 tiene por objeto establecer una lista común de categorías, tipos y nivel de gravedad de las infracciones de las normas de la Unión en materia del transporte comercial por carretera, que pueden acarrear la pérdida de honorabilidad del transportista. Los Estados miembros tendrán en cuenta la información sobre las infracciones graves prevista en este Reglamento, con el fin de desarrollar el respectivo procedimiento administrativo nacional para evaluar dicha honorabilidad.

Marítimo. Protección marítima

Reglamento de Ejecución (UE) 2016/462 de la Comisión de 30 de marzo de 2016, que modifica el Reglamento (CE) n.º 324/2008, por el que se fijan los procedimientos revisados para las inspecciones de la Comisión en el ámbito de la protección marítima (DOUE L 80/2016, de 31 de marzo de 2016)

El propósito de este Reglamento es garantizar que las inspecciones de la Comisión para la protección de los buques y las instalaciones portuarias puedan llevarse a cabo con transparencia y eficacia, particularmente cuando la inspección de un buque concluya en un puerto de un Estado miembro que no sea el puerto de embarque, o en el caso de buques de la Unión Europea inspeccionados en una localidad fuera de la Unión Europea.

Así, los Estados miembros deberán cooperar con la Comisión en el desempeño de sus tareas de inspección, adoptando todas aquellas medidas que sean necesarias y guardando siempre estrictas medidas de seguridad y confidencialidad. Asimismo, se prevé que la Agencia Europea de Seguridad Marítima asista a la Comisión en estas labores de inspección.

Ferrocarril. Espacio ferroviario europeo único

Reglamento de ejecución (UE) 2016/545 de la Comisión, de 7 de abril de 2016, sobre los procedimientos y criterios relativos a los acuerdos marco de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria (DOUE L 94/1 de 7 de abril de 2016)

El objeto del presente Reglamento es establecer el procedimiento y los criterios que se deben seguir para la celebración de acuerdos marco por los administradores de las infraestructuras, los cuales deben optimizar el uso de la capacidad de la infraestructura disponible. Para ello, los administradores de infraestructuras elaborarán una declaración de capacidad marco (capacidad de infraestructura adjudicada en virtud de un acuerdo marco) para cada tramo de línea, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3 del Reglamento.

El artículo 5 del Reglamento regula el procedimiento de adjudicación de capacidad marco, que comienza mediante una invitación del administrador de infraestructuras a potenciales candidatos para que presenten su solicitud de acuerdo marco. Una vez analizada la solicitud, el administrador deberá decidir sin demora sobre si deniega, celebra o modifica un acuerdo marco, decisión que deberá ser motivada y comunicada por escrito al candidato.

[España]**Aéreo. Aviación Civil. Operaciones comerciales de alto riesgo**

Resolución de 16 de febrero de 2016, de la Dirección de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, por la que se establece la relación de operaciones comerciales especializadas consideradas de alto riesgo (BOE de 3 de marzo de 2016)

Esta Resolución tiene por objeto identificar determinadas actividades como operaciones comerciales especializadas de alto riesgo, de acuerdo a la Decisión 2014/014/R de la Agencia Europea de Seguridad Aérea, que obliga a las autoridades a que publiquen un listado de aquellas operaciones que se consideren comerciales especializadas de alto riesgo. Asimismo, establece los requisitos a seguir para presentar las solicitudes de obtención de la autorización para realizar dichas operaciones.

La Resolución incluye como operaciones comerciales especializadas de alto riesgo las operaciones de paracaidismo y caída libre, los vuelos que impliquen maniobras acrobáticas extremas realizadas con el objeto de permitir a las personas a bordo experimentar gravedad cero, altas fuerzas G o sensaciones similares y las operaciones de transporte externo de personas. Para la realización de cada operación comercial especializada de alto riesgo, tiene que solicitarse una autorización. El procedimiento para presentar cada solicitud será conforme a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

[Portugal]**Transporte Marítimo. Futura Alteração do Regime Aplicável ao Registo de Navios.**

Resolução do Conselho de Ministros n.º 11/2016, de 16 de março (DR 53, 1.ª série de 16 de março de 2016)

O Conselho de Ministros resolveu criar um Grupo de Trabalho, sob coordenação da Ministra do Mar, com a missão de avaliar e preparar um plano de ação de promoção do transporte marítimo e de apoio ao desenvolvimento da marinha mercante nacional, designadamente através da alteração ao regime aplicável ao registo de navios.

Até ao final do primeiro semestre de 2016, o Grupo de Trabalho deverá apresentar um relatório que inclua, designadamente, (i) um *benchmarking* europeu que permita aferir da replicação em Portugal de condições legais e fiscais mais favoráveis e (ii) propostas de alterações legislativas, regulamentares, contratuais e tecnológicas de simplificação administrativa e de fomento da competitividade.

2. JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Ayudas al sector naval: ratificación de la decisión de la Comisión Europea C(2012) 8252 relativa al nuevo sistema español de arrendamiento fiscal (nuevo «Tax Lease»)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 14 de abril de 2016 en el asunto Netherlands Maritime Technology Association (as.T-140/13)

La sentencia desestima la apelación interpuesta por *the Netherlands Maritime Technology Association* («Apelante») frente a la resolución del Tribunal General de la Unión Europea, de 9 de diciembre de 2014, por medio de la cual se desestima la petición de anulación de la decisión de la Comisión Europea C(2012) 8252, de 20 de noviembre de 2012, que declara que el nuevo sistema de financiación de activos basado en el arrendamiento fiscal (conocido como nuevo *tax lease*) no constituía ayudada de Estado ilegal.

El Apelante argumenta su petición en tres causas, (i) que el Tribunal General no había tenido en consideración todos los argumentos en que había sustentado su pretensión en primera instancia, (ii) error manifiesto en las afirmaciones efectuadas por el Tribunal General, y (iii) que las razones alegadas por éste eran insuficientes y contradictorias. El Tribunal de Justicia analiza las razones alegadas, entendiéndolas infundadas, y desestima íntegramente las pretensiones de la actora.

Organismos nacionales responsables del cumplimiento del Reglamento (CE) 261/2004: adopción de medidas coercitivas en contra de un transportista aéreo con el fin de obligarle a abonar la compensación correspondiente a un pasajero

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Octava, de 17 de marzo de 2016 en el asunto K. Ruijsenaars y otros contra Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu (as.ac. C-145/15 y C-146/15)

La sentencia tiene por objeto resolver una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 16 del Reglamento (CE) núm. 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 «Reglamento»). Dichas peticiones fueron presentadas en el marco de dos litigios en relación con la negativa del organismo responsable del cumplimiento del Reglamento (el Secretario de Estado en este caso) a adoptar medidas coercitivas en contra de Royal Air Maroc y KLM con el fin de obligar a estas sociedades a abonar la compensación prevista en el artículo 7 del Reglamento (derecho a compensación).

El Tribunal de Justicia declara que el artículo 16 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que el organismo designado por cada Estado miembro como responsable del cumplimiento de lo previsto en el Reglamento, que reciba una reclamación individual de un pasajero debido a la negativa de un transportista aéreo a abonarle la compensación prevista en el artículo 7, apartado 1, de dicho Reglamento, no está obligado a adoptar medidas coercitivas en contra de dicho transportista aéreo con el fin de obligarle al pago de tal compensación. Entiende el Tribunal que el Reglamento resulta directamente aplicable y que, en consecuencia, puede invocarse ante los órganos jurisdiccionales nacionales en un litigio entre particulares, lo cual garantiza la tutela judicial efectiva de los pasajeros aéreos.

Responsabilidad del transportista aéreo en caso de retraso en un transporte internacional de pasajeros: daño sufrido por el empleador

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de 17 de febrero de 2016 en el asunto Air Baltic Corporation AS contra Lietuvos Respublikos specialioji tyrimų tarnyba (as. C-429/14)

La sentencia tiene por objeto resolver una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Lituania, sobre la interpretación de los artículos 19, 22 y 29 del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, celebrado en Montreal el 28 de mayo de 1999 y aprobado en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2001/539/CE del Consejo, de 5 de abril de 2001 (el «Convenio de Montreal»). La petición se presentó en el contexto de un litigio entre Air Baltic Corporation AS y el Servicio especial de investigación de la República de Lituania, en relación con la indemnización del daño ocasionado a este último por el retraso en uno de los vuelos que efectuaron dos de

sus agentes en virtud de un contrato de transporte internacional de pasajeros celebrado con Air Baltic.

Como consecuencia del retraso, el Servicio de investigación compensó a los afectados en concepto de gastos de viaje y cotizaciones a la Seguridad Social conforme a la legislación lituana. A continuación, el referido Servicio reclamó a Air Baltic que le reembolsara la misma cantidad como indemnización, a lo que dicha compañía se negó.

En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que los artículos 19, 22 y 29 del Convenio de Montreal deben interpretarse en el sentido de que un transportista aéreo que haya celebrado un contrato de transporte internacional de personas con el empleador de los pasajeros está obligado a responder frente a dicho empleador del daño ocasionado por el retraso en los vuelos efectuados por los empleados de este en virtud del expresado contrato.

Responsabilidad Civil. Acción de repetición de la aseguradora de un vehículo a motor frente a la aseguradora del remolque acoplado a él

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 21 de enero de 2016 en el asunto ERGO Insurance» SE contra «If P&C Insurance» AS y «Gjensidige Baltic» AAS contra «PZU Lietuva (as.ac. C-359/14 y C-475/14)

Esta sentencia resuelve dos cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que tienen su origen en dos accidentes ocurridos en Alemania y provocados por un vehículo a motor con un remolque acoplado.

En ambos casos, la entidad aseguradora del vehículo, tras pagar la indemnización correspondiente a las víctimas, reclamó a la compañía aseguradora del remolque el reembolso de la mitad de la indemnización. La problemática se centra en determinar la norma de conflicto que establece la ley aplicable al litigio existente entre las dos aseguradoras, por ser estas de países diferentes.

Sobre estas bases, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determina que la acción de repetición ejercitada por la entidad aseguradora del vehículo contra la entidad aseguradora del remolque vendrá dada por el artículo 7 del Reglamento Roma I sobre obligaciones contractuales, el cual regula la ley aplicable a los contratos de seguros, siempre y cuando en virtud del artículo 4 y siguientes del Reglamento Roma II se establezca un reparto de la obligación de reparación del daño. Ello porque el artículo 14, b) de la Directiva 2009/103 relativa al seguro de responsabilidad civil no establece ninguna norma de conflicto especial para determinar la ley aplicable a la acción de repetición en estas circunstancias.

[España]

La utilización del Baremo de accidentes de circulación no excluye la indemnización por separado de los daños morales que no sean consecuencia del daño corporal evaluado por el Baremo. Sentencia sobre los españoles afectados por el accidente del «Costa Concordia»

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de abril de 2016

El Alto Tribunal confirma la sentencia de segunda instancia y desestima el recurso de casación interpuesto por la Asociación de Afectados Españoles por el Costa Concordia, en el que se debatía la cuantía de las indemnizaciones sobre los daños físicos, psíquicos y morales ocasionados por el accidente.

Lo más relevante de la sentencia es que ésta fija el criterio orientador del Baremo establecido para accidentes de la circulación de vehículos a motor, a la hora de cuantificar las indemnizaciones por el daño corporal ocasionado en este tipo de accidentes. Ello es importante ya que el artículo 162 de la LGDCU, que regula la responsabilidad de los organizadores de viajes combinados, no contiene norma alguna para la determinación de las cantidades correspondientes.

Asimismo, la sentencia establece que la aplicación de este Baremo no excluye la indemnización por separado de los daños morales que no sean consecuencia del daño corporal evaluado. Así, se evita la posibilidad de una doble indemnización por el mismo daño moral. Esta separación de criterios responde, de acuerdo con el Alto Tribunal, a las dificultades añadidas que sufrieron los pasajeros durante el naufragio.

**Medidas cautelares.
El consentimiento
durante largo tiempo
de una determinada
conducta impide su
alteración por medio
de una medida
cautelar solicitada**

Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid de 26 de enero de 2016

En el caso de autos, el Juzgado deniega la adopción de las medidas cautelares solicitadas por la Confederación Española de Transporte en Autobús (Confebús) contra Comuto S.A. y Comuto Iberia S.L. (Blablacar) en el marco de la demanda de competencia desleal interpuesta por la primera contra la segunda.

Tras analizar las características que deben reunir las medidas cautelares —artículos 726 y 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, el Juzgado fundamenta su decisión, principalmente, en los siguientes motivos: (i) la tutela solicitada a través de la medida cautelar es anticipatoria y no meramente conservativa, ya que al solicitar el cese de los servicios se contempla el mismo pedimento que la demanda principal y, por tanto, tomar la decisión sobre la medida cautelar, en cierta manera, adelantaría el resultado del fallo del procedimiento; y (ii) el solicitante de la medida cautelar no ha acreditado suficientemente los hechos que fundamentan la existencia actual del peligro alegado.

En relación con lo anterior, el Juzgado establece que, de acuerdo con el artículo 728.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se pueden utilizar las medidas cautelares para alterar una situación que ha estado largo tiempo consentida por el solicitante, principio que resultaría aplicable a este caso, ya que la plataforma Blablacar funciona en España desde 2009 —desde 2013 sin ser gratuita—, por lo que desde ese momento, y hasta la interposición de la demanda, el solicitante tuvo tiempo suficiente para oponerse a tal situación.

MEDIO AMBIENTE*

1. LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Cambio climático

Decisión (UE) 2016/590 del Consejo, de 11 de abril de 2016, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de París aprobado en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (DOUE L 103/1, de 19 de abril)

En la vigesimoprimer conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, que tuvo lugar en París del 30 de noviembre al 12 de diciembre de 2015, se adoptó el texto de un acuerdo relativo al fortalecimiento de la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, conocido como el Acuerdo de París. En virtud de la Decisión 2016/590, se autoriza al presidente del Consejo (o a la persona o personas facultadas) para firmar el Acuerdo de París en nombre de la Unión Europea. Por su parte, el Consejo de Ministros español autorizó la firma del Acuerdo de París el pasado 8 de abril de 2016.

[España]

Estatal

Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, por el que se transpone la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía (BOE de 13 de febrero de 2016)

El Real Decreto 56/2016 transpone parcialmente la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 relativa a la eficiencia energética. Su finalidad es impulsar la eficiencia energética mediante la regulación de (i) las auditorías energéticas, (ii) la acreditación

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

de auditores y proveedores de servicios energéticos, y (iii) la promoción de la eficiencia en el suministro de energía en los procesos de producción y uso del calor y del frío.

En primer lugar, el Real Decreto establece la obligación de realizar auditorías energéticas a las grandes empresas o grupos de empresas, entendiéndose por tales las empresas de más de 250 trabajadores o de más de cincuenta millones de euros de volumen de negocio y, a la par, un balance general que exceda de 43 millones de euros. Se excluye expresamente la aplicabilidad de esta obligación a pequeñas y medianas empresas.

Las auditorías energéticas deberán realizarse, al menos, cada cuatro años, debiendo ser realizada la primera de ellas en el plazo de nueve meses tras la entrada en vigor del Real Decreto (*i. e.*, antes del 14 de noviembre de 2016), y deberán cubrir, al menos, el 85 % del consumo total de energía del conjunto de las instalaciones de la empresa. Las auditorías energéticas se inscribirán en un Registro Administrativo de Auditorías Energéticas de nueva creación, de carácter público y gratuito, y podrán ser realizadas por técnicos cualificados que pertenezcan a la misma empresa, siempre que no tengan relación directa con las actividades auditadas y pertenezcan a un departamento de control interno.

En segundo lugar, el Real Decreto establece los requisitos para el ejercicio de la actividad profesional de proveedores de servicios energéticos y auditores energéticos con un sistema de acreditación que garantiza su competencia técnica. La habilitación para la prestación de dichos servicios se logra a través de la presentación de una declaración responsable en la que se manifieste que se cumplen los requisitos exigidos por el Real Decreto, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantenerlos durante la vigencia de la actividad. Las declaraciones responsables se incluirán en un Listado de Proveedores de Servicios Energéticos con el fin de poner a disposición del público una lista de proveedores cualificados y facilitar a la Administración competente la realización de inspecciones.

Finalmente, el Real Decreto 56/2016 establece la obligación del Ministerio de Industria, Energía y Turismo de realizar cada cinco años una evaluación completa del potencial de cogeneración de alta eficiencia y de sistemas urbanos de calefacción y refrigeración con la finalidad de facilitar un entorno estable y propicio para inversores. Dicha evaluación será notificada a la Comisión Europea.

Autonómica

Castilla y León. Decreto 7/2016, de 17 de marzo, por el que se regula el procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública en la Comunidad de Castilla y León (BOCyL 54/2016, de 18 de marzo)

En cumplimiento de la Ley 3/2015, de 4 de marzo, de transparencia y participación ciudadana de Castilla y León, se aprueba este Decreto cuyo objeto es regular el procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública en la citada comunidad autónoma, entendiéndose por tal los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de la Comunidad Autónoma o sus organismos autónomos y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.

2. JURISPRUDENCIA

Conformidad a Derecho de la denegación de información a una fundación ecologista por la salvaguarda de la confidencialidad del secreto profesional y comercial del sector pesquero

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6.ª), de 14 de enero de 2016 (Recurso n.º 304/2014)

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestima el recurso contencioso interpuesto por una fundación ecologista contra la resolución del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medioambiente que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Dirección General de Ordenación Pesquera por la que se deniega una solicitud de información de carácter ambiental y público.

En opinión de la actora, la información solicitada era de carácter ambiental de conformidad con la Ley 27/2006, de 18 de julio, y el Reglamento (CE) n.º 1224/2009 del Consejo, de 20 de noviembre, y no se encontraba entre las excepciones legalmente establecidas a la obligación de

facilitar información ambiental. En caso de que no se considerase información de carácter ambiental, la actora solicitaba que se declarase que dicha información era pública conforme al artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Sin embargo, la Sala considera que la denegación fue ajustada a Derecho. Entiende que no cabe proporcionar la información solicitada, especialmente detallada y precisa, en cuanto afecta a la confidencialidad del secreto profesional y comercial del sector pesquero conforme al artículo 13.2 d) de la Ley 27/2006, de 18 de julio, en relación con la regulación comunitaria del control de la política pesquera común. Todo ello incluso considerando una interpretación amplia del alcance legal de la información ambiental.

La aplicación de las mejores técnicas disponibles no es obligatoria dado su carácter instrumental al servicio de la determinación de los valores límite de emisión

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1.ª), de 5 de octubre de 2015 (Recurso n.º 39/2009)

La Sala desestima el recurso interpuesto por una asociación ecologista contra la resolución que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Director General de Medioambiente por la que se otorga autorización ambiental integrada (AAI) a un proyecto de instalación de producción de viscosas. La sentencia declara ajustada a Derecho la resolución impugnada, confirmando la validez de la AAI otorgada.

La impugnación se basó fundamentalmente en la no aplicación en la AAI de la totalidad de las mejores técnicas disponibles (MTD) aplicables a la fabricación de fibras de viscosa. A este respecto, la Sala señala que no es obligatoria la aplicación de las MTD para la obtención de una AAI dado su carácter instrumental, pues las MTD sirven para fijar los valores límite de emisión y no para imponer específicas técnicas o tecnologías.

Por lo tanto, la Sala concluye que la AAI impugnada es conforme a la Directiva 96/61/CE, de 24 de septiembre, y a la Ley 16/2002, de 1 de julio, aunque no incorpore la totalidad de las MTD aplicables y aunque no concrete la utilización de una técnica o tecnología específica.

La indebida realización del trámite ambiental impide, con carácter general, que la actuación administrativa cumpla con la preceptiva consideración de los valores ambientales

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo (Sección 5.ª), de 2 de marzo de 2016 (Recurso n.º 2837/2014)

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Cabildo Insular de la Palma contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 22 de mayo de 2014 que anulaba la autorización ambiental integrada (AAI) otorgada a un complejo ambiental de tratamiento de residuos en La Palma.

El motivo de casación alegado por el Cabildo fue la indebida aplicación de la causa de nulidad del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al haberse aplicado de manera extensiva y sin la debida prudencia.

La Sala declara la conformidad a Derecho de la anulación de la AAI con base en los siguientes motivos:

(i) La AAI había sido otorgada con base en un estudio de impacto ambiental desfasado y obsoleto, al haber sido elaborado nueve años antes de la solicitud de AAI. Además, el estudio de impacto ambiental debía haber sido presentado acompañando a la solicitud de la AAI de manera que formase parte del expediente administrativo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12.3 de la Ley 16/2002, de 1 de julio.

(ii) Dadas las circunstancias concurrentes, la evaluación ambiental se convirtió en un mero trámite sin efecto alguno, impidiéndose la participación ciudadana real y efectiva durante el trámite de información pública.

(iii) La indebida realización del trámite ambiental acaecida en ningún modo puede alcanzar con carácter general la consideración de una mera irregularidad no invalidante del procedimiento administrativo. Antes al contrario, la indebida realización del trámite ambiental impide, con carácter general, alcanzar a la actuación administrativa de que se trate la finalidad propia que dicho trámite preserva: la consideración y ponderación de los valores ambientales confluyentes.

En conclusión, la Sala resuelve confirmar la anulación de la AAI y estima que debe elaborarse un estudio de impacto ambiental actualizado que se ajuste a las exigencias normativas del momento de su realización.

Los proyectos aprobados con base en una declaración de impacto ambiental que no contenga una motivación suficiente son anulables

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5.ª), de 2 de febrero de 2016 (Recurso n.º 3152/2014)

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de junio de 2014, que estimó el recurso interpuesto por varios particulares contra la resolución que aprobaba el anteproyecto y estudio de impacto ambiental de una estación depuradora de aguas residuales (EDAR).

Establecida la obligatoriedad de la evaluación ambiental para el proyecto analizado, el Tribunal confirma la anulación del anteproyecto al entender que la declaración de impacto ambiental (DIA) carece de motivación suficiente, no reúne la razonabilidad exigible y no responde a un ejercicio legítimo de la discrecionalidad técnica. La razón es que la DIA no justifica la elección del método utilizado para contrastar la incidencia medioambiental de cada una de las alternativas sopesadas, circunstancia que no puede quedar inmune al control judicial. En efecto, el estudio de impacto ambiental se limitaba a aplicar una escala de puntuaciones sin explicar el significado de dicha escala ni los criterios considerados en su aplicación.

En consecuencia, el Tribunal confirma la anulación del anteproyecto de obras en aplicación del artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dada la relevancia del trámite de evaluación ambiental en el procedimiento de aprobación del anteproyecto por tratarse de un requisito esencial e indispensable para cumplir con la finalidad legalmente encomendada.

El ayuntamiento, como titular del servicio, puede incurrir en responsabilidad por omisión negligente de sus deberes de vigilancia sobre la entidad urbanística de conservación

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 10.ª), de 27 de enero de 2016 (Recurso n.º 858/2013)

La Sala estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un ayuntamiento contra la resolución de la Confederación Hidrográfica del Tajo, por la que se le impuso una multa por la comisión de una infracción menos grave tipificada en el artículo 116.3.f) del Texto Refundido de la Ley de Aguas. La resolución impugnada declaraba como hechos probados el vertido de aguas residuales urbanas desde una determinada urbanización, vertido que era susceptible de contaminar las aguas subterráneas.

El ayuntamiento aduce su falta de legitimación pasiva al no ser el responsable directo del vertido. Aunque la depuradora de la urbanización citada sea de propiedad municipal —al haberse recepcionado junto a las demás obras de infraestructuras—, la obligación de conservación y mantenimiento de la depuradora correspondía a la Entidad Urbanística de Conservación.

La Sala entiende que, aunque el mantenimiento y la conservación de la red de alcantarillado correspondan a la Entidad Urbanística de Conservación, concurre culpabilidad *in vigilando* del ayuntamiento por la falta del cuidado y atención debidos en su condición de titular de las infraestructuras e instalaciones de evacuación de aguas residuales. Por ello, la Sala concluye que existe una conducta negligente por omisión imputable al ayuntamiento, cuyo fundamento se encontraría en el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En relación con el tipo de infracción y sanción aplicable, la Sala entiende que fue correcta su calificación toda vez que esta se ajustó a la normativa vigente en el momento en que se produjo el vertido. No obstante, debido a la modificación operada por el Real Decreto 670/2013 sobre el Reglamento del Dominio Público Hidráulico y en virtud del principio de Derecho penal de aplicación de la ley más favorable de plena vigencia en el Derecho administrativo sancionador, la Sala concluye que la infracción debe ser calificada como leve en atención a la normativa vigente en el momento de dictarse la sentencia y la sanción.

Se deberá someter de nuevo a evaluación ambiental el plan o proyecto ya aprobado que afecte a una zona posteriormente calificada como lugar de interés comunitario (LIC) bajo determinadas circunstancias

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), de 14 de enero de 2016, en el asunto C-399/14

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) resuelve una cuestión prejudicial en el seno de un litigio entre una asociación ecologista y el Land de Sajonia (Alemania).

En 2003 se aprobó el proyecto de construcción de un puente sobre el río Elba, previo su sometimiento a estudio de impacto ambiental con resultado favorable. No obstante, con carácter previo a la ejecución de la infraestructura, la Comisión Europea incluyó el Valle del Elba en la lista de lugares de interés comunitario (LIC).

El tribunal alemán de instancia pregunta al TJUE bajo qué circunstancias un proyecto que ya ha sido autorizado antes de su catalogación como LIC, pero que todavía no ha sido ejecutado, debe ser objeto de una nueva evaluación ambiental. A este respecto el TJUE afirma que:

(i) El proyecto deberá someterse nuevamente a una evaluación sobre las repercusiones que ocasiona en el LIC si esta medida constituye la única medida apropiada para evitar la probabilidad o el riesgo de deterioro de los hábitats o de alteraciones que repercutan en las especies y que puedan tener un efecto apreciable (artículo 6.2 de la Directiva 92/43/CEE, de 21 de mayo). El TJUE señala que corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar la concurrencia de dicha circunstancia.

(ii) En caso de que resulte necesaria una evaluación a posteriori de las repercusiones del proyecto sobre el LIC, la nueva evaluación deberá sujetarse a lo dispuesto en el artículo 6.3 de la Directiva 92/43/CEE, de 21 de mayo, así como tener en cuenta todas las repercusiones producidas o que pudieran producirse sobre el LIC a raíz de la ejecución parcial o total de ese plan o proyecto.

(iii) La Directiva 92/43 debe interpretarse en el sentido de que, cuando se realiza una nueva evaluación de las repercusiones sobre el lugar de que se trata al objeto de subsanar errores detectados en la evaluación previa efectuada antes de que dicho lugar fuera incluido como LIC, las exigencias de un control ejercido en el marco de tal evaluación no pueden modificarse por el hecho de que la resolución por la que se aprobó el proyecto fuera directamente ejecutiva o por el hecho de que el plan o proyecto haya sido ya ejecutado.

MERCANTIL*

1. LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

— *Orientación 2016/64 del Banco Central Europeo, de 18 de noviembre de 2015, por la que se modifica la Orientación (UE) 2015/510 sobre la aplicación del marco de la política monetaria del Eurosistema (DOUE de 21 de enero de 2016)*

Tiene por objeto modificar las normas sobre el uso propio de los bonos garantizados en cuanto a sus recortes de valoración adicionales y establecer que los instrumentos de renta fija no negociables respaldados por créditos admisibles pueden utilizarse en operaciones transfronterizas conforme al procedimiento aplicable del modelo de corresponsalía entre bancos centrales (MCBC).

* Esta sección ha sido elaborada por Javier Tortuero, Clara Muñoz, Leonor de Osma, Mafalda Almeida, Catarina Maria Granadeiro y Joana Mota, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

— *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 20 de enero de 2016 (DOUE de 3 de marzo de 2016)*

Se emite sobre (i) la Propuesta de Reglamento por el que se establecen normas comunes sobre la titulización y se crea un marco europeo para la titulización simple, transparente y normalizada, y por el que se modifican las Directivas 2009/65/CE, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios, 2009/138/CE sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio y 2011/61/UE relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y los Reglamentos 1060/2009 sobre las Agencias de Calificación Crediticia y 648/2012 relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones y (ii) la Propuesta de Reglamento por el que se modifica el Reglamento 575/2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión.

— *Reglamento Delegado 2016/301 de la Comisión Europea, de 30 de noviembre de 2015 (DOUE de 4 de marzo de 2016).*

Completa la Directiva 2003/71/CE en cuanto a las normas técnicas de regulación para la aprobación y publicación del folleto y la difusión de publicidad y modifica el Reglamento 809/2004 relativo a la aplicación de la Directiva 2003/71/CE en cuanto a la información contenida en los folletos así como el formato, incorporación por referencia, publicación de dichos folletos y difusión de publicidad.

— *Reglamento de Ejecución 2016/322 de la Comisión, de 10 de febrero de 2016 (DOUE de 10 de marzo de 2016).*

Tiene por objeto actualizar las plantillas e instrucciones para la comunicación de información sobre la ratio de cobertura de liquidez a fin de permitir a las autoridades competentes comprobar el cumplimiento, por parte de las entidades, de lo dispuesto en el Reglamento 575/2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión y, concretamente, en relación con dicha ratio. Modifica el Reglamento 680/2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con la comunicación de información con fines de supervisión por las entidades sobre el requisito de cobertura de liquidez.

— *Reglamento Delegado 2016/438 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2015 (DOUE de 24 de marzo de 2016).*

Aclara las tareas y obligaciones previstas en la Directiva 2009/65/CE por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios, en relación a las definiciones del contrato escrito, a las funciones del depositario, sus obligaciones de diligencia debida y separación y protección contra la solvencia. Finalmente incluye previsiones sobre la pérdida de instrumentos financieros, exención de responsabilidad y requisitos de independencia.

— *Reglamento de Ejecución 2016/428 de la Comisión, de 23 de marzo de 2016 (DOUE de 31 de marzo de 2016).*

Tiene por objeto añadir mayor precisión a efectos de la comunicación de información con fines de supervisión sobre la ratio de apalancamiento y sustituir varias plantillas de comunicación de información y sus correspondientes instrucciones. Modifica el Reglamento de Ejecución 680/2014, de 16 de abril de 2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con la comunicación de información con fines de supervisión por parte de las entidades, en lo que respecta a la información sobre la ratio de apalancamiento.

[España]

Mercado de Valores

— *Circular 8/2015, de 22 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se aprueban los modelos de notificación de participaciones significativas, de los conseje-*

ros y directivos y sus vínculos estrechos, de operaciones del emisor sobre acciones propias, y otros modelos (BOE de 27 de enero de 2016)

Aprueba los modelos de notificación de participaciones significativas, de los consejeros y directivos y sus vínculos estrechos, de operaciones del emisor sobre acciones propias, y otros modelos. Deroga la Circular 2/2007, de 19 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se aprueban los modelos de notificación de participaciones significativas, de los consejeros y directivos, de operaciones del emisor sobre acciones propias y otros modelos.

— *Circular 1/2016, de 16 de marzo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que establece los requisitos para eximir a determinadas sociedades emisoras de acciones exclusivamente negociadas en un sistema multilateral de negociación de solicitar su admisión a negociación en un mercado regulado (BOE de 6 de abril de 2016)*

Bancario

— *Circular 1/2016, de 29 de enero, del Banco de España, por la que se modifica la Circular 1/2015, de 24 de marzo, a los proveedores de servicios de pago, sobre información de las tasas de descuento y de intercambio percibidas (BOE de 6 de febrero de 2016)*

Introduce mejoras en la información solicitada sobre las tasas de intercambio y de descuento percibidas por las entidades que actúen como proveedores de servicios de pago a fin de facilitar su análisis y comparabilidad. Modifica el anejo de la Circular 1/2015, de 24 de marzo, a los proveedores de servicios de pago, sobre información de las tasas de descuento y de intercambio percibidas.

— *Circular 2/2016, de 2 de febrero, del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre supervisión y solvencia, que completa la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) n.º 575/2013 (BOE de 9 de febrero de 2016)*

Se completa la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2013/36/UE relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión y al Reglamento 575/2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión. Incorpora nuevas opciones regulatorias de carácter permanente adicionales a aquellas que el Banco de España ejerció mediante la Circular 2/2014, de 31 de enero. Desarrolla el requerimiento combinado de colchones de capital, regulando el colchón de conservación de capital, el colchón de capital anticíclico, el colchón de capital para entidades de importancia sistémica mundial, el colchón de capital para otras entidades de importancia sistémica y, por último, el colchón para otros riesgos sistémicos. Además, se introducen diversas disposiciones relacionadas con la organización interna de las entidades de crédito y los requisitos de autoevaluación de las necesidades de capital y proceso de revisión supervisora. Los capítulos finales se dedican específicamente al tratamiento de riesgos derivados de concentración, titulización, mercado, tipo de interés y liquidez, y a la supervisión de los conglomerados financieros y obligaciones de información al mercado y al Banco de España.

— *Circular 3/2016 del Banco de España, de 21 de marzo de 2016, que establece las obligaciones de información relativas a las comisiones que las entidades titulares de cajeros automáticos perciban de las emisoras de tarjetas u otros instrumentos de pago en las operaciones de retirada de efectivo efectuadas por los clientes de estas últimas en los cajeros de aquellas situados en territorio nacional (BOE de 29 de marzo de 2016)*

Seguros

— *Circular 1/2016, de 31 de marzo, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, de reconocimiento y valoración, de contingencias, impuestos diferidos y determinadas inversiones en entidades de crédito y aseguradoras a efectos del régimen especial de solvencia (BOE de 8 de abril de 2016)*

Desarrolla el registro y valoración, a efectos de solvencia, de contingencias, impuestos diferidos y determinadas inversiones en entidades de crédito y aseguradoras por las entidades incluidas en el régimen especial de solvencia contemplado en el título III, capítulo VIII, de la Ley 20/2015

de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, y en el título III, capítulo VII, del Real Decreto 1060/2015 de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

Societario

— *Instrucción de 9 de febrero de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre cuestiones vinculadas con el nombramiento de auditores, su inscripción en el Registro Mercantil y otras materias relacionadas (BOE de 15 de febrero de 2016)*

Establece pautas de actuación para los registradores mercantiles ante distintas situaciones relativas a la auditoría de las cuentas de las sociedades, tales como cuestiones vinculadas con el nombramiento de auditores, su inscripción en el Registro Mercantil y otras materias relacionadas, provocadas por las sucesivas reformas o introducidas por la nueva legislación de auditoría.

Otras materias

— *Real Decreto 72/2016, de 19 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1226/2006, de 27 de octubre, por el que se regulan las actividades y el funcionamiento del Fondo para Inversiones en el Exterior y el Fondo para Operaciones de Inversión en el Exterior de la Pequeña y Mediana Empresa (BOE de 10 de marzo de 2016)*

Para adaptarlo a las novedades que introduce la Ley 18/2014 de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia en la ley de creación de FONPYME.

País Vasco

— *Decreto 21/2016 del Departamento de Hacienda y Finanzas del Gobierno Vasco, de 16 de febrero de 2016 (BOPV de 24 de febrero de 2016)*

Tiene por objeto constituir una línea de financiación, destinada a pequeñas y medianas empresas, personas empresarias individuales y profesionales autónomas, regulando las condiciones y el procedimiento de acceso a ella. Esa línea tendrá como finalidad permitir el acceso a la financiación bancaria para atender las necesidades de liquidez y financiación de capital circulante del colectivo de agentes económicos citado. Para ello, la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, por medio de las Sociedades de Garantía Recíproca y las Entidades Financieras colaboradoras con las que se acuerden los correspondientes Convenios de Colaboración, constituirán la línea de financiación a favor de pequeñas y medianas empresas, personas empresarias individuales y profesionales autónomas.

[Portugal]

Aprovação do Regime jurídico da Supervisão de Auditoria

Lei n.º 148/2015, de 9 de Setembro (Diário da República, 1.ª série — N.º 176 — 9 de setembro de 2015)

A Lei n.º 148/2015, de 9 de Setembro, transpõe parcialmente a Diretiva 2014/56/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, que altera a Diretiva n.º 2006/43/CE relativa à revisão legal das contas anuais e consolidadas, assim como concretiza a execução parcial do Regulamento (UE) n.º 537/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, relativo aos requisitos específicos para a revisão legal das contas das entidades de interesse público.

Este diploma é inovador na medida em que altera o atual regime de supervisão dos revisores oficiais de contas e prevê a assunção pela CMVM de funções de supervisão sobre a atividade de auditoria, extinguindo-se o Conselho Nacional de Supervisão de Auditoria.

Nessa medida, são atribuídas algumas competências reservadas à CMVM, nomeadamente no que respeita às entidades de interesse público. O conceito de entidades de interesse público é abrangente e exaustivo incluindo, entre outras, as instituições de crédito e os emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação num mercado regulamentado.

A atividade dos ROCs e SROCs passa a estar sujeita a deveres acrescidos nomeadamente, os ROCs e SROCs que pretenderem desenvolver funções de interesse público (que inclui a auditoria de contas) passam a estar sujeitos a registo junto da CMVM, além do registo junto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas (artigo 6.º).

Do mesmo modo, os ROCs e SROCs estão igualmente sujeitos aos demais deveres previstos no novo regime, entre os quais se destaca o dever de preparar e divulgar um relatório anual de transparência (artigo 23.º) e um relatório adicional, bem como o dever de comunicação ao órgão de fiscalização (artigo 24.º).

Na senda dos novos poderes de supervisão que lhe são atribuídos, a CMVM é dotada dos meios necessários para prosseguir as suas novas funções. Entre os poderes que lhe são atribuídos refere-se a possibilidade de solicitar a prestação de quaisquer informações à Ordem dos Revisores Oficiais de Contas, que fica obrigada a prestá-las, a possibilidade de lhe dar ordens concretas e a necessária receção de informação por parte dos ROC e SROC registados junto da mesma. A CMVM detém entre o seu manancial de competências a instrução dos processos de contra-ordenação previstos nos artigos 45.º a 50.º

Um outro ponto em que a lei é inovadora é na atribuição de deveres adicionais aos órgãos de fiscalização das entidades de interesse público (artigo 3.º).

Nos termos do artigo 3.º, caso se adote o modelo de fiscalização previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 278.º do Código das Sociedades Comerciais (o modelo latino), o órgão de fiscalização será necessariamente composto por um conselho fiscal e um ROC que não seja membro daquele órgão. Também são previstos novos valores para efeitos de fixação da necessidade de se adotar o modelo de fiscalização composto por um conselho fiscal e um ROC ou SROC que não seja membro daquele órgão.

Um outro ponto que merece nota diz respeito ao facto de se exigir, nos termos do artigo 3.º n.º 2, alínea c) do novo diploma, que o órgão de fiscalização das entidades de interesse público integre na sua maioria membros independentes. Relativamente ao conceito de independência remete-se para o conceito patente no artigo 414.º n.º 5 do Código das Sociedades Comerciais.

Concretização do Regime dos Serviços Mínimos Bancários

Aviso do Banco de Portugal n.º 2/2015 (Diário da República, 2.ª série — N.º 189 — 28 de setembro de 2015)

O Decreto-lei n.º 27-C/2000 aprovou o regime dos serviços bancários mínimos, reconhecendo o carácter essencial de alguns serviços bancários no acesso a bens e serviços.

O Banco de Portugal é responsável pela supervisão do sistema de acesso ao regime dos serviços mínimos bancários, tendo ainda sido incumbido de regulamentar os deveres de informação a prestar pelas instituições de crédito relativamente à disponibilização de serviços mínimos bancários, às condições de contratação e manutenção das contas de depósito à ordem constituídas ao abrigo desse sistema e, por último, à possibilidade de conversão de conta de depósito à ordem já existente em conta de serviços mínimos bancários e aos pressupostos dessa conversão.

Nessa senda, o presente aviso estabelece os deveres a observar pelas instituições de crédito relativamente à divulgação das condições legalmente estabelecidas para que as pessoas singulares possam aceder e beneficiar do acesso aos serviços mínimos bancários.

Este aviso estabelece essencialmente deveres de informação e esclarecimento por parte das instituições de crédito relativamente aos serviços mínimos bancários (artigo 2.º) e a possibilidade de conversão da conta depósito à ordem em conta de serviços mínimos bancários (artigo 3.º). São explicitadas igualmente as plataformas e modo por que se devem efetivar estas informações.

Concretização de alterações ao Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras no âmbito dos Planos de Recuperação

Aviso do Banco de Portugal n.º 3/2015 (Diário da República, 2.ª série — N.º 220 — 10 de novembro de 2015)

Em 2012 impôs-se a obrigação das instituições de crédito autorizadas a receber depósitos apresentarem ao Banco de Portugal um plano de recuperação que tem como objetivo identificar as medidas suscetíveis de serem adotadas para corrigir tempestivamente uma situação em que uma instituição de crédito se encontre em desequilíbrio financeiro ou em risco de o ficar.

Nessa senda, em 2012, o artigo 116.º-D do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras foi introduzido pelo Decreto-Lei 31-A/2012 que, em coordenação com o Aviso

do Banco de Portugal n.º 12/2012, constituiu o quadro jurídico nacional durante os primeiros anos de implementação dos planos de recuperação.

O presente aviso vem definir os procedimentos relativos à apresentação, manutenção e revisão dos planos de recuperação, bem como as demais regras complementares necessárias à execução do artigo 116.º-D do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

Acordo para a sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde

Os Ministérios das Finanças e da Saúde e a Associação Portuguesa da Indústria Farmacêutica («APIFARMA») assinaram, no dia 15 de março, um acordo que visa contribuir para a sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde («SNS») para o biénio de 2016-2018 (o «Acordo»). Este Acordo vem renovar o compromisso assumido em anos anteriores pelo Estado Português e pelas empresas da indústria farmacêutica de controlar a despesa pública com medicamentos, garantindo assim a sustentabilidade orçamental e financeira do SNS e permitindo, ao mesmo tempo, o acesso dos doentes a novas terapêuticas. Estes objetivos inserem-se na estratégia global de ajustamento da despesa pública em medicamentos e da liquidação dos pagamentos em atraso no setor da saúde prevista no Programa de Assistência Económica e Financeira que Portugal negociou com o Banco Central Europeu, o Fundo Monetário Internacional e a Comissão Europeia para a concessão de um empréstimo, no valor total de 78 mil milhões de euros, e que implicou a assinatura, em Maio de 2011, de um memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica.

O Acordo fixa para 2016 um limite máximo de despesa pública líquida com medicamentos no SNS no valor de 2.000 milhões de euros, colaborando as empresas da indústria farmacêutica com uma contribuição financeira no valor de 200 milhões de euros. Em contrapartida, o Ministério da Saúde compromete-se a promover as condições necessárias para permitir o acesso dos utentes portugueses a medicamentos inovadores e a liquidar progressivamente as dívidas hospitalares vencidas às empresas da indústria farmacêutica.

Em resultado deste compromisso, as empresas da indústria farmacêutica têm para este ano, à semelhança do que já aconteceu em 2015, duas alternativas para contribuir para a sustentabilidade do SNS: a adesão ao Acordo ou o pagamento da contribuição extraordinária sobre a indústria farmacêutica prevista na Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para o ano de 2015, e que se mantém em vigor para o ano de 2016 nos termos da Lei 159-C/2015 de 30 de dezembro.

2. JURISPRUDENCIA

Reactivación de una S.L.

Resolución de 7 de enero de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 4 de febrero de 2016)

Se discute si puede ser objeto de inscripción el acuerdo de reactivación de una Sociedad de Responsabilidad Limitada disuelta cuando se da la circunstancia de que una socia ha ejercitado su derecho de separación y no resulta de la documentación presentada la ejecución de las consecuencias de tal ejercicio.

Según el recurrente, de conformidad con el artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital (que establece el derecho de separación del socio que no haya votado a favor de la reactivación, pero no se remite expresamente al régimen general del derecho de separación establecido en la Ley de Sociedades de Capital) y con el artículo 242 del Reglamento del Registro Mercantil (que únicamente exige la constancia de la comunicación del acuerdo de reactivación a los socios disidentes), la reactivación de la sociedad y la separación de un socio son actos distintos que han de ser objeto de inscripción de forma independiente.

Sin embargo, la DGRN entiende que, puesto que el artículo 346.1.c de la Ley de Sociedades de Capital (incluido en el Título IX, relativo a la separación y exclusión de socios) se refiere expresamente al acuerdo de reactivación como uno de los supuestos que desencadena el derecho de separación, en caso de que un socio ejerza su derecho de separación como consecuencia de la

reactivación de la sociedad ha de aplicarse el régimen general contenido en el Título IX de la Ley de Sociedades de Capital. La misma conclusión se deriva del artículo 206 (que, a su vez, se remite al artículo 208) del Reglamento del Registro Mercantil.

De acuerdo con lo anterior, para poder inscribir el acuerdo de reactivación del que deriva el derecho de separación que efectivamente se ha ejercitado, es preciso que conste, o bien la reducción del capital en los términos previstos en el artículo 358 de la Ley de Sociedades de Capital, o bien la adquisición de participaciones o acciones del socio disidente en los términos del subsiguiente artículo 359 de la misma ley. Además, en ambos casos ha de hacerse constar el pago o la consignación a que se refiere el artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital a favor del socio separado.

La DGRN acuerda desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

Sociedades de servicios profesionales

Resolución de 11 de enero de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 4 de febrero de 2016)

Se debate en este expediente si determinada sociedad de responsabilidad limitada tiene el carácter de sociedad profesional por su objeto y si, como consecuencia de su falta de adaptación a la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, ha de tener su folio registral cerrado.

La DGRN entiende que el objeto social de la sociedad («(...) trabajos profesionales relacionados con el ordenamiento del territorio, el urbanismo, arquitectura, diseño...») entra en el ámbito de aplicación de la Ley 2/2007, al hacer referencia a actividades que constituyen el objeto de una profesión titulada. De acuerdo con lo anterior, cuando se quiera constituir una sociedad distinta y evitar la aplicación del régimen imperativo establecido en la Ley 2/2007, se debe declarar así expresamente en el objeto social (por ejemplo, mediante la declaración expresa de que se trata de una sociedad de medios, de comunicación de ganancias o de intermediación).

En consecuencia, la DGRN considera que la decisión del registrador de inscribir la disolución de la sociedad de pleno derecho (de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la Ley 2/2007) es correcta y que, por lo tanto, no procede la inscripción de unos acuerdos que pretenden la modificación del contenido registral en lo que se refiere al órgano y sistema de administración de la sociedad. Para proceder a tal inscripción, será necesario reactivar la sociedad con carácter previo, adecuado el contenido del registro a las exigencias legales.

A este respecto, a pesar de la dicción literal del artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital (que prohíbe la reactivación de la sociedad en los supuestos de disolución de pleno derecho), la DGRN entiende que no existe impedimento para que una sociedad disuelta de pleno de derecho se reactive, siempre que dicha reactivación vaya precedida de un nuevo consentimiento contractual de todos los socios que en ese momento tengan tal condición.

La DGRN acuerda desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

Depósito de cuentas anuales. Nombramiento de auditor

Resolución de 18 de enero de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 11 de febrero de 2016)

Presentadas para su depósito las cuentas anuales de una sociedad correspondientes al ejercicio 2014, el registrador mercantil rechaza su práctica al haber sido solicitada designación de auditor a instancia de la minoría de conformidad con la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y no acompañarse el preceptivo informe de auditoría. El recurrente afirma que la procedencia del nombramiento de auditor no es firme por haber sido objeto de recurso ante la DGRN, por lo que el depósito de cuentas debe ser practicado.

La DGRN entiende que la indeterminación en relación con la procedencia del nombramiento de auditor afecta al contenido del registro, por lo que la decisión sobre si procede o no el depósito de cuentas deberá demorarse hasta que quede resuelta dicha indeterminación. Puesto que esta ya ha sido resuelta desfavorablemente al tiempo de emitirse la resolución objeto de este resumen, la DGRN acuerda desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

**Constitución de S.L.
Objeto social**

Resolución de 21 de enero de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 11 de febrero de 2016)

Se rechaza la inscripción de parte de una cláusula estatutaria relativa al objeto social que incluye, entre otras actividades, la «*tenencia, administración, adquisición y enajenación de valores mobiliarios y participaciones sociales de empresas, bajo la normativa de la Ley del Mercado de Valores*». Considera el registrador que dicha cláusula, en lugar de excluir la normativa de la Ley del Mercado de Valores (que exige unos requisitos que no cumple la sociedad), establece precisamente lo contrario, es decir, que la actividad de la sociedad queda sujeta a las normas de la Ley del Mercado de Valores.

Según la DGRN, el mero hecho de que la sociedad tenga prevista como una de sus actividades la compra y venta de valores, sin más especificación, no la convierte en sujeto activo del mercado de valores ni en sujeto obligado al cumplimiento de los rigurosos requisitos que exige la legislación especial. Sin embargo, en el presente caso no solo no se excluyen del objeto social aquellas actividades relativas a los valores —o a determinadas operaciones sobre ellos— que no se ajusten a los requisitos establecidos en la legislación especial del mercado de valores, sino que dichas actividades se incluyen expresamente en el objeto social. En consecuencia, y en aplicación del artículo 144 de la Ley del Mercado de Valores, el referido objeto social no puede ser objeto de inscripción.

De acuerdo con lo anterior, si la intención de los fundadores era excluir tales actividades del objeto social, es evidente que la redacción de la disposición estatutaria debatida no se ajusta a las exigencias mínimas de claridad y precisión que deben cumplir los estatutos para su incorporación al instrumento público y para su inscripción registral.

**Convocatoria de la
junta**

Resolución de 27 de enero de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 11 de febrero de 2016)

Se debate sobre la inscripción de un acta notarial de junta general convocada judicialmente y publicada en anuncios en el *BORME* y en el periódico *El País*. Los estatutos sociales inscritos señalan como medio de convocatoria de la junta «*carta certificada a cada uno de los socios en el domicilio señalado al efecto en el Libro de Socios*».

El recurrente alega que el auto judicial que declara la procedencia de la convocatoria de la junta fue entregado a la socia y administradora que no acudió a la junta, para que esta procediera a señalar el día y la hora de celebración de la junta. Ante la inactividad de dicha socia, el juez encomendó dicha tarea al socio instante de la convocatoria. Según el recurrente, de lo anterior se deriva que la referida socia fue debidamente notificada.

La DGRN desestima el recurso por entender que, existiendo previsión estatutaria sobre la forma de llevar a cabo la convocatoria de junta, dicha forma habrá de ser estrictamente observada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema (incluido el régimen legal supletorio), independientemente de que goce de mayor o menor publicidad. La singularidad de la convocatoria judicial no alcanza a la forma en que esta ha de ser trasladada a los socios, por lo que en estos supuestos también será de aplicación la forma de convocatoria establecida en los estatutos.

**Traslado de domicilio
social**

Resolución de 3 de febrero de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 23 de febrero de 2016)

Se debate si debe acceder al Registro el acuerdo de traslado del domicilio de una sociedad anónima de Valladolid a Madrid, adoptado por el liquidador de la sociedad. El artículo 4 de los estatutos sociales, que fue redactado durante la vigencia del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, habilita al órgano de administración para trasladar el domicilio dentro de la misma población.

El registrador entiende que no es aplicable la norma del artículo 285.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que atribuye al órgano de administración (en este caso al liquidador, por remisión del artículo 375.2 de la misma ley) competencia para cambiar el domicilio social dentro del

territorio nacional, porque, a su juicio, existe disposición contraria en el artículo 4 de los estatutos sociales, que habilita al órgano de administración para trasladar el domicilio dentro de la misma «población», concepto más restringido que el de «término municipal» que empleaba el artículo 149.1 de la derogada Ley de Sociedades Anónimas.

Según la DGRN, por el hecho de que los estatutos se refieran al término «población» en vez de a «término municipal» no puede entenderse que la voluntad de los socios sea excluir la aplicación del régimen legal supletorio respecto del órgano competente para cambiar el domicilio social dentro del territorio nacional. En el ordenamiento jurídico no existe gramaticalmente un concepto unitario ni unívoco de «población», palabra que se puede utilizar tanto en sentido más restringido que el de «término municipal» como en sentido equivalente a él.

Asimismo, la DGRN recuerda que las disposiciones estatutarias en las que los socios se remiten al régimen legal entonces vigente (sea mediante una remisión expresa o genérica a la ley, o mediante una reproducción de la regulación legal supletoria) han de interpretarse como indicativas de la voluntad de los socios de sujetarse al sistema supletorio establecido por el legislador en cada momento.

En atención a lo anterior, la DGRN acuerda estimar el recurso.

Acuerdos sociales. Nombramiento de administradores

Resolución de 8 de febrero de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 10 de marzo de 2016)

Se deniega la inscripción del nombramiento de dos administradores solidarios debido a la ausencia de notificación fehaciente al anterior administrador único con motivo de la expedición de la correspondiente certificación del acuerdo (a los efectos del artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil). La recurrente alega que la notificación exigida por el registrador no es necesaria porque el cargo del anterior administrador estaba vencido y caducado.

La DGRN desestima el recurso al entender que, aun habiendo transcurrido el plazo de duración del cargo previsto en los artículos 221 y 222 de la Ley de Sociedades de Capital, el administrador inscrito debe ser notificado a los efectos del artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil. Asimismo, la DGRN alude a la llamada doctrina del administrador de hecho, en el sentido de que el deber de gestión ordinaria de la sociedad continúa siendo exigible al administrador con cargo caducado. De acuerdo con lo anterior, la notificación a dicho administrador a los efectos del artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil ha de configurarse como un elemento necesario para dar seguridad en el proceso de inscripción del nombramiento de administradores.

Cancelación de anotación preventiva de embargo

Resolución de 9 de febrero de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 10 de marzo de 2016)

Se plantea si es posible cancelar determinadas anotaciones preventivas de embargo practicadas con anterioridad a la declaración de concurso de la sociedad titular de los bienes objeto de embargo. La cancelación se ordena en virtud de mandamiento de cancelación de cargas expedido por el juez del concurso, una vez aprobado el plan de liquidación y habiéndose procedido a la venta de los bienes susceptibles de embargo. En la actuación judicial que origina el mandamiento de cancelación de cargas no consta que los acreedores titulares de las anotaciones en cuestión hayan sido parte directa ni que se les haya dado audiencia o se les haya notificado de la resolución judicial.

La DGRN acuerda desestimar el recurso al entender que la notificación a los titulares de los embargos que se pretenden cancelar es uno de los trámites de obligada calificación por parte del registrador, según el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Aunque el artículo 149.5 de la Ley Concursal (relativo a las reglas de liquidación) autoriza al juez para acordar la cancelación de cargas anteriores al concurso, ello no exime del cumplimiento de otros principios de la normativa aplicable, como el de tracto sucesivo e interdicción de la indefensión. Por lo tanto, para proceder a la cancelación ha de justificarse la intervención del correspondiente titular registral.

Depósito de cuentas de una S.L. Informe de auditor

Resolución de 10 de febrero de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 10 de marzo de 2016)

Se discute si procede o no el depósito de las cuentas anuales de una sociedad, en relación con las cuales el informe de auditoría incluye la siguiente declaración: «no hemos podido obtener evidencia de auditoría que proporcione una base suficiente y adecuada para expresar una opinión de auditoría».

Según explica la DGRN, un informe de auditoría puede contener cuatro tipos de opiniones técnicas: favorable, con salvedades, desfavorable y denegada. En el supuesto de opinión denegada, existen dos posibilidades: (i) que el informe contenga una información clara sobre el patrimonio de la sociedad de tal forma que el interés del socio y de cualquier tercero de revisar las cuentas no quede frustrado o (ii) que del informe no pueda deducirse racionalmente ninguna información clara, al limitarse a expresar la imposibilidad de emitir opinión sobre los extremos auditados (lo que equivaldría a la ausencia total de informe de auditor). Es en el segundo supuesto (y no en el primero) en el que el depósito de cuentas debe ser objeto de rechazo.

En el presente caso, el auditor afirma tajantemente que la sociedad no le ha proporcionado la suficiente información para llevar a cabo su tarea de verificación, lo que le impide emitir una opinión al respecto (o lo que es lo mismo, que su denegación equivale a la ausencia de verificación contable). Por lo tanto, la DGRN desestima el recurso y confirma la calificación del registrador.

Traslado de domicilio de una S.L.

Resolución de 19 de febrero de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 11 de marzo de 2016)

Se suspende la inscripción de una escritura de traslado del domicilio social otorgada por un administrador solidario de una sociedad de responsabilidad limitada porque, según expresa en su calificación el registrador, el domicilio del compareciente (que coincide con el domicilio de la sociedad) no es el que consta inscrito en el Registro.

Según la DGRN, la indicación del domicilio del administrador tiene ciertas consecuencias legales, como las que se resultan del artículo 235 de la Ley de Sociedades de Capital («cuando la administración no se hubiera organizado en forma colegiada, las comunicaciones o notificaciones a la sociedad podrán dirigirse a cualquiera de los administradores»); y del artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil (en relación con las notificaciones del nombramiento de un nuevo titular de un cargo con facultad certificante). No obstante, tal circunstancia no puede impedir una inscripción como la solicitada en el presente caso, relativa al traslado del domicilio social, en la cual no han de hacerse constar ninguna de las circunstancias a las que se refiere el artículo 38 del Reglamento del Registro Mercantil en relación con la inscripción de la identidad de una persona física.

La DGRN acuerda estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación impugnada.

Transmisión de bienes en pago de cuota de liquidación de sociedad mercantil

Resolución de 3 de marzo de 2016 de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 6 de abril de 2016)

Se presenta en el Registro de la Propiedad una escritura que se titula «transmisión de bienes en pago de cuota de liquidación de sociedad mercantil». El liquidador de una sociedad anónima transmite a uno de los socios el pleno dominio de una serie de bienes (entre los que se encuentra la finca objeto del presente expediente), en pago de la cuota de liquidación de la sociedad. Se pacta que la causa de la transmisión del bien inmueble es el pago parcial de la cuota de liquidación por cuantía de 570.000 euros y que, si no llega a aprobarse el balance final de liquidación de la sociedad, el título de adjudicación en pago de cuota de liquidación se modificará y convertirá en compraventa (con la consecuente obligación de la adquirente de pagar a la sociedad la cantidad correspondiente).

El registrador rechaza la inscripción porque, a su juicio, se está llevando a cabo la liquidación de la sociedad sin que conste el consentimiento del otro socio ni la aprobación del balance final de liquidación, y sin que la escritura de liquidación de la sociedad haya sido previamente inscrita en el Registro Mercantil. Los recurrentes afirman que la escritura presentada no contiene la

formalización de la adjudicación del haber social, sino un acto de transmisión en trámite de liquidación. Dicha transmisión se realiza en compensación del futuro crédito de liquidación o, en caso de que el balance final no llegue a aprobarse, en concepto de compraventa.

Según el criterio de la DGRN, el liquidador de la sociedad tiene facultades suficientes para disponer sobre los bienes sociales y nada impide que estos sean transmitidos a uno de los socios (sin perjuicio de una posible responsabilidad del liquidador derivada de una liquidación parcial anticipada y encubierta, en perjuicio de los demás socios). Sin embargo, en este caso no hay duda de que estamos ante una atribución patrimonial en pago de cuota de liquidación que se realiza con anterioridad a la aprobación del balance de liquidación. Dicha aprobación constituye una *conditio iuris* del nacimiento de la causa que justifica el referido desplazamiento patrimonial, por lo que este no puede condicionarse a la posterior aprobación del balance de liquidación.

En atención a lo anterior, la DGRN acuerda estimar el recurso.

Concepto de grupo a efectos concursales

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2016

En virtud del recurso de casación presentado ante el Tribunal Supremo, Banca Cívica, S.A. (que posteriormente fue absorbida por Caixabank, S.A.) sostiene que sus créditos frente a la concursada Promoción Inmobiliaria Edificarte, S.A. fueron incorrectamente calificados como subordinados por la administración concursal. El principal argumento esgrimido es que Banca Cívica, S.A. no formaba parte del mismo grupo de sociedades que la concursada en el momento en que dichos créditos nacieron, por lo que no resulta de aplicación el artículo 93.2 de la Ley Concursal.

Mientras que el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla, así como la Audiencia Provincial de Sevilla (que conocen del asunto en primera y segunda instancia, respectivamente), entienden que la condición de sociedad del grupo debe tenerse en consideración al tiempo de la declaración de concurso, el Tribunal Supremo da la razón a la recurrente en cuanto a la aplicación del artículo 93.2 de la Ley Concursal. Dado que este artículo no establece el momento en que ha de tenerse en cuenta la condición de sociedad del grupo, por razones de seguridad jurídica dicho momento deberá ser el del nacimiento del correspondiente crédito.

Sin embargo, el Tribunal Supremo desestima el recurso porque la premisa de la que partieron los tribunales de instancia es que los créditos nacieron con anterioridad al momento en que Banca Cívica, S.A. (anteriormente Cajasol) pasó a formar parte del mismo grupo que la concursada (premisa que la recurrente modifica con motivo del recurso de casación).

Asimismo, el Tribunal Supremo aprovecha la ocasión para desarrollar el concepto de grupo a efectos concursales. Así, de conformidad con la disposición adicional 6.ª de la Ley Concursal (que a su vez se remite al artículo 42.1 del Código de Comercio), la noción de grupo se extiende más allá de los casos en que existe un control orgánico, en virtud del cual una sociedad (dominante) participe mayoritariamente en el accionariado o en el órgano de administración de las otras sociedades filiales. El ponente señala que el concepto de grupo se extiende también a los casos de control indirecto, por ejemplo, mediante la adquisición de derechos o la concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control sobre la política financiera y comercial, así como sobre el proceso decisorio del grupo.

Elevación a público de acuerdos sociales

Resolución de 14 de marzo de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 6 de abril de 2016)

Se debate si pueden inscribirse los acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad anónima que ha sido convocada por acuerdo del consejo de administración. Concurren las siguientes circunstancias: (i) del contenido de los estatutos sociales resulta que el número de consejeros puede oscilar entre un mínimo de tres y un máximo de diez; (ii) del contenido del Registro resulta que el entonces socio único nombró a tres personas físicas como consejeros, de los cuales, uno renunció posteriormente a su cargo; y (iii) la convocatoria de la junta para renovar el consejo, así como para la adopción de otros acuerdos, se lleva a cabo por los dos consejeros restantes actuando por unanimidad.

El registrador deniega la inscripción de los acuerdos argumentando que, al existir una vacante en el consejo, la junta puede ser convocada por los administradores que permanezcan en la sociedad con el único objeto de cubrir dicha vacante, en aplicación del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital.

No obstante, la DGRN entiende que la existencia de una vacante no impide la válida constitución del consejo de conformidad con el artículo 247.2 de la Ley de Sociedades de Capital (esto es, mediante la concurrencia de la mayoría de sus miembros). Sin perjuicio de la posibilidad de cubrir dicha vacante por los medios legalmente previstos (cooptación, junta universal, etc.), no hay razón para impedir el nombramiento del nuevo administrador mediante acuerdo de junta válidamente convocada.

En atención a lo anterior, la DGRN acuerda estimar el recurso.

**Depósito de cuentas de una S.L.
Designación voluntaria de auditor**

Resolución de 15 de marzo de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 6 de abril de 2016)

Se discute si pueden depositarse en el Registro las cuentas anuales de una sociedad anónima que no está obligada a verificación contable, cuando dichas cuentas no vienen acompañadas de informe de auditor y la designación de auditor voluntario por parte de la sociedad consta inscrita en el Registro Mercantil.

La DGRN afirma que se ha construido una completa doctrina en el ámbito de los recursos contra las resoluciones de los registradores mercantiles sobre nombramiento de auditores a instancia de la minoría. Del contenido de dicha doctrina resulta que, inscrito el nombramiento de auditor voluntario, el depósito de las cuentas solo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación.

Esta doctrina ha sido refrendada por el artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital, que establece que «los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil». Aunque esta redacción no estaba vigente en el momento de presentación de las cuentas cuyo depósito es objeto de debate, la misma conclusión se desprende de la doctrina reiterada de la DGRN.

En consecuencia, la DGRN acuerda desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

**Elevación a público de acuerdos sociales.
Principio de prioridad registral**

Resolución de 16 de marzo de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 6 de abril de 2016)

El 16 de septiembre de 2015 se presenta en el Registro Mercantil una escritura de elevación a público de los acuerdos adoptados el día 5 de septiembre de 2015 por la junta general de accionistas de una sociedad relativos al cese de administrador único, disolución de la sociedad y nombramiento de liquidador.

El registrador suspende la calificación de dicha escritura hasta que no se despache o se cancele por caducidad un asiento de presentación previo, referente al acta notarial de la junta general celebrada el 8 de septiembre de 2015 convocada judicialmente en la que consta el nombramiento de nuevo administrador. Dicha acta fue objeto de calificación negativa por el registrador debido, entre otros motivos, a la falta de acreditación de la titularidad de las acciones.

La DGRN ha acordado desestimar el recurso al considerar fundada la decisión del registrador de suspender la calificación del segundo de los documentos presentados en tanto en cuanto el primero se encuentre pendiente de despacho o con asiento vigente (al resultar contradictorios los acuerdos adoptados en uno y otro documento). Aunque el recurrente alega la nulidad de los acuerdos presentados en primer lugar (lo que, a su juicio, constituiría una excepción al principio de prioridad registral), la DGRN entiende que, mientras dicho asiento continúe vigente, no es posible determinar si dicha nulidad está acreditada.

PROCESAL CIVIL*

JURISPRUDENCIA

[España]

El Tribunal Constitucional anula parcialmente la reforma del Código de Consumo de Cataluña

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 2016

El Pleno del Tribunal Constitucional estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de España contra el Decreto-ley de Cataluña 6/2013, de 23 de diciembre, que modificó la Ley 22/2010, de 20 de julio, y declara inconstitucionales y nulos varios de los preceptos introducidos en el Código de Consumo de Cataluña mediante la reforma llevada a cabo en 2013.

En esta resolución, el Tribunal Constitucional concluye que las previsiones contenidas en la reforma del Código de Consumo de Cataluña que impedían a las empresas comercializadoras interrumpir, por impago de las facturas, el suministro de la electricidad y el gas a personas en situación de vulnerabilidad económica son inconstitucionales en tanto que invaden la competencia estatal básica en materia de régimen energético y contravienen la legislación estatal, que ha optado por otro modelo de protección, consistente en la financiación de parte del precio del suministro.

Debe destacarse que esta sentencia contiene dos votos particulares: uno formulado conjuntamente por los magistrados D.^a Adela Asua Batarrita y D. Fernando Valdés Dal-Ré y otro formulado por D. Juan Antonio Xiol Ríos. En ambos votos particulares, los magistrados discrepantes manifiestan su disidencia respecto del fallo de la sentencia y afirman que el Tribunal Constitucional debió desestimar en su integridad el recurso de inconstitucional interpuesto contra la reforma del Código de Consumo de Cataluña.

El Tribunal Constitucional establece que las decisiones procesales dictadas por los letrados de la Administración de Justicia deben poder ser revisadas por un juez o tribunal

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 2016

Mediante esta sentencia, el Pleno del Tribunal Constitucional estima la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional y, en consecuencia, declara la inconstitucionalidad y nulidad del primer párrafo del apartado 2.º del artículo 102 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que disponía que «*contra el decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva*».

El Tribunal Constitucional considera que el referido inciso incurre en insalvable inconstitucionalidad al crear un espacio de inmunidad jurisdiccional para ciertas resoluciones procesales dictadas por los letrados de la Administración de Justicia incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la reserva de jurisdicción a los jueces y tribunales integrantes del poder judicial. Por ello, además de declarar la inconstitucionalidad y nulidad del primer párrafo del apartado 2.º del artículo 102 bis de la Ley 29/1998, se destaca en la sentencia que, en tanto el legislador no se pronuncie al respecto, el recurso judicial procedente frente al decreto del letrado de la Administración de Justicia resolutivo de la reposición ha de ser el directo de revisión al que se refiere el propio artículo 102 bis de la Ley 29/1998.

* 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, Jaime Aguilera Sagarna, Jorge Azagra Malo, Efrén Pérez Borges, Lucía Nieto Gutiérrez, Alba Solano Avelino, Álvaro Rifá Brun, Xuan Wu Zhuo, Juan Carlos Martínez, Adrian Jareño Torrente y Ángela Olalla, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

El Tribunal Supremo fija doctrina jurisprudencial acerca de la responsabilidad de las entidades de crédito en las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2015

En esta resolución, el Tribunal Supremo —en línea con la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera sobre la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y, en especial, si proceden de consumidores— estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante. La Sala Primera casa la sentencia recurrida confirmando la condena impuesta en primera instancia a la entidad de crédito (de forma solidaria con la promotora a la que financió la construcción de la obra) a devolver las cantidades entregadas por el comprador a cuenta del precio.

La Audiencia Provincial de Alicante había absuelto a la entidad de crédito sobre la base de que, según la Ley 57/1968, correspondía al promotor asegurar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio y que la entidad de crédito no tenía la obligación legal de exigir al promotor la apertura de una cuenta especial. El Pleno, casando la resolución de la Audiencia Provincial, declara como doctrina jurisprudencial que, en las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968, las entidades de crédito que admitan ingresos de compradores en cuentas de promotores sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en cuentas del promotor abiertas en las referidas entidades.

El Tribunal Supremo avala el disfrute por turnos de la cosa común entre copropietarios cuando no es posible el «uso solidario»

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de diciembre de 2015 y de 19 de febrero de 2016

Aunque ambas sentencias versan sobre el alcance que pueden dar los comuneros a su goce y disfrute de la cosa común, sus antecedentes fácticos son diversos.

En la sentencia de 9 de diciembre de 2015, un grupo de comuneros de un bien inmueble demanda a una de las copropietarias (que disfruta prácticamente en exclusiva del bien) para que se avenga al establecimiento de «turnos» de disfrute del condominio.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y fijó un calendario de uso del bien inmueble, pero la Audiencia Provincial revocó la sentencia por considerar que ninguno de los comuneros puede privar al otro del uso de la cosa común.

El Tribunal Supremo recuerda en su sentencia que el principio rector entre los comuneros es el del «uso solidario», es decir, aquel que permite a todos los copropietarios disfrutar del bien en todo momento. Sin embargo, esa solución debe modularse cuando se dan situaciones singulares «al tratarse de una vivienda indivisible en la que la convivencia de todos los comuneros es imposible por el conflicto permanente que existe entre ellos». De este modo, revoca la sentencia de apelación y confirma la solución dada por el juzgador de primera instancia, estableciendo turnos de goce en proporción a la cuota de participación en el bien de cada copropietario.

Por su parte, en la sentencia de 19 de febrero de 2016, el Alto Tribunal juzga el supuesto de dos coarrendatarias de una oficina que, tras diversos desencuentros, se mantienen vinculadas en el uso del inmueble por el contrato de arrendamiento. Una de ellas continúa haciendo uso del inmueble para su desempeño profesional, mientras que la otra interpuso demanda frente a la primera, exigiendo, entre otras cosas, la retirada de determinado mobiliario (especialmente, cámaras de seguridad).

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, mientras que la Audiencia Provincial revocó la resolución y estimó las peticiones de la actora. El Tribunal Supremo, finalmente, revoca nuevamente la sentencia de apelación y falla a favor de la demandada.

El Alto Tribunal considera aplicables las normas de la sociedad civil interna, lo que, a falta de pactos, conduce a las reglas de la comunidad de bienes. De este modo, considera la sentencia que entre la coarrendatarias rige el principio de «uso solidario», lo que permite a cualquiera de ellas tener un mayor goce del inmueble (siempre que se respeten los límites de disfrutarlo conforme a su destino y no impidiendo a los copartícipes su uso).

En línea con lo anterior, el Tribunal Supremo concluye que los comuneros pueden usar la cosa común de cualquier modo que beneficie a los demás y no les cause un perjuicio relevante o, en palabras del Alto Tribunal, «*el Derecho no ampara que, a ese respecto, los comuneros se comporten como «el perro del hortelano»*».

El plazo de prescripción para el ejercicio de acciones de responsabilidad por daño extracontractual se computa desde que el perjudicado tuvo cabal conocimiento del daño y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 14 de diciembre de 2016

En esta resolución se analiza la distinción entre «daños continuados» y «daños permanentes» y su incidencia en la determinación del *dies a quo* para calcular el plazo de prescripción del ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual por daños producidos en un edificio como consecuencia de las obras realizadas en el edificio colindante.

El Tribunal comienza por recordar que, de acuerdo con el artículo 1968 del Código Civil, el plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones de responsabilidad extracontractual, a diferencia de lo que ocurre con otras acciones (artículo 1969 del Código Civil), debe comenzar a computarse no desde el momento de la producción del daño, sino desde el momento en que el perjudicado tuvo conocimiento de él y contó con todos los elementos fácticos y jurídicos para poder litigar.

En general, la jurisprudencia ha retrasado el comienzo del plazo de prescripción en supuestos de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida hasta la producción del resultado dañoso definitivo. Sin embargo, también ha matizado que esto será así solo cuando no sea posible fraccionar en etapas diferentes o en hechos diferenciados la serie de daños.

El daño permanente, como el del supuesto analizado en esta sentencia, es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado, pero que persiste a lo largo del tiempo, con la posibilidad de que se agrave por factores ajenos a la acción u omisión del demandado. En este caso, el plazo de prescripción comenzará a correr desde que el perjudicado tuvo cabal conocimiento del daño y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable.

En este sentido, el Tribunal destaca que, en el tratamiento del conocimiento del daño por parte del perjudicado y, particularmente, de su alcance, lo que resulta relevante para su cuantificación mediante un pronóstico razonable es que las consecuencias lesivas derivadas del daño se puedan evaluar de forma estabilizada, sin evolución o modificación posterior que las altere significativamente.

Así, concluye el Tribunal que la identificación de la naturaleza, origen y causa del daño producido no significa, por sí sola, que las consecuencias lesivas deban ser calificadas de permanentes, sino que en algunos casos deberá esperarse a que se estabilicen los efectos y las consecuencias lesivas de la conducta del demandado para dar inicio al cómputo del plazo de prescripción.

El Tribunal Supremo confirma que el codemandado solidario no recurrente se puede beneficiar del resultado del recurso de apelación de otro codemandado solidario, salvo que el recurso se sustente en razones subjetivas del recurrente

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de abril de 2016

En la presente resolución, el Tribunal Supremo aborda el efecto expansivo del recurso de apelación. En concreto, declara que es doctrina reiterada que el codemandado solidario no recurrente se puede beneficiar del resultado del recurso de apelación interpuesto por otro codemandado solidario, con la salvedad de aquellos casos en los que la resolución del recurso se base en causas subjetivas que únicamente afectan a la parte recurrente.

Sostiene el ponente que el principio general de que, en segunda instancia, no cabe favorecer la situación de quien no apela ni se adhiere a la apelación, ni es posible entrar en cuestiones consentidas por ese litigante que se ha aquietado a lo resuelto por la sentencia de primera instancia, no es aplicable cuando los pronunciamientos deban ser absolutos o indivisibles por su naturaleza ni en aquellos supuestos en que exista solidaridad procesal por ejercitarse conjuntamente la misma acción frente a varias personas que ocupan una idéntica situación procesal.

Los argumentos que esgrime el Tribunal por razón de los cuales esta doctrina no incurre en incongruencia ni afecta al principio de *tantum devolutum quantum appellatum*, son los siguientes:

- (i) La sentencia de primera instancia que decidió sobre una acción de responsabilidad extracontractual declaró la responsabilidad solidaria de dos de los demandados, el constructor y el arquitecto técnico.
- (ii) La condena solidaria alcanzó al íntegro resarcimiento del perjuicio que la sentencia de primera instancia reconoció a los demandantes.
- (iii) En el recurso de apelación formulado solo por uno de los codemandados, se plantearon cuestiones objetivas que alegaban la existencia de un perjuicio menor al fijado en la sentencia de primera instancia.
- (iv) El vínculo de solidaridad establecido en la sentencia de primera instancia fue consentido por las partes, permaneciendo en la segunda instancia.
- (v) Los efectos de la estimación parcial del recurso de apelación, al decidir la sentencia impugnada que el perjuicio causado a los demandados era inferior al reconocido por la sentencia de primera instancia, ha de extenderse al codemandado no apelante, pues, dada su situación de codemandado obligado al pago, la actuación procesal del otro demandado le alcanza en virtud de la fuerza expansiva que la solidaridad comporta.
- (vi) En materia de responsabilidad extracontractual, el daño o perjuicio —como el daño que lo provoca— es un pronunciamiento absoluto e indivisible por su naturaleza y tiene, en su caso, una extensión única en el proceso.
- (vii) Este criterio tiene plena virtualidad en los supuestos de solidaridad, incluida la solidaridad impropia que nace con la sentencia en los litigios derivados de un ilícito culposo con pluralidad de agentes y concurrencia de causa única, aunque no se dé entre ellos una situación de litisconsorcio pasivo necesario, ya que la justificación del efecto expansivo radica en la solidaridad de la obligación.

Consumo. El Tribunal Supremo anula la adquisición de acciones de una entidad financiera por inexactitudes en el folleto de emisión de una oferta pública de suscripción

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 3 de febrero de 2016 (23/2016 y 24/2016)

El Tribunal Supremo ha desestimado en el mismo día dos recursos interpuestos por una entidad financiera frente a sendas sentencias de segunda instancia que declaraban la nulidad por vicio en el consentimiento de la adquisición de las acciones de la entidad demandada en el marco de una oferta pública de suscripción.

En concreto, el Alto Tribunal ha considerado que el folleto de la salida a bolsa no reflejaba la verdadera situación económica de la entidad financiera, lo que habría viciado el consentimiento de los adquirentes. En este sentido, entiende el Tribunal Supremo que el contenido de este folleto resulta «*determinante*» para la prestación de consentimiento por los suscriptores de acciones y que se trataría de un vicio excusable, ya que la tipología de clientes minoristas no habría tenido un modo alternativo de conocer los datos económicos reales que afectaban a la entidad financiera.

El Tribunal Supremo considera poco relevante que los demandantes hubiesen leído o no el folleto en su integridad, «*puesto que la función de tal folleto es difundir la información sobre la situación patrimonial y financiera de la sociedad cuyas acciones son ofrecidas públicamente entre quienes en diversos ámbitos de la sociedad crean opinión en temas económicos, de modo que esa información llegue por diversas vías a esos potenciales inversores que carecen de otros medios para informarse*».

Adicionalmente, el Alto Tribunal ha rechazado que las acciones civiles individuales debiesen paralizarse a la espera de la resolución de la causa penal tramitada ante la Audiencia Nacional por los mismos hechos.

Por último, el Tribunal Supremo aborda el alcance de las inexactitudes del folleto en la operación societaria de aumento del capital y concluye, con base en jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que no tienen trascendencia anulatoria de la operación, sin perjuicio de que abre la vía a las acciones de resarcimiento por inexactitudes en el folleto y, en su caso, de nulidad por vicio del consentimiento.

Consumo. En la contratación de productos financieros complejos (swaps), el deber de información es una obligación activa que recae sobre la empresa prestadora de servicios de inversión. Aunque el incumplimiento de los deberes de información no implica necesariamente la existencia de error, sí permite presumir su carácter excusable

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 y 21 de noviembre, 15, 29 y 30 de diciembre de 2015, 1, 4, 12, 16, 19 y 25 de febrero, y 11 y 16 de marzo de 2016

En las resoluciones referidas, el Tribunal Supremo viene a corroborar su jurisprudencia en la materia, conforme a la cual ha establecido que, si bien el mero incumplimiento de los deberes de información en la contratación de productos financieros no comporta necesariamente la existencia del error vicio, sí puede incidir en la apreciación o presunción de que el mismo existe.

El Tribunal Supremo incide en que el deber de información es una obligación activa y no de mera disponibilidad, por lo que la empresa prestadora de servicios de inversión tiene obligación de facilitar la información que le impone la normativa sectorial del mercado de valores. Así, en caso de que medie un incumplimiento del deber de información, determina que el eventual error del cliente se considere excusable.

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 (no cabe apreciar error cuando no se ha ofrecido información sobre una futurible 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.

Finalmente, la Sala recuerda en varias de las resoluciones comentadas que ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio viciado por error en el consentimiento, ya que no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

Consumo. Contratación telefónica de productos financieros: efectos de la ausencia de confirmación electrónica

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 2015

La particularidad del supuesto enjuiciado radicaba en que se realizó la contratación por parte de una sociedad limitada de un *swap* por medio de una conversación telefónica.

En la conversación telefónica —que estaba aportada a los autos y se transcribió en la sentencia— constata cómo el comercial de la entidad financiera repasó con el administrador de la mercantil contratante todos los hitos del producto. Al final de la conversación, ambos mostraron su conformidad a que la operación se diera «*por contratada*».

A ello obedeció que el 27 de octubre de 2007 el banco remitiese al cliente la confirmación por escrito del producto, documento que este último debía devolver firmado. Sin embargo, el cliente nunca llegó a devolver la confirmación firmada, lo cual imposibilitaba por parte del banco el cumplimiento de las exigencias de registro documental previstas en el art. 33 del Real Decreto 217/2008. Dos semanas después de recibir la confirmación que nunca se firmó, la mercantil manifestó al banco que no aceptaba la contratación del producto.

El Tribunal Supremo se pronunció negando que las exigencias de registro del art. 33 RD 217/2008 —inclusive la de registrar la confirmación firmada por el cliente— tuvieran consideración de requisito de forma *ad solemnitatem*, sino, en su caso, *ad probationem*. En consecuencia, resolvió que el contrato se había perfeccionado con el concurso de la oferta y la aceptación manifestadas por vía telefónica.

A pesar de lo anterior, la sentencia declaró la anulabilidad del *swap* por concurrencia de error vicio, al considerar que no se había informado al cliente suficientemente sobre los costes de cancelación del producto.

Consumo. Posible vulneración del art. 7.3 de la Directiva 93/13: apreciación de prejudicialidad civil en procedimientos de acciones individuales en relación con procesos colectivos

Conclusiones del Abogado General de los Asuntos Acumulados C-381/14 y C-385/14

Las conclusiones generales traen causa de cuatro cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona.

Ante dicho Juzgado se tramitaban dos acciones individuales de declaración de abusividad de cláusulas suelo contenidas en préstamos hipotecarios. Siendo su objeto idéntico al discutido en el procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 11 de Madrid originado por una acción de cesación interpuesta una asociación de consumidores y usuarios, el Juzgado remitente entendió que debía apreciar las excepciones de prejudicialidad opuestas por los bancos demandados frente las acciones individuales, pero se planteó si ello vulneraba el art. 7.3 de la Directiva 93/13, en particular cuando el consumidor no puede desvincularse de la acción colectiva.

Tras examinar la regulación de la institución de la litispendencia y de las acciones colectivas en el ordenamiento español, el Abogado General señala que el artículo 7 de la Directiva 93/13 no se opone a una normativa procesal que permita, debido a la concurrencia de prejudicialidad civil, la suspensión de la tramitación de acciones individuales incoadas paralelamente a acciones colectivas de cesación hasta que recaiga sentencia que ponga fin al procedimiento colectivo, siempre que (i) tal suspensión no sea obligatoria ni automática, y (ii) el consumidor afectado pueda desvincularse de la acción colectiva.

Consumo. Planteamiento de cuestiones prejudiciales: compatibilidad de la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la no retroactividad de la declaración de abusividad de cláusulas suelo

Auto de Audiencia Provincial de A Coruña, Sección n.º 6

En el auto examinado, la Audiencia Provincial de A Coruña plantea nueve cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Las cuestiones giran en torno a la compatibilidad de la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la no retroactividad de la declaración de abusividad de las cláusulas suelo.

La *litis* de la que trae causa el auto se origina por una acción individual de declaración de abusividad de una cláusula suelo contenida en un préstamo hipotecario. En primera instancia se estimó la petición del demandante y se condenó a la entidad financiera a devolver las cantidades indebidamente percibidas en virtud de la cláusula suelo.

En la alzada, la Sala se plantea la extensión que deben tener los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula, a la vista de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en sus Sentencias n.º 241/2013, de 9 de mayo de 2013, y n.º 139/2015, de 25 de marzo de 2015. Las referidas resoluciones señalan que la declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas suelo no puede tener efectos retroactivos, excepcionando la aplicación del art. 1303 del Código Civil en virtud del principio de seguridad jurídica, la buena fe de las entidades prestamistas y los riesgos de trastornos graves en la economía nacional.

Sin embargo, la Audiencia Provincial se plantea si permitir que una cláusula abusiva despliegue sus efectos temporalmente puede hacer peligrar el objetivo de la Directiva 93/13, que persigue disuadir de su uso a las entidades bancarias. En tal sentido, la Sala plantea al Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea si la doctrina expuesta del Tribunal Supremo vulnera los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13.

Consumo. Análisis de abusividad de varias cláusulas insertadas en préstamos hipotecarios

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, y Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 3.ª) de 24 de noviembre de 2015

Las resoluciones comentadas se refieren a distintos procedimientos iniciados por consumidores y usuarios que instan a la declaración de nulidad de diversas cláusulas incluidas en préstamos hipotecarios con distintas entidades financieras.

En la primera de las resoluciones, el Tribunal Supremo (i) respalda la declaración de abusividad de cláusulas de vencimiento anticipado que facultaban a las entidades financieras para exigir anticipadamente la devolución de todo el préstamo ante el impago incluso parcial de cualquiera de sus cuotas, por no superar los estándares exigibles de la normativa de consumidores y usuarios, al no modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo; y (ii) sobre los efectos de la declaración de abusividad señala que no siempre debe

conllevar el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria —contra el criterio del Excmo. Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno, que formula voto particular en relación con dicho extremo—.

Por su parte, la segunda de las resoluciones analizadas evaluaba la eventual nulidad, por abusivas, de una cláusula de intereses moratorios del 19 % anual y una cláusula de vencimiento anticipado que permitía a la entidad financiera la resolución unilateral del contrato por impago de una sola cuota: (i) confirma el Alto Tribunal que el art. 114.3 de la Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores, por lo que desestimó el recurso planteado por la entidad financiera con fundamento en el art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del art. 114.3 de la Ley Hipotecaria y la disposición transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, en cuanto regulan la limitación legal al tipo pactado para los intereses moratorios; y (ii) en relación con la cláusula de vencimiento anticipado, la Sala considera que no supera los estándares que ya ha establecido en resoluciones previas, pues ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación, y, en cualquier caso, una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo considera el Tribunal que debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

Por todo ello, se confirma la sentencia recurrida en cuanto a la declaración de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable. Ahora bien, precisa el Tribunal Supremo que la abusividad proviene de los términos en que la condición general pre-dispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es *per se* ilícita.

Finalmente, la Audiencia Provincial de las Islas Baleares también enjuiciaba la posible nulidad, por abusiva, de la cláusula relativa al pacto de liquidez y la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado insertas en un préstamo hipotecario.

Por un lado, con el pacto de liquidación, sostiene la Sala que (i) se trata de una mera acreditación inicial del importe de la deuda que puede ser contradicha por la parte ejecutada, ya que está a su alcance oponerse conforme a la causa 2.^a del art. 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y solicitar un examen pericial de la liquidación (art. 558.2 de la misma ley); (ii) desde el inicio, el prestatario tiene conocimiento del importe de la cantidad prestada, de los intereses retributivos y de los intereses moratorios, por lo que el cálculo de lo adeudado es de fácil obtención mediante las correspondientes operaciones aritméticas; y (iii) por todo ello, concluye que el pacto de liquidez resulta amparado por la previsión legal del artículo 572.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de modo que la cláusula no puede considerarse abusiva.

Y por otro lado, en relación con la cláusula de vencimiento anticipado, entiende la Sala que la circunstancia de que en un proceso de ejecución hipotecaria como el de autos pueda finalizar con la pérdida de la vivienda habitual por parte del consumidor —pues el préstamo estaba garantizado con hipoteca que recaía sobre la vivienda habitual— no permite concluir en el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, por las siguientes razones: (i) tiene por objeto dinero que es entregado al prestatario con obligación de restituirlo al prestamista en los plazos y con los intereses pactados. En consecuencia, no existe una diferencia entre las prestaciones determinantes de un desequilibrio por su distinta naturaleza; y (ii) aun cuando se entienda que el préstamo y la hipoteca son contratos vinculados que, junto a la compraventa, integran un negocio jurídico complejo cuya finalidad es la adquisición de la vivienda habitual, la circunstancia de que ese bien sea el objeto del contrato no puede traducirse en una merma de derechos para el acreedor a la hora de ejercitar las correspondientes acciones para exigir el cumplimiento del contrato. Así, cuando la vivienda habitual constituye el objeto de un contrato de arrendamiento urbano, es doctrina jurisprudencial consolidada que basta el incumplimiento de la obligación de pago de una sola mensualidad para que el arrendador pueda ejercitar con éxito la acción de desahucio.

Para determinar el carácter esencial o no del impago de una sola de las cuotas, razona la Audiencia Provincial que (i) si se declara el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado por la falta de abono de una sola cuota con imposibilidad de reintegrarla (artículo 83 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios), el efecto será que el acreedor habrá de instar la ejecución hipotecaria por el impago de cada una de las cuotas, lo que incluso puede perjudicarle

por el incremento de costas, porque mientras tanto, al no darse por vencida la deuda, se irían devengando los intereses remuneratorios y también porque corre el riesgo de adjudicación de su vivienda habitual al ejecutante por una cantidad mínima con relación al valor de esta; (ii) si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior; y (iii) finalmente y respecto de la exigencia legal de un mínimo de tres impagos para que se produzca el vencimiento anticipado, concluye la Sala que si la escritura establece un vencimiento anticipado por tres meses o más, ello no impide el control de abusividad, por lo que, en sentido contrario, no puede entenderse que cualquier cláusula que establece un plazo menor sea abusiva.

Consumo. El Tribunal Supremo confirma la nulidad, por falta de habilitación legal, del control de legalidad por los notarios de los préstamos hipotecarios previsto en la Orden EHA/2899/2011

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de marzo de 2016

El Tribunal Supremo confirma la nulidad de los apartados 3 y 4 del artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011 (las «Disposiciones Impugnadas» y la «Orden», respectivamente) que establecían la obligación de los notarios de denegar la autorización, mediante resolución motivada, de aquellos préstamos que entendieran que no cumplieran con la legalidad vigente (apartado 3.º), y regulaban el recurso que cabía interponer contra dicha resolución (apartado 4.º).

La sentencia se centra, principalmente, en analizar el impacto del principio de reserva de ley en las Disposiciones Impugnadas y, en concreto, en determinar si la atribución de un control de legalidad a los notarios y el establecimiento de un posterior recurso administrativo contra su eventual resolución denegatoria podían preverse reglamentariamente, sin necesidad de cobertura legal.

El Consejo General del Notariado y Abogacía del Estado, en defensa de la legalidad de las Disposiciones Impugnadas, alegaban, por un lado, que la Orden no atribuía propiamente un control de legalidad al notario, sino que únicamente se le habilitaba para que pudiera advertir e informar a los clientes de los riesgos de la operación y, por otro lado, que las Disposiciones Impugnadas gozaban de habilitación legal.

El Tribunal Supremo deniega la primera alegación toda vez que el artículo 30.3 de la Orden fue anulado parcialmente, dejando subsistente el resto, donde precisamente se contiene la posibilidad de que el notario advierta e informe a los clientes sobre el valor y el alcance de las obligaciones que asume. A continuación, reproduciendo la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008, afirma que el control notarial sobre la legalidad de un negocio jurídico no puede ejercerse sino en cuanto venga reconocida por la Ley. La sentencia llega a la misma conclusión respecto del recurso administrativo contra la denegación de la autorización.

Finalmente, tras analizar los distintos preceptos con rango de Ley invocados por el Consejo General del Notariado y el Abogado del Estado, el Alto Tribunal concluye que no existe habilitación legal para atribuir a los notarios un control de legalidad sobre los préstamos hipotecarios y, por tanto, confirma la anulación de las Disposiciones Impugnadas.

Arrendamiento, propiedad horizontal y edificación. El Tribunal Supremo condena al arrendatario de un inmueble alquilado para uso distinto del de vivienda al pago de la totalidad de las rentas debidas hasta la finalización del plazo contractual por causa de su desistimiento unilateral

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de marzo de 2016

El supuesto de hecho enjuiciado versa sobre el alquiler de un inmueble en una zona comercial de Sevilla para su explotación como tienda. Tras el inicio de obras en la calle en que se situaba el local, las arrendatarias entregaron las llaves del inmueble a la arrendadora mediante un servicio de mensajería y alquilaron otro local en una vía alledaña. A raíz de lo precedente, el arrendador reclamó a las arrendatarias la totalidad de las rentas debidas hasta la terminación del contrato.

Desestimada la demanda en primera instancia y estimada íntegramente en apelación, el Alto Tribunal confirma la última resolución por entender que el supuesto no se incardina, a diferencia de lo afirmado por las recurrentes, en el de una cláusula penal contractual susceptible de moderación. Al contrario, entiende el Tribunal que el contrato no incluye cláusula penal alguna y que, cuanto acontece, es la manifestación por el arrendatario de la voluntad de terminar el arrendamiento y la negativa del arrendador a aceptarlo junto con su exigencia de cumplimiento del contrato.

De este modo, concluye la sentencia que no puede moderarse la indemnización de daños y perjuicios por cuanto lo que solicitó el demandante era el simple cumplimiento del contrato

conforme a lo pactado (el pago de las rentas por el plazo pactado) y según lo previsto en el art. 1124 del Código Civil.

Arrendamiento, propiedad horizontal y edificación. Solo procede el reembolso por la comunidad de propietarios al comunero que haya ejecutado unilateralmente obras en zonas comunes cuando el comunero haya advertido previamente de su urgencia y necesidad

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 2016

En el caso enjuiciado, la comunidad de propietarios de un edificio planteó una demanda contra dos comuneros que habían realizado, de forma unilateral, unas obras en su vivienda particular que alteraban un elemento común del edificio y del cual, además, se apropiaban una parte. Por su parte, los comuneros formularon demanda reconvenzional en la que solicitaban el reembolso por la comunidad del coste de las obras, pues, según su tesis, estas eran urgentes y necesarias para la comunidad.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda formulada por la comunidad, exigiendo que los demandados repusiesen a su estado original las obras realizadas, y desestimó la reconvencción de los demandados. La Audiencia Provincial de Madrid, en cambio, revocó en parte la sentencia del Juzgado y estimó la demanda reconvenzional, condenando a la comunidad a reembolsar el coste de unas obras que la Audiencia consideró que eran necesarias.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la comunidad, casa la sentencia recurrida y anula la condena al pago pretendido en la reconvencción, sentando la siguiente jurisprudencia: «sólo procederá el reembolso por la Comunidad de Propietarios al comunero que haya ejecutado unilateralmente obras en zonas comunes cuando se haya requerido previamente al Secretario-Administrador o al Presidente advirtiéndoles de la urgencia y necesidad de aquéllas. En el caso de no mediar dicho requerimiento, la Comunidad quedará exonerada de la obligación de abonar el importe correspondiente a dicha ejecución, excepto cuando haya mostrado pasividad en las obras o reparaciones necesarias y urgentes».

Arrendamiento, propiedad horizontal y edificación. Necesaria ponderación entre el derecho de una comunidad de propietarios a instalar un ascensor y el derecho de un propietario a no ver alterado su local de negocio

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 2016

Una comunidad de propietarios ejercitó una acción reivindicatoria contra los propietarios de un semisótano situado en la planta baja del edificio que estos utilizaban como almacén de zapatería del negocio que explotaban.

La comunidad aducía que, en la medida en que el semisótano se encontraba debajo del portal de acceso al edificio y del peldaño de la escalera, debía calificarse como un elemento común de la comunidad que estaba siendo indebidamente poseído por los demandados. Subsidiariamente, la comunidad solicitaba la constitución de una servidumbre forzosa que permitiera la instalación a cota cero de un ascensor que permitiera el acceso al edificio a personas con minusvalía.

El Tribunal indica que debe partirse de la ponderación de los bienes jurídicos implicados, a saber: (i) el de los propietarios del local a no ver alterado su derecho de propiedad; y (ii) el de la comunidad a instalar el ascensor. El Alto Tribunal concluye que no cabe acordar la privación absoluta del derecho de propiedad, hasta el extremo de que ello suponga una pérdida de habitabilidad y funcionalidad del espacio privativo, cuando existan otras medidas menos gravosas que podrían eliminar las barreras arquitectónicas de forma compatible con el uso del local por sus propietarios.

Concursal. No supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no permitir a las partes personadas en la sección de calificación defender la culpabilidad del concurso cuando el Ministerio Fiscal y la Administración Concursal lo califican como fortuito

Auto del Pleno del Tribunal Constitucional n.º 35/2016, de 16 de febrero

El auto resuelve la cuestión de inconstitucionalidad formulada por el Juzgado Mercantil n.º 1 de Oviedo, por entender que el artículo 170.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («LC») —en relación con el artículo 168.1 LC— es contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya que prevé el archivo de la sección de calificación si la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal califican el concurso como fortuito, sin necesidad de oírse a los terceros con interés legítimo.

El Tribunal Constitucional decide inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad por dos motivos:

— *Defectos procesales*: el Juzgado Mercantil, al dar trámite a las partes personadas para que se pronunciasen acerca de la viabilidad de presentar la cuestión de inconstitucionalidad, solo lo hizo respecto de las que estaban personadas en la sección de calificación, desoyendo al resto de partes del procedimiento concursal.

— *Cuestión infundada*: entiende el Tribunal Constitucional (del mismo modo que hizo en otra sentencia anterior) que la LC, al restringir la participación de las partes personadas en la sección de calificación, no les causa una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, dado que:

- (i) los intereses en juego en la sección de calificación no son estrictamente públicos;
- (ii) la intención del legislador es evitar una acumulación de acciones particulares instadas por cada uno de los acreedores contra el deudor;
- (iii) los intereses de todas partes del procedimiento concursal se encuentran debidamente representados por la intervención de la Administración Concursal —en defensa de los intereses de los acreedores concursales— y del Ministerio Fiscal —en defensa del interés público—; y
- (iv) los acreedores concursales tienen a su disposición múltiples mecanismos de intervención en la sección de calificación.

Concursal. Un préstamo con garantía hipotecaria concedido por un importe insuficiente para cubrir las deudas a corto plazo, que grava todos los bienes de la concursada y con un plazo de amortización anormalmente bajo, constituye una sobregarantía por desproporción entre el valor de los bienes y el importe del préstamo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de abril

En fecha 19 de enero de 2010, una empresa concedió a otra un préstamo por un importe insuficiente para cubrir las deudas a corto plazo, con un plazo de amortización de nueve meses y con garantía hipotecaria sobre todos los bienes titularidad de la empresa deudora, valorados por mucho más que el importe prestado.

La Administración Concursal interpuso demanda en la que solicitaba la rescisión de dicha operación y la clasificación del crédito de la empresa acreedora como subordinado por mala fe.

El Juzgado Mercantil n.º 3 de Albacete (y, posteriormente, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Albacete) estimó íntegramente la demanda al entender que existía un perjuicio para la masa activa, ya que (i) el importe prestado era insuficiente para atender las deudas a corto plazo, (ii) al hipotecarse todo los bienes de la masa de la deudora, se imposibilitaba al resto de acreedores cobrar sus créditos; y (iii) se lograba la continuidad de la empresa mediante la transferencia de todos sus activos a otra persona jurídica, lesionando los intereses económicos de los acreedores y los socios. Asimismo, apreció mala fe por parte de la empresa acreedora, dado que (i) no era una entidad financiera, (ii) las condiciones del préstamo eran claramente beneficiosas para ella, y (iii) conocía a la perfección la situación de insolvencia de la matriz italiana y la situación financiera de la empresa deudora.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial, la empresa acreedora interpuso sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, todos ellos desestimados por el Tribunal Supremo, por los siguientes motivos:

- las condiciones en las que se ejecutó la operación demostraban que no era más que una estratagema de los consejeros delegados de la empresa deudora para obligar a la matriz italiana a vender la filial española a otra empresa (la empresa acreedora), de la que dichos consejeros delegados eran socios únicos; y
- los hechos probados en las instancias ponen de manifiesto el cumplimiento de los requisitos exigibles para la apreciación de mala fe por parte de la empresa acreedora.

Concursal. Complicidad en un concurso culpable por actos posteriores a la declaración de concurso en aplicación del artículo 166 de la Ley Concursal. Alcance del dolo del cómplice

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2016

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por una sociedad y su administradora frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia que las declaró cómplices en el concurso culpable de otra sociedad por haber cooperado en el alzamiento de los bienes de la concursada.

El Juzgado Mercantil n.º 2 de Valencia declaró en primera instancia el carácter fortuito del concurso en contra de lo solicitado por la administración concursal, motivo por el que la sentencia de calificación fue recurrida en apelación por la administración concursal y por dos acreedores.

La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación, revocó la sentencia del Juzgado Mercantil y declaró la culpabilidad del concurso y la complicidad de la sociedad, que había resultado beneficiaria de la salida, sin contraprestación, de importantes cantidades de mercancía de la concursada y de su administradora única.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia fue recurrida por las declaradas cómplices, quienes basaron su recurso en un motivo: la infracción del artículo 166 LC.

El Tribunal Supremo analiza en su sentencia los tres requisitos que deben concurrir para que pueda apreciarse la complicidad: (i) cooperación del cómplice con el deudor persona física o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica (entendida tal cooperación como actuación conjunta dirigida a un mismo fin), en los actos que fundamentaron la calificación del concurso como culpable; (ii) concurrencia de dolo o culpa grave del cómplice en dicha cooperación; y (iii) relevancia de la cooperación a los efectos de la culpabilidad del concurso. Además, la sentencia realiza las siguientes precisiones sobre lo que debe tomarse en consideración para poder determinar la concurrencia de complicidad:

(i) La existencia de una relación directa entre la actuación de los terceros que pueden ser declarados cómplices y la conducta o conductas que han motivado la calificación del concurso como culpable.

(ii) La voluntariedad en la actuación del cómplice, esto es, que haya *consilium fraudis* o ánimo de defraudar o, cuando menos, *consciis fraudis* o connivencia con el concursado en la conducta que ha merecido la calificación culpable.

En relación con el análisis que debe realizar la sentencia de calificación, el Tribunal Supremo afirma que debe incluir, necesariamente, una descripción precisa de las conductas constitutivas de complicidad. Para ello, el tribunal debe basarse en una actividad probatoria suficiente que permita observar una clara relación de causalidad entre los actos imputados y probados respecto del sujeto que es declarado cómplice y los concretos actos que hayan fundado la calificación como culpable del concurso.

Partiendo de estas premisas, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación por los siguientes motivos:

(i) Contrariamente a lo afirmado por las recurrentes, los actos de cooperación del cómplice no tienen por qué ser anteriores a la declaración de concurso. El artículo 166 LC no establece ninguna limitación temporal. Además, la culpabilidad puede estar vinculada tanto a actos anteriores a la declaración de concurso que hayan contribuido a la generación de la insolvencia como a actos posteriores que hayan contribuido a su agravación.

(ii) La actuación constitutiva de culpabilidad que se conecta con la complicidad, en este caso, es la salida de bienes del patrimonio de la concursada hacia la sociedad condenada como cómplice mediante la intervención de su administradora. Esta conducta da lugar a la complicidad en tanto que los actos definitivos del alzamiento de bienes que incidieron en la agravación de la insolvencia requirieron necesariamente de la colaboración de los terceros que recibieron los bienes de la concursada y los utilizaron en provecho propio.

(iii) No puede sostenerse que las declaradas cómplices no actuaran con dolo o negligencia grave cuando estaban recibiendo mercancía que no les pertenecía y la facturaban en beneficio propio. Las recurrentes tenían que ser conscientes de que ello perjudicaba a los acreedores de la concursada, dado que la despatrimonializaban sin recibir contraprestación alguna. La existencia de esta consciencia es suficiente para que pueda tenerse por acreditado el elemento subjetivo de la complicidad.

Concursal. Necesidad de autorización motivada para superar los límites establecidos en el artículo 100.1 de la Ley Concursal en la redacción aplicable antes del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2016

La mercantil concursada presentó, junto con su solicitud de declaración de concurso, una propuesta anticipada de convenio consistente en que los acreedores optasen por (i) la alternativa «A», por la que percibirían el 100 % de sus créditos en un plazo de nueve años, o (ii) la alternativa «B», en la que sus créditos se convertirían en participativos junto con una quita del 60 % y una espera de seis años. A los acreedores que no ejercitasen su facultad de elección, les sería de aplicación la alternativa «B».

El convenio obtuvo la mayoría suficiente y fue aprobado por el Juzgado Mercantil n.º 2 de Zaragoza. Sin embargo, la Agencia Estatal de la Administración Tributaria presentó demanda de incidente concursal oponiéndose a su aprobación por entender que (i) las dos alternativas rebasaban los límites del artículo 100.1 LC y, además, la concursada no desarrollaba una actividad de especial trascendencia económica; (ii) la propuesta imponía a los acreedores que no hubieren optado por ninguna de las dos opciones, la alternativa B; y (iii) el convenio infringía los apartados 2 y 3 del artículo 103 de la Ley 31/1990 que impide a las Administraciones Públicas adquirir derechos incorporeales y tomar capital de sociedades mercantiles.

La oposición fue estimada mediante sentencia dictada por el Juzgado Mercantil n.º 2 de Zaragoza al considerar que, efectivamente, el convenio obligaba a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria a la conversión automática de sus créditos en créditos participativos.

Frente a esta sentencia, la concursada interpuso recurso de apelación que fue estimado por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y se aprobó el convenio. La Audiencia consideró que los préstamos participativos en ningún caso suponen la participación en el capital de la sociedad prestataria y, además, la superación de los límites del artículo 100.1 LC había quedado justificada en la admisión de la propuesta de convenio por parte del Juzgado, en el plan de viabilidad y en el informe favorable de la administración concursal.

La Agencia Estatal de Administración Tributaria interpuso recurso de casación por interés casacional en la interpretación de norma con vigencia inferior a cinco años sin que exista jurisprudencia sobre ella y, en concreto, fundamentándose en una infracción del artículo 100.1 LC, al superar las dos proposiciones alternativas del convenio los límites de espera y de quita establecidos en este precepto sin existir la más mínima motivación para fundar la inaplicación de dichos límites.

El Tribunal Supremo declara que (i) la previsión de que se trate de empresas cuya actividad pueda tener especialmente trascendencia para la economía como requisito para superar los límites establecidos en el artículo 100.1 LC no se aplica a las propuestas anticipadas de convenio, pues se trata, precisamente, de una de las principales diferencias entre el convenio «ordinario» y la propuesta anticipada de convenio, y supone un incentivo para la presentación de esta última; (ii) la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio no supone autorizar motivadamente la superación de los límites, sino que la autorización motivada debe contenerse en la sentencia que resuelva sobre la aprobación del convenio; (iii) la superación de los límites previstos en el artículo 100.1 LC debe ser excepcional al suponer un sacrificio muy considerable de los acreedores. No basta, por lo tanto, que la justificación de esa superación resulte formalmente de la propuesta anticipada de convenio y del plan de viabilidad que lo acompañe, sino que debe ser una justificación real, teniendo especial trascendencia el informe de la administración concursal sobre la propuesta.

En consecuencia, el Alto Tribunal determina que en el supuesto de autos no ha existido motivación real, dado que la Audiencia Provincial, al revocar la sentencia de primera instancia con base en normas aplicables específicamente a las administraciones públicas, debía haber realizado una autorización motivada de la superación de los límites del artículo 100.1 LC. El Tribunal Supremo revoca la sentencia de la Audiencia Provincial y confirma la sentencia del Juzgado Mercantil.

PROCESAL PENAL*

1. JURISPRUDENCIA

[España]

Sentencias del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica

Sentencias del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, de 29 de febrero y de 16 de marzo de 2016

La sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo n.º 154/2016, de 29 de febrero, es la primera sentencia del Alto Tribunal que ofrece una generosa glosa del régimen de responsabilidad corporativa.

Se refleja en dicha sentencia el debate jurídico entre la mayoría de magistrados de la Sala Segunda (ocho), que sostiene la sentencia, y los siete magistrados restantes, que han emitido un voto particular (concurrente), relativo a quién tiene la carga de la prueba respecto de la posible responsabilidad penal de la persona jurídica.

La tesis minoritaria sostenía, básicamente, que deberá ser la empresa quien pruebe que tenía un plan preventivo eficaz para evitar su posible responsabilidad penal, dado que el art. 31 bis del Código Penal configura los esfuerzos preventivos como una eximente (de acuerdo con la minoría de magistrados de la Sala). Una postura análoga había defendido ya la Fiscalía General del Estado en su reciente Circular 1/2016.

Por otro lado, la tesis mayoritaria, plasmada en la sentencia, considera que una cosa es el delito de la persona física y otra distinta el de la persona jurídica. Y que a la acusación no le basta con probar el primero, sino que debe acreditar también el segundo. Podría decirse que para la posición mayoritaria ese delito de la empresa no estaría explícitamente descrito en el Código Penal, sino implícitamente, y que su descripción sería algo parecido a lo siguiente: «comete delito la persona jurídica que no cuente con una cultura de respeto al Derecho y, con esa omisión, haya favorecido el delito de la persona física». De tal modo, la acusación debería acreditar esa falta de cultura de cumplimiento para conseguir la condena, porque es tarea de la acusación probar todos los elementos del delito, de cualquier delito (además, y aparentemente como algo distinto y separado, la empresa tendría a su disposición acreditar que su modelo preventivo cumple los requisitos legales, para conseguir una exención de responsabilidad penal).

Con todo, se puede extraer un factor común de ambas posturas (y también de la de la Fiscalía): que la *compliance* penal importa. Que no puede aplicarse una suerte de responsabilidad penal objetiva (desconectada de dolo o culpa) a las empresas. Que los esfuerzos preventivos deben tenerse en cuenta.

Además, la sentencia ofrece criterios interpretativos sobre otros aspectos, no discutidos por el voto particular: advierte de posibles conflictos de interés cuando la persona física que represente en el proceso a la jurídica esté ella misma encausada; recuerda que la Ley reserva la pena de disolución para casos extremos; señala que no tiene sentido hablar de *compliance* o del régimen del art. 31 bis del Código Penal ante sociedades que son meras «pantallas»; e interpreta el requisito del «provecho» o «beneficio» que la persona jurídica debe obtener del delito de la persona física infractora con cierta amplitud (cualquier clase de ventaja, o simple expectativa, como la mejora de la posición respecto de otros competidores).

Dicha tesis mayoritaria se mantuvo en la posterior sentencia del Tribunal Supremo n.º 221/2016, de 16 de marzo. Esto es, se mantiene la tesis de que a la acusación no le basta con acreditar el delito de la persona física para que se condene a la persona jurídica, sino que debe probar la

* 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).

existencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión y vigilancia por parte de la persona jurídica. Asimismo, dicha segunda sentencia se pronuncia sobre el posible conflicto de interés existente cuando la persona física acusada también representa a la persona jurídica en el proceso, considerando que habrá que estar al caso concreto, de forma que no siempre habrá, necesariamente, un conflicto de interés en estos casos.

Licitud de la «Lista Falciani» como prueba documental de cargo en procedimiento seguido por la comisión de dos delitos contra la Hacienda Pública española

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23.^a), de 29 de abril de 2016

La Ilma. Sala condena al acusado por la comisión de dos delitos contra la Hacienda Pública *ex art. 305 del Código penal* con base en la prueba practicada en sede de juicio oral y, en particular, en la prueba documental requerida por la Agencia Tributaria española y recibida de las autoridades fiscales francesas, conocida como «Lista Falciani» —en la que se encontraba el acusado—, consistente en tres listados con información sobre las personas y entidades que disponían de fondos, activos y valores en la entidad HSBC Private Bank en Ginebra.

Esta sentencia analiza la posible vulneración de los derechos fundamentales del acusado como consecuencia de la unión a la causa de la Lista Falciani y su posterior valoración para fundamentar una sentencia condenatoria, planteada como cuestión previa por la defensa con los siguientes argumentos: (i) las autoridades francesas disponían de la Lista Falciani de modo ilegal y, por ello, debió ser excluida del acervo probatorio de acuerdo con el artículo 11.1 LOPJ; (ii) con carácter subsidiario, la defensa consideró que debió aplicarse la doctrina sobre la prueba irregular en virtud de la conexión de antijuricidad a los efectos de excluir los elementos probatorios derivados de la Lista Falciani del procedimiento penal seguido contra el acusado.

La Audiencia Provincial de Madrid rechaza la vulneración alegada al derecho a un proceso con todas las garantías con base en los siguientes argumentos:

- la Lista Falciani no puede considerarse ilícita por derivar de la comisión de un delito en Ginebra, pues el espionaje financiero no resulta delictivo en España ni el secreto bancario goza de especial protección. No se da, por ello, el principio de doble incriminación;
- el secreto comercial, en España, debe ser lícito para ser merecedor de la protección penal. No sería este el caso de la Lista Falciani, en tanto en cuanto su contenido refleja un entramado concebido con la única finalidad de ocultar la verdadera propiedad de los activos y defraudar el pago de tributos;
- existen intereses superiores al derecho a la intimidad que relevan de la obligación de guardar secreto y que, en este caso, justifican la cesión de la información en favor de determinados sujetos públicos, como las autoridades fiscales españolas o la jurisdicción penal;
- el principio de no indagación entre países de la Unión Europea implica que los Tribunales españoles no pueden convertirse en supervisores de la legalidad de las actuaciones efectuadas en otro país de la Unión, como es el caso de Francia. La obtención de la Lista Falciani en dicho país tuvo lugar bajo supervisión judicial, no pudiéndose considerar ilícitamente obtenida en España;
- la Sentencia del Tribunal Federal Suizo en el que se analiza la ilicitud de la obtención y divulgación de la Lista Falciani no condenó al Sr. Hervé Falciani por sustracción o robo de datos, sino por violación del secreto bancario, que no merece protección en España.

No se da tampoco, por todo ello, el presupuesto de la conexión de antijuricidad, consistente en que la prueba cuya exclusión se pretende derive de una prueba base ilícita.

Con base en todo lo anterior, la Audiencia Provincial de Madrid entiende ajustado a derecho fundamentar parcialmente la condena del acusado por dos delitos fiscales en la Lista Falciani.

Delimitación de la figura del partícipe a título lucrativo del art. 122 CP.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo n.º 256/2016, de 1 de abril de 2016

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y la acusación particular contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que había acordado condenar a un acusado por un delito de estafa y absolver a otras siete personas acusadas como partícipes a título lucrativo.

El acusado condenado por el delito de estafa había ingresado en cuentas bancarias titularidad de estas siete personas absueltas ciertas cantidades obtenidas en virtud del delito de estafa. De acuerdo con la sentencia recurrida, los titulares de esas cuentas no las gestionaban, de modo que desconocían el ingreso. Por ello, la Audiencia Provincial absolvió a dichos acusados como partícipes a título lucrativo por las ganancias obtenidas.

El Tribunal Supremo considera, sin embargo, que la Audiencia inaplicó indebidamente el artículo 122 CP, en virtud del cual existe una obligación de restituir la cosa o resarcir a quien por título lucrativo hubiera participado en los efectos de un delito. Esta obligación, recuerda el Tribunal, se refiere a una cuestión meramente civil, cuyo fundamento es que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de un negocio jurídico que se deriva de una causa ilícita, en perjuicio de la víctima del hecho delictivo.

La naturaleza civil del artículo 122 CP hace que la obligación de resarcir lo indebidamente aprovechado requiera (i) la existencia de una persona que haya participado en los efectos de un delito; (ii) que no haya sido condenado penalmente por el delito del que se generan los bienes; (iii) que el aprovechamiento o la participación en los efectos del delito sea a título lucrativo (no oneroso); y establece (iv) que no es preciso el conocimiento de la ilícita procedencia (pues ello, junto a la recepción material, podría dar lugar a una responsabilidad penal).

Quedan excluidos de esa obligación de restitución o resarcimiento quienes hubieran adquirido una cosa de buena fe y a título oneroso, en cuyo caso su posición debe ser respetada. En el caso de autos, los acusados como receptadores civiles de los efectos del delito recibieron en sus cuentas bancarias determinadas cantidades sin que esos ingresos estuvieran justificados por ningún título oneroso. Su supuesto desconocimiento de los ingresos realizados en sus cuentas no es obstáculo para su consideración como partícipes a título lucrativo, ya que el dinero se ingresó en sus cuentas y dispusieron de las cantidades ingresadas, sin que estas respondieran a un negocio oneroso previamente existente. En consecuencia, el Alto Tribunal considera que deben ser condenados como partícipes a título lucrativo del artículo 122 CP y obligados a devolver las cantidades percibidas.

La posibilidad de que asociaciones de víctimas ejerciten la acusación particular no supone que puedan excluir al acusador popular (sobre el reciente Estatuto de la Víctima)

Auto de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña n.º 167/2016, de 9 de mayo de 2016 (MOW)

Se trata de uno de los primeros pronunciamientos jurisprudenciales en relación con la interpretación del nuevo artículo 109 bis, apartado 3, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este precepto fue introducido por la Ley 4/2015, de 27 de abril, que aprueba el Estatuto de la víctima del delito, y establece que «*La acción penal también podrá ser ejercitada por las asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, siempre que ello fuera autorizado por la víctima del delito*».

En este caso, el Ministerio Fiscal, la acusación particular y las defensas habían alcanzado un principio de acuerdo, que, sin embargo, no contaba con la conformidad de la acusación popular. Por ello, intentaron excluir del procedimiento a la acusación popular arguyendo una interpretación novedosa del referido precepto. Así, según esas partes procesales el nuevo artículo 109 bis.3 de la LECrim modificaría el régimen legal de la acción popular, otorgando a la víctima —acusación particular— la capacidad de decidir acerca de la admisión de la acusación popular en el proceso.

La Audiencia Provincial de Barcelona, ante quien se seguía la causa por los trámites del procedimiento del Tribunal del Jurado, dictó un auto por el que desestimó la petición de excluir a la acusación popular. Dicho auto fue recurrido en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por diversas partes procesales.

El Tribunal Superior de Justicia desestimó los recursos de apelación, dado que entendió que «*el párrafo 3.º del novedoso art. 109 bis de LECrim por el que se admite el ejercicio de la acción penal por parte de asociaciones de víctimas o de personas jurídicas con legitimación legal a ese efecto, siempre condicionado a la autorización de la víctima del delito, no es sino una ampliación de la posibilidad de ejercicio de la acción penal particular, que para nada afecta la regulación de la acción penal popular*». En su resolución, el Tribunal efectúa un análisis sistemático del nuevo artículo 109 bis de la LECrim y concluye que no afecta en modo alguno al ejercicio de la acción

No existe una obligación legal incondicionada a levantar el secreto de la identidad de los testigos protegidos cuando dicha solicitud es realizada por la defensa

popular, puesto que no se han modificado ninguno de los preceptos que regulan —y limitan— su ejercicio. Por lo tanto, el Tribunal estima que el artículo 109 bis.3 «*ha establecido una categoría de ejercicio de acción particular, que obviamente debe ser autorizada por la víctima*», pero sin restringir el ejercicio de la acción popular.

Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 384/2016, de 5 de mayo de 2016

El Tribunal Supremo desestima los dos recursos de casación interpuestos por los acusados contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de junio de 2015, en la que se les condenó por un delito de incendio y sendos delitos de lesiones.

Bajo el cauce de la vulneración de la presunción de inocencia, los recurrentes plantearon la nulidad de la condena de instancia, al basarse en las declaraciones de diversos testigos protegidos, cuya identidad no fue revelada a las defensas. El tribunal *a quo* denegó la petición cursada por las defensas, consistente en el levantamiento del secreto de la identidad de los testigos protegidos dada la peligrosidad de los acusados.

De acuerdo con las alegaciones de los recurrentes, dicha decisión vulneró su derecho a la defensa, ya que la Ley Orgánica 19/94, de Testigos Protegidos, establece en su artículo 4.3 el levantamiento incondicionado del secreto de la identidad de los testigos si la defensa lo solicita, sin que, además, se acreditase indiciariamente dicha peligrosidad.

El Alto Tribunal desestima el motivo casacional sobre la base de los siguientes argumentos:

(i) Respecto la primera de las alegaciones, el Tribunal Supremo sostiene que el artículo 4.3 de la LO 19/94 establece ciertamente el deber incondicionado del tribunal de revelar a la acusación o defensa los datos de la identidad de los testigos protegidos, cuando lo soliciten motivadamente. No obstante, dicho precepto debe interpretarse de manera abierta, de modo que el tribunal no se limite a la constatación de la existencia de una solicitud motivada, sino que deberá examinar la suficiencia y razonabilidad de esta. Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, «TEDH») y del Tribunal Supremo admiten la validez del anonimato del testigo cuando concurren circunstancias que así lo aconsejen.

(ii) Respecto a la alegación de la inexistencia de razones fundadas para rechazar el levantamiento del secreto, el Tribunal Supremo expone preliminarmente los siguientes razonamientos:

— el desconocimiento de la identidad de los testigos limita la capacidad de las partes de señalar porque el testigo puede ser parcial o carecer de credibilidad; sin embargo, en este caso, la declaración en fase de instrucción permite inferir ciertos datos sobre la personalidad del testigo, de modo que la defensa podrá fundamentar su solicitud;

— el Tribunal *a quo* deberá distinguir entre los testigos sin relación extraprocesal con los acusados y aquellos que sí la tuvieran, dado que en estos pueden existir enemidad o motivos espurios, por lo que el examen de la solicitud deberá realizarse de modo flexible.

Sobre la base de lo anterior, el Alto Tribunal concluye que los recurrentes pudieron haber deducido de las declaraciones testificales en instrucción que los testigos eran vecinos, por lo que al no haber señalado ningún conflicto con ellos y considerar el tribunal *a quo* subsistente la peligrosidad de los acusados —basada en su antigua pertenencia a las fuerzas armadas de su país de origen—, la denegación efectuada es razonable.

(iii) La jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Constitucional establece que las declaraciones de testigos anónimos pueden ser valoradas como prueba de cargo siempre que a) el anonimato haya sido ordenado por un órgano judicial que haya ponderado los intereses en conflicto; b) se hayan habilitado medidas alternativas que permitan a la defensa evaluar y combatir la credibilidad y fiabilidad del testigo y de su testimonio; y, c) la declaración testifical sea corroborada por otros elementos probatorios, de modo que esta no sea la única prueba de cargo. En el presente caso, el Tribunal Supremo considera que concurren la totalidad de los anteriores requisitos, por lo que desestima el motivo casacional relativo a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia de los recurrentes.

PROPIEDAD INTELECTUAL*

1. LEGISLACIÓN

[España]

La Fiscalía General del Estado establece pautas para la interpretación y aplicación de los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma acometida por la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica el Código Penal

Circular 8/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 (BOE de 21 de diciembre de 2015)

La reforma del Código Penal («CP») de marzo de 2015 introdujo importantes novedades en relación con los delitos de propiedad intelectual con el fin de dotar a los titulares de derechos de una protección más eficaz en el entorno de la sociedad de la información. A grandes rasgos: amplió el catálogo de conductas recogidas en el tipo básico del artículo 270 CP, sustituyó el tradicional elemento subjetivo del ánimo de lucro exigido al tipo por el ánimo de obtener beneficio económico directo o indirecto, e incluyó un tipo especial que, de forma expresa, considera relevante a efectos penales la conducta de las páginas webs que enlazan ilícitamente a las obras protegidas.

La Circular de la Fiscalía General del Estado realiza un análisis del nuevo artículo 270 CP, que abandona el sistema de *numerus clausus* en la concreción de las causas típicas del delito contra los derechos de propiedad intelectual al añadir a las tradicionales conductas de reproducir, distribuir, plagiar y comunicar públicamente sin la autorización del titular, aquellas conductas que de cualquier otro modo conllevan una explotación económica de la obra o prestación. De esta manera, la norma pretende cubrir eventuales mecanismos de vulneración de los derechos de propiedad intelectual que puedan darse en un futuro y evitar que una enumeración cerrada quede obsoleta en el corto plazo.

Asimismo, la Circular despeja las discrepancias existentes sobre la inclusión o no en el tipo penal de las conductas en las que los beneficios económicos se obtienen indirectamente al sustituir la exigencia de que exista ánimo de lucro en la infracción por la exigencia de que se obtenga un beneficio directo o indirecto.

Por otra parte, en relación con la actividad de enlazar contenido protegido de forma ilícita (artículo 270.2 CP) la Circular matiza que la acción penal puede dirigirse contra el prestador de un servicio de la sociedad de la información a través del cual se ponen a disposición enlaces que conducen a contenidos ilícitos aun cuando los enlaces se faciliten por los destinatarios del servicio (*i. e.*, las páginas de enlaces). En todo caso, la actividad deberá realizarse de manera activa y no neutral, sin limitarse a un tratamiento puramente técnico. La circunstancia de que sea el usuario final quien facilite los enlaces no varía la naturaleza delictiva de la actividad de intermediación realizada por el responsable de la página al facilitar el acceso irregular a contenidos con la finalidad de beneficiarse económicamente en perjuicio de un tercero.

La Circular aclara que la mera subida de contenidos protegidos con la única finalidad de hacer posible su disfrute por otros internautas resulta atípica, salvo en los supuestos en los que la propia obtención del contenido conlleve la comisión de un delito.

Por último, en cuanto a los usuarios particulares del contenido ilícito, la Fiscalía no tiene dudas sobre la atipicidad de la conducta. El acceso a contenido ilícito con el único fin del ahorro del precio que podría tener que pagarse por el acceso legal al contenido excede a la tutela penal de los derechos de propiedad intelectual.

* Esta sección ha sido coordinada por Agustín González. Para su elaboración ha contado con la colaboración de Álvaro Bourkaib, Rafael Sánchez Arísti, Nora Oyarzabal, María García y Sara Duro, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

2. JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Las reclamaciones de la compensación equitativa por copia privada fundadas en una norma nacional están comprendidas en la «materia delictual o cuasi delictual» del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001, por lo que el tribunal del Estado miembro donde se produzca el daño es competente para conocerlas

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de abril de 2016 (Asunto C-572/14)

En este asunto elevado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE»), el Tribunal Supremo de Austria plantea una cuestión prejudicial acerca de la competencia de los tribunales nacionales para conocer las acciones de reclamación de la compensación equitativa por copia privada fundadas en una norma nacional con ocasión de un litigio instado por la entidad de gestión Austro-Mechana frente a Amazon.

La entidad de gestión interpuso una acción de reclamación de la compensación equitativa por copia privada generada por la venta de soportes de grabación contra Amazon, con fundamento en la normativa nacional austríaca. La demanda fue desestimada en primera instancia por falta de competencia internacional, y el tribunal de apelación confirmó la desestimación argumentando que el litigio no estaba comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil («Reglamento 44/2001»).

En virtud de dicho precepto, en cuanto a materias delictuales o cuasi delictuales, las personas domiciliadas en un Estado miembro pueden ser demandadas en otro Estado miembro, ante el tribunal del lugar donde se hubiera producido o pudiese producirse el hecho dañoso.

En estas circunstancias, el Tribunal Supremo austríaco planteó al TJUE si constituye «materia delictual o cuasidelictual» la reclamación del pago de una compensación equitativa por copia privada que, con arreglo al Derecho austríaco, puede dirigirse contra las empresas que ponen por primera vez en circulación soportes de grabación en el territorio nacional, a título oneroso y con fines comerciales.

Según la propia jurisprudencia del TJUE, el concepto de «materia delictual o cuasidelictual» comprende toda demanda con la que se pretenda exigir la responsabilidad del demandado y que no esté relacionada con la materia contractual. En el caso, la demanda de Austro-Mechana para el pago de la compensación no puede considerarse materia contractual, dado que no existe ningún compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra, sino que es el Derecho austríaco el que impone el pago de la compensación equitativa por la puesta en circulación, para fines comerciales y a título oneroso, de unos soportes de grabación que pueden emplearse para reproducir obras o prestaciones protegidas.

Por otra parte, el TJUE determina que el impago de la compensación equitativa por copia privada a Austro-Mechana es un hecho dañoso en sí mismo en virtud del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001, ya que considera acreditado que hay un nexo causal entre dicho impago y el daño causado a los titulares de derechos de propiedad intelectual que no perciben la compensación equitativa, cuya reparación pretende Austro-Mechana.

Como ha reiterado la jurisprudencia del TJUE, el objeto de la compensación equitativa por copia privada es indemnizar a los autores y otros titulares de derechos por el perjuicio sufrido por la reproducción de sus obras o prestaciones. El hecho de que Amazon no sea el usuario final que ha efectuado las reproducciones de las obras protegidas para su uso privado no impide que el pago de la compensación establecida recaiga en ella, ya que puede repercutir su importe a sus clientes finales.

Asimismo, ha de atenderse a que la norma austríaca dispone específicamente que el acreedor del canon no es directamente el titular del derecho exclusivo de reproducción, sino una sociedad de gestión colectiva de derechos de autor, en este caso Austro-Mechana. La demandante es, por tanto, la única legitimada para invocar el derecho en el sistema austríaco de compensación equitativa por copia privada.

En definitiva, el TJUE concluye que el tipo de acción instada por la entidad de gestión austriaca está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 y que, por tanto, si el hecho dañoso objeto del litigio principal se produce o se puede producir en Austria, extremo que corresponde verificar al tribunal remitente, los tribunales de ese Estado miembro serán competentes para conocer de la demanda.

El perjudicado por una infracción de derechos de propiedad intelectual que reclama una indemnización del daño patrimonial calculada sobre la base del precio de las licencias que hubiese necesitado el infractor para utilizar su derecho puede reclamar adicionalmente la indemnización por daño moral

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de marzo de 2016 (Asunto C-99/15)

En esta sentencia, el TJUE responde a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español («TS») en el marco de un litigio entre, de un lado, el Sr. Liffers, director, guionista y productor de la obra audiovisual *Dos patrias, Cuba y la noche*, y, de otro, la productora Producciones Mandarina S.L. («Mandarina») y Mediaset España Comunicación S.A. («Mediaset»), compañía que explota la cadena de televisión Telecinco.

El Sr. Liffers demandó a Mandarina y Mediaset por la realización y emisión, respectivamente, de un documental sobre la prostitución infantil en Cuba en el que se insertaban pasajes de su obra sin su autorización. En su demanda, solicitó 6.740 euros por la infracción de los derechos de explotación y 10.000 euros adicionales por daños morales.

El Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid estimó parcialmente la demanda e incluyó en la condena el daño moral. En cambio, el tribunal de apelación no solo redujo el importe de la indemnización por la infracción de los derechos de exclusiva, sino que eliminó la condena por daño moral al considerar que el Sr. Liffers no estaba facultado para reclamarla al haber elegido el método de cálculo basado en el precio que habría pagado el infractor por la licencia para llevar a cabo el uso de la obra de manera lícita —artículo 140, apartado 2, letra b) del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual—, en lugar del método basado en la cuantificación del daño establecido en el apartado 2, letra a) del mencionado precepto. A juicio de la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, la elección de un modo de cálculo excluía la aplicación del otro, de modo que no se podían combinar ambos.

Una vez en casación, el TS planteó al TJUE si el artículo 13.1 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual («Directiva 2004/48») puede interpretarse en el sentido de que impide la acumulación de una indemnización por daño moral a la indemnización por infracción de los derechos de explotación de propiedad intelectual calculada según el método de las «licencias hipotéticas».

El artículo 13.1 de la Directiva 2004/48 es el precepto del que provienen los mecanismos de cálculo de las indemnizaciones por daños y perjuicios previstas en el artículo 140 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

El TJUE responde en favor de la posible acumulación y funda su respuesta en que (i) el artículo 13.1 de la Directiva 2004/48, si bien no incluye el daño moral como elemento a tener en cuenta por las autoridades judiciales, tampoco excluye su toma en consideración; (ii) el artículo 13.1 de la Directiva 2004/48 excluye que el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios que ha de abonarse al titular del derecho se base exclusivamente en el importe de las licencias hipotéticas cuando dicho titular haya sufrido efectivamente un daño moral; y (iii) el objetivo de la Directiva 2004/48 es garantizar un nivel de protección de la propiedad intelectual elevado, equivalente y homogéneo en el mercado interior, llegando a afirmar en su considerando 26 que, con el fin de reparar el perjuicio sufrido debido a una infracción, el importe de la indemnización por daños y perjuicios concedida al titular debe tener en cuenta todos los aspectos pertinentes y, en particular, el daño moral.

El TEDH se pronuncia a favor de la libertad de expresión de los internautas que criticaron a una compañía y exonera de responsabilidad a los titulares de las webs en las que se vertieron los comentarios injuriosos

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 2 de Febrero de 2016 (Caso Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete e Index.hu Zrt contra Hungría)

Mediante esta resolución, el TEDH concluye que se ha vulnerado la libertad de expresión de la entidad húngara de autorregulación de prestadores de servicios de Internet Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete («MTE»), así como del portal de noticias Index.hu Zrt («Index»), al haberles considerado los tribunales húngaros responsables de una serie de comentarios injuriosos vertidos por los usuarios de sus portales webs.

MTE e Index publicaron en sus webs varios artículos en tono crítico sobre la práctica cometida por una compañía explotadora de dos portales de servicios inmobiliarios *online* que ofrecía sus servicios gratuitamente a cambio de que apareciese publicidad en sus portales y que, transcurrido cierto lapso temporal y sin previo aviso, cobraba una cuota a los usuarios. La publicidad que se dio a estas prácticas a través de los portales de MTE e Index provocó que algunos internautas afectados por el fraude reaccionasen emitiendo comentarios contra la empresa inmobiliaria, calificándola de «*rubbish*» o «*mug*», o vertiendo comentarios sobre sus prácticas como «*this should go and shit a hedgehog and spend all their money on their mothers' tomb until they drop dead*».

Ante las anteriores circunstancias y sin establecer ningún contacto previo para tratar de paliar el conflicto amistosamente, la compañía injuriada demandó a MTE e Index alegando que se había vulnerado su reputación. La demanda fue estimada por el Tribunal de Primera Instancia húngaro, que no acogió la reivindicación de las demandadas de su carácter de intermediarios de la sociedad de la información fundada en la norma húngara de transposición de la Directiva 2000/30/CE de 8 de junio de 2000 sobre el comercio electrónico, cuya única obligación alcanzaría a retirar los comentarios en caso de denuncia. El Tribunal de Apelación, así como el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional húngaros confirmaron la condena.

Una vez agotada la vía judicial nacional, el TEDH se enfrenta a la ponderación de los derechos fundamentales enfrentados en el asunto. Por un lado, el derecho a la preservación de la reputación de la compañía inmobiliaria (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) y, por otro, el derecho a la libertad de expresión, previsto en el artículo 10 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Para ello, el TEDH tiene en cuenta el contexto de los comentarios, las medidas adoptadas por las demandadas en sus sitios webs para evitar o retirar los comentarios difamatorios, la posibilidad de exigir responsabilidades a los autores directos como alternativa a reclamar a los intermediarios y las consecuencias que derivan del procedimiento nacional para los sitios webs afectados.

En consideración de lo anterior, el TEDH concluye que los tribunales húngaros no han llevado a cabo una ponderación adecuada de los derechos implicados, sino que han impuesto una responsabilidad objetiva a MTE e Index basada en que los sitios de Internet ofrecían la posibilidad publicar comentarios sin un control previo y sin valorar si en el caso concreto la aplicación de ese estándar tan rígido respetaba la libertad de expresión.

Por su parte, en cuanto al contenido de los comentarios, el TEDH señala que, a pesar de que sean comentarios que puedan considerarse ofensivos y vulgares, no incitan al odio o a la violencia ni constituyen una amenaza directa para la integridad física de las personas, sino que son comentarios fruto de una reacción irreflexiva, motivada por la frustración de unos usuarios perjudicados. El TEDH recuerda que, para que un comentario ofensivo exceda la cobertura de la libertad de expresión, es necesario que la denigración del comentario sea gratuita, es decir, que la intención solo sea la de insultar y, aunque es cierto que el tono de muchas expresiones de los comentarios podría resultar inadecuado, no es menos cierto que se trata de un tono habitual en la mayoría de sitios webs.

Por último, el TEDH valora positivamente el hecho de que MTE e Index cuenten con mecanismos de notificación y retirada de contenido ilícito. Es decir, contaban con un sistema al que la demandante podría haberse dirigido para conseguir la retirada de los comentarios antes de acudir a la vía judicial y que, sin embargo, obvió.

[España]

El Tribunal Supremo mantiene la prohibición de la SGAE de cobrar su tarifa general del 10 % a los promotores de conciertos

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de abril de 2016

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia («CNMC») declaró mediante resolución de 6 de noviembre de 2014 la infracción por parte de la SGAE del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea con motivo del carácter inequitativo y excesivo de la tarifa general exigida por parte de la entidad de gestión a los promotores de conciertos (10 % de los ingresos netos de taquilla, previa deducción del IVA). Asimismo, la CNMC acordó prohibir a la SGAE continuar exigiendo dicha tarifa y le impuso una sanción pecuniaria por importe de 3.103.196 euros.

La resolución fue objeto de recurso contencioso-administrativo ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y, durante su tramitación, la SGAE solicitó la suspensión de la prohibición de continuar cobrando su tarifa del 10 % a los promotores de conciertos. La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo no acogió la petición.

Uno de los motivos aducidos por la SGAE en su recurso de casación es el *periculum in mora* que conlleva la decisión recurrida. Argumenta que prohibirle el cobro de su tarifa a los promotores de conciertos conlleva que el recurso formulado frente a la resolución sancionadora de la CNMC pierda su finalidad debido a que una eventual sentencia estimatoria de su recurso resultaría ineficaz porque no podría volver a exigir la tarifa del 10 % ni recuperar el dinero no cobrado debido a la debilidad de las empresas promotoras de conciertos en el mercado.

El Tribunal Supremo rechaza el razonamiento de la SGAE con base en el artículo 130.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, esto es, previa valoración circunstanciada de los intereses enfrentados y decantándose en favor del interés general que supone evitar la conducta de abuso contraria a derecho de la competencia que ejercía la SGAE al exigir a los promotores de conciertos su tarifa del 10 %. Lo contrario, señala el Tribunal, supondría mantener en el mercado tarifas calificadas como inequitativas y excesivas.

Por otra parte, el Tribunal Supremo incide en que el hecho de que las empresas promotoras de conciertos se caractericen por ser especialmente frágiles conduce a sostener la prohibición, ya que la supervivencia en el mercado de este tipo de empresas puede verse afectada por esas tarifas inequitativas y excesivas.

Por último, el Tribunal Supremo desestima el motivo de casación de la SGAE en el que argumenta que la prohibición implica incumplir las obligaciones relativas al nuevo marco regulatorio de las tarifas generales de las entidades de gestión previsto en la disposición transitoria segunda de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, de modificación del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y las obligaciones previstas en el artículo 157 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. El Tribunal Supremo insiste en que la ejecución de la medida consiste en que la SGAE cese en la conducta sancionada (exigir y cobrar tarifas inequitativas y excesivas en sus licencias), una exigencia que en modo alguno es incompatible con el cumplimiento del mandato legal establecido en la norma.

El Tribunal Supremo considera equitativas las tarifas de comunicación pública de AGEDI y AIE para los usos de música en un parque temático

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 2016

El Tribunal Supremo se pronuncia en esta sentencia sobre la equidad de las tarifas reclamadas conjuntamente por la entidad de gestión de los productores de fonogramas (AGEDI) y la entidad de gestión de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales (AIE) por el uso de música grabada en un parque temático.

Desde la apertura del parque en el año 2002, la sociedad demandada ha venido empleando música comercial grabada para amenizar todas las zonas de esparcimiento y ocio del parque, así como para los espectáculos que se representan en él, sin obtener la autorización de AGEDI y sin abonar la preceptiva remuneración equitativa prevista en los artículos 108.4 y 116.2 del texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual en favor de los productores fonográficos y los artistas musicales por la comunicación pública de fonogramas.

A la vista de lo anterior, AGEDI y AIE presentaron conjuntamente una demanda en la que reclamaron el pago del derecho de remuneración y el cese de los actos de comunicación pública de fonogramas hasta que no se obtuviese la preceptiva autorización de AGEDI. Su demanda fue estimada en primera instancia y se condenó a la compañía explotadora del parque a pagar las cuantías determinadas por la aplicación de las tarifas generales de las demandantes, y la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia en sede de apelación.

La demandada interpuso recurso de casación sobre la base de un único motivo, la infracción del carácter equitativo exigido a las tarifas generales fijadas unilateralmente por las entidades de gestión. En esencia, reprochaba que las tarifas generales de AGEDI y AIE no eran equitativas al fijarse unilateralmente sobre la base del criterio de la superficie del parque y sin considerar otros como los ingresos obtenidos, la existencia de otros acuerdos con sociedades que realizan actos de comunicación pública similares, el periodo de apertura del parque y la superficie concreta en la que se hace uso efectivo de sus derechos.

El Tribunal Supremo rechaza las pretensiones de la recurrente fundando sus argumentos en jurisprudencia previa sobre la equidad exigida a las tarifas generales de las entidades de gestión. Por una parte, señala que el hecho de que AGEDI y AIE distingan dos tipos de actos de comunicación pública en su reclamación y que el criterio de la superficie de las instalaciones del parque se aplique únicamente en cuanto al uso de música para amenizar zonas comunes conduce a advertir la equidad, sin que quepa hablar de abuso al haber quedado acreditado el uso intensivo, continuado y en toda su superficie del repertorio de AGEDI y AIE. Las tarifas, además, solo se aplican durante los meses en los que el parque ha estado abierto.

Por otra parte, en cuanto a la remuneración reclamada por los actos de comunicación pública de fonogramas como parte de los espectáculos que se representan en las instalaciones del parque, las bases de cálculo han sido distintas. En ese caso, el criterio seguido consiste en un porcentaje (3,5 %) de los ingresos obtenidos en taquilla por representación, con un mínimo por espectáculo que fue oscilando durante el período reclamado. Según el Tribunal, dicho criterio es equitativo, en tanto que atender al beneficio económico obtenido mediante los espectáculos en los que se usa de forma intensa y continuada el repertorio de AGEDI y AIE se ajusta a la realidad de la explotación de su repertorio.

No obstante, antes del fallo desestimatorio, el Tribunal Supremo matiza que cabría discutir si el porcentaje del 3,5 % es equitativo o abusivo, pero no entra a conocer la cuestión porque no forma parte de la controversia.

El Tribunal Supremo confirma que AISGE no puede ampliar el alcance de su autorización como entidad de gestión a los derechos de los directores de fotografía de obras audiovisuales

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

Mediante esta resolución, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por AISGE contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en cuya virtud se rechazó el recurso dirigido por la recurrente contra la denegación del Ministerio de Cultura de ampliar su autorización y modificar sus estatutos como entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual a fin de incluir en su objeto la gestión de los derechos de los directores de fotografía de las obras cinematográficas y audiovisuales.

Antes de acudir a la vía jurisdiccional, la solicitud de AISGE fue denegada mediante resolución de la Subsecretaría de Cultura y confirmada en alzada mediante resolución de la Ministra de Cultura.

La sentencia recurrida en casación rechazó las pretensiones de AISGE por entender que el artículo 87 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual contiene una lista cerrada de las personas que tienen la consideración de «autores de la obra audiovisual» en la que no se encuentran mencionados los directores de fotografía. En palabras de la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo, la sentencia recurrida habría desestimado el recurso de AISGE porque «no cabe dar autorización para gestionar una clase de derechos no prevista en la legislación de propiedad intelectual».

A la vista de lo anterior, AISGE funda su recurso de casación en dos motivos. En primer lugar, alega que la denegación vulnera el artículo 1 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual dado que los directores de fotografía, al igual que cualquier otro creador, cuentan con derechos de autor sobre su obra que resultan indebidamente negados por la sentencia impugnada.

El motivo no es acogido. La Sala de lo Contencioso-Administrativo reprocha a AISGE que no lo ha formulado adecuadamente, ya que el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual de los directores de fotografía suscita una cuestión nueva, no planteada anteriormente y que excede del objeto del procedimiento, limitado a la denegación de la autorización administrativa. Corresponde al Ministerio de Cultura otorgar esas autorizaciones y en este caso no procede, dado que «los derechos relacionados con obras audiovisuales expresamente previstos por la ley son los enumerados en el art. 87 LPI, derechos entre los que no se hallan aquéllos que puedan ostentar los directores de fotografía» [Nota: cuando la Sala de lo Contencioso-Administrativo señala que no reconoce los derechos de los directores de fotografía ha de entenderse que lo no reconocido es la coautoría del director de fotografía sobre la obra audiovisual junto con el director realizador, el guionista y el compositor de la obra musical creada para la obra audiovisual].

La Sala de lo Contencioso-Administrativo señala que la sentencia recurrida no niega la posibilidad de que los directores de fotografía tengan algún derecho de propiedad intelectual, aunque no corresponda al Ministerio de Cultura ni a la jurisdicción contencioso-administrativa declarar su existencia, sino a la jurisdicción civil.

En cuanto al segundo motivo, AISGE denunció la vulneración de los artículos 148 y 151 del texto refundido de Ley de Propiedad Intelectual, en los que se regulan los requisitos que han de cumplir las entidades de gestión para obtener su autorización, así como el contenido de los estatutos de estas entidades. Según AISGE, el motivo aducido en la sentencia recurrida para denegar su solicitud excede de las causas tasadas en los referidos preceptos.

El motivo tampoco es acogido por el Tribunal Supremo, que incide en su argumentación central: las entidades de gestión tienen como finalidad gestionar derechos específicamente contemplados en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, no otra clase de derechos, y el régimen jurídico diferenciado, previsto en los artículos aducidos por AISGE, se aplica en la medida en que se trate de la gestión de esos derechos y no de otros.

La Audiencia Nacional confirma la condena de 6 años de cárcel a dos administradores de la web Youkioske, que ofrecía contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual (periódicos, revistas, etc.) sin contar con la autorización de los autores de dichos contenidos

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 5 de febrero de 2016

Tal y como se expuso en el artículo «La persecución penal de las páginas de internet que permiten el acceso a contenidos sin autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual: el caso youkioske», publicado en el número 41 de esta revista, la sentencia de la Sala de lo Penal 5 de la Audiencia Nacional, de 5 de marzo de 2015, impuso penas de prisión de 6 años a los administradores de la página web Youkioske (que permitía el acceso a obras protegidas mediante enlaces sin la autorización de sus titulares) por un delito contra la propiedad intelectual y por un delito de constitución e integración en una organización criminal.

La posterior sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2015 anuló la aludida sentencia de la Audiencia Nacional y ordenó que se dictase otra en su lugar en la que se describiesen los hechos probados con mayor precisión, especialmente a la vista de la sentencia del TJUE, Sala 4.ª, de 13 de febrero de 2014 (C-466/12) (la «sentencia Svensson»), de la que se infiere, según el Alto Tribunal, que «los enlaces, aunque sean actos de puesta a disposición, no son actos de «comunicación pública» en el sentido de la Directiva 2001/29/CE que requieran la autorización de los titulares de derechos, salvo que se dirijan a un público nuevo, no contemplado por los titulares de derechos en el momento de autorizar la comunicación inicial. No existe un público nuevo, por ejemplo, cuando los titulares de derechos sobre la obra enlazada habían autorizado que la obra fuera libremente accesible para todos los «internautas»». En particular, el Tribunal Supremo consideró que del relato fáctico contenido en la sentencia de la Audiencia Nacional no era posible conocer si las obras puestas a disposición del público a través de Youkioske habían sido comunicadas previa y libremente al público en general por sus propios

titulares —por ejemplo, a través de las ediciones digitales oficiales de periódicos afectados, como *El País*, *El Mundo*, *Marca*, etc.— y que, por tanto, no se podía determinar si se habían dirigido a un «público nuevo».

El 5 de febrero de 2016 la Sala de Penal de la Audiencia Nacional dictó nueva sentencia en la que confirma todos los pronunciamientos de su anterior sentencia de 5 de marzo de 2015 al considerar que ha quedado acreditado que los titulares de los derechos de propiedad intelectual de las revistas y periódicos que se ofrecían en la página de Youkioske no habían autorizado que las obras fueran libremente accesibles para todos los internautas.

Afirma la Audiencia Nacional que, por lo que se refiere a las revistas y los periódicos publicados en Youkioske, en la mayoría de las publicaciones afectadas, reproducía digitalmente las copias escaneadas de publicaciones físicas en su contenido íntegro sin la autorización de los titulares —es decir, el periódico que se compra en un quiosco, cualquier internauta lo podía visualizar a través de la página Youkioske sin haber pagado nada—. Asimismo, aclara que no debe confundirse lo que es la versión digital de los periódicos y revistas con lo que es la versión escrita digitalizada para poder ser leída en un portal de acceso previo pago. Por ello, concluye la Audiencia Nacional que a través de Youkioske las obras se dirigían a un público nuevo en cuanto que se trata de un contenido al cual solo pueden acceder las personas o internautas que previamente hayan pagado por esa suscripción digital o hayan comprado la edición impresa.

En consecuencia, la Sala de la Audiencia Nacional confirma la condena de 6 años de prisión a los dos administradores de la página web por un delito contra la propiedad intelectual y por un delito de constitución e integración en una organización criminal.

PROTECCIÓN DE DATOS*

1. LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Modificaciones y propuestas legislativas

Aprobación del Reglamento europeo de protección de datos

Después de cuatro años de proceso legislativo y de una larga y compleja negociación, el día 14 de abril de 2016 el Parlamento Europeo aprobó el esperado texto definitivo del Reglamento Europeo de Protección de Datos (el «*Reglamento*»). Este Reglamento renueva y sustituye el marco regulatorio de toda la Unión Europea (UE) en materia de protección de datos y resultará de aplicación directa a todos los Estados miembros de la UE sin necesidad de que sea traspuerto por una norma nacional.

El Reglamento deroga y sustituye a la Directiva 95/46/CE y supone un paso hacia delante en la defensa de la protección de datos personales de los ciudadanos de la UE, reforzando el derecho a la protección de datos como un pilar básico de las garantías y libertades en Europa. Asimismo, se consigue la armonización en esta materia en todo el territorio de la UE mediante una norma única y de aplicación directa en todos los Estados miembros, con el doble fin tanto de alcanzar un nivel coherente de protección en todo el territorio como de evitar divergencias normativas que dificulten la libre circulación de los datos.

El Reglamento formaba parte del denominado «paquete legislativo de protección de datos», que comprendía también la Directiva de protección de datos con fines de cooperación policial y judicial, que ha quedado aprobada junto con el Reglamento el mismo 14 de abril de 2016. Por

* Esta sección ha sido coordinada por Leticia López Lapuente, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez.

otro lado, también se aprobó la creación de un registro de pasajeros, más conocido como el «PNR».

El Reglamento entró en vigor a los 20 días de su publicación en el *Diario Oficial de la UE*, esto es el 25 de mayo de 2016, si bien sus disposiciones y contenido resultarán de aplicación para empresas, ciudadanos y administraciones en el plazo de dos años (contados a partir de la fecha de su publicación).

El Reglamento impone numerosas obligaciones de nuevo cuño a las empresas cuya implementación no podrá completarse —razonablemente— en un corto periodo de tiempo, sino que requerirá significativos esfuerzos de carácter organizativo, técnico, económico y humano. Debe tenerse en cuenta que, en general, el Reglamento introduce una exigencia de mayor compromiso de las organizaciones para garantizar la protección de datos a través del principio de «responsabilidad proactiva» (conocido como *accountability*), principio rector que deberá implementarse e impregnar toda la actividad de la organización.

Lo puntos a destacar del Reglamento son los siguientes:

- (i) ampliación del ámbito de aplicación territorial;
- (ii) condiciones reforzadas para obtener el consentimiento;
- (iii) nuevos derechos de los ciudadanos;
- (iv) deber de información reforzado;
- (v) principio de *accountability*;
- (vi) registro interno de las actividades de tratamiento;
- (vii) notificaciones de fallos de seguridad a la Autoridad de Control (y, en su caso, a los interesados);
- (viii) realización de evaluaciones de impacto (*Privacy Impact Assessments* o PIAs);
- (ix) Data Protection Officer (DPO);
- (x) preocupaciones actuales que se abordan de forma específica, como el *profiling* y el *big data*, y
- (xi) nuevas competencias de la Autoridad de Control y nuevo régimen sancionador.

2. JURISPRUDENCIA

[España]

Derecho al olvido digital

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de marzo de 2016

Mediante esta sentencia el Tribunal Supremo modula una interpretación del fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto al derecho al olvido y establece el criterio de que el único responsable del tratamiento de datos del buscador de Google es Google Inc. y no la empresa filial presente en el territorio europeo, en este caso en España. El Tribunal Supremo da la razón a Google Spain y le exonera de la corresponsabilidad en el tratamiento de los datos personales respecto del derecho al olvido. Esta sentencia obliga a los usuarios españoles a dirigir sus reclamaciones directamente a Google Inc., ubicado en los EE. UU. La sentencia concluye que Google Spain no es responsable del fichero de los datos personales del buscador de Google y, por lo tanto, no debe hacerse cargo de las reclamaciones interpuestas por los usuarios que hayan solicitado el derecho al olvido.

Posteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de fecha 5 de abril de 2016, concluye lo contrario. Es decir, el fallo del Supremo señala que Google Spain puede ser consi-

derada, en un sentido amplio, como responsable del tratamiento de datos que realiza el buscador Google Search en su versión española (www.google.es), conjuntamente con su matriz Google Inc. Asimismo, concluye que está legitimada pasivamente para ser parte demandada en los litigios seguidos en España en que los afectados ejerciten sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, y exijan responsabilidad por la ilicitud del tratamiento de datos personales realizado por el buscador Google en su versión española.

Emisión de programa con cámara oculta

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de marzo de 2016

Esta sentencia analiza si la emisión de unos reportajes, en los cuales se utilizó la técnica de la cámara oculta, suponen una intromisión en el derecho al honor del exjefe de la Policía Local de una localidad de Madrid, que queda destituido desde dicha emisión.

Por lo que respecta al derecho al honor, el Tribunal rechaza la existencia de la vulneración del honor del exjefe de policía y destaca que la crítica recogida en los reportajes fue «plenamente tolerable» y además resultó «socialmente útil» a la vista de la reacción del Ayuntamiento de la localidad donde éste ejercía su profesión.

En la sentencia se subraya que las expresiones vertidas acerca del policía en el programa televisivo son consecuencia de lo manifestado por él mismo, autocalificándose de, por ejemplo, «jefe» de la localidad con independencia de quién fuese el alcalde.

En este sentido, el Tribunal concluye que la ponderación de derechos es absolutamente correcta, pues, aunque el reportaje afectase a la reputación del demandante, su contenido no era impertinente ni innecesario para la exposición de una crítica plenamente tolerable frente al exjefe de Policía. Asimismo, indica el Tribunal que el reportaje resultó socialmente útil, ya que supuso la destitución inmediata de dicho jefe de la Policía Local.

Por otro lado, en relación con el derecho a la intimidad, el Tribunal rechaza la petición del exjefe para que se elevase la cuantía de la indemnización impuesta a la cadena televisiva por vulneración del derecho a la intimidad y propia imagen del policía, al usarse la cámara oculta en la conversación con él, que fue grabado sin su consentimiento.

3. DECISIONES DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

Europa: Grupo de Trabajo del artículo 29

Dictamen 1/2016 sobre el borrador de acuerdo entre la UE y EEUU (Privacy Shield), publicado el 13 de abril de 2016

Tras la declaración de invalidez de la Decisión (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de octubre, que declara la invalidez de la Decisión 2000/520) que avalaba la adhesión al sistema de *Safe Harbor* como vía para poder transferir datos a los EE. UU. sin tener que solicitar la autorización de la Agencia Española de Protección de Datos (la «Agencia»), la UE y el Gobierno de los EE. UU. publicaron el pasado 29 de febrero un borrador de *Privacy Shield*. Este acuerdo (el «Acuerdo») establece un nuevo marco jurídico que ampare las transferencias internacionales a los EE. UU. cumpliendo con las garantías en materia de protección de datos.

En este contexto, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (el «Grupo de Trabajo») ha publicado sus conclusiones acerca de la adecuación del borrador del Acuerdo con el marco normativo aplicable, la Directiva 95/46/EC. Aunque el Grupo de Trabajo valora positivamente las mejoras del acuerdo respecto al sistema anterior de *Safe Harbor*, en el dictamen se subrayan las preocupaciones acerca de los aspectos comerciales y de los accesos a los datos transferidos por parte de las autoridades públicas de los EE. UU. En el dictamen también se señala la falta de claridad del Acuerdo. Además, el Grupo de Trabajo subraya que el Acuerdo deberá ser revisado en el año 2018 cuando el Reglamento de Protección de Datos entre en vigor.

Entre otras cuestiones, el Grupo de Trabajo señala que los principios en materia de protección de datos no han sido adecuadamente trasladados al Acuerdo. En concreto, el principio de limi-

tación de la finalidad y los periodos de retención de los datos no están reflejados en el Acuerdo. Además, el Grupo de Trabajo considera que los mecanismos de indemnización establecidos son insuficientes y demasiado complejos.

En relación con el acceso de las autoridades públicas de los EE. UU., el Grupo de Trabajo concluye que no existen garantías para confirmar que las autoridades públicas no van a acceder de forma indiscriminada y masiva a los datos personales que hayan sido transferidos a los EE. UU.

Por todo ello, el Grupo de Trabajo insta a la Comisión Europea para que mejore los compromisos del Acuerdo con el fin de equiparar el nivel de protección al de la UE. Asimismo, el pasado 25 de mayo de 2016 tuvo lugar un debate sobre el borrador de *Privacy Shield* en el Parlamento Europeo, que resultó en una serie de recomendaciones en línea de lo previsto por el Grupo del artículo 29.

4. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Tratamiento de datos personales en campañas publicitarias por vía postal

Resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 29 de enero de 2016

En la presente Resolución, la Agencia analiza una denuncia en la que la reclamante asegura haber recibido una comunicación por correo postal que no había solicitado. De acuerdo con la Resolución, la entidad beneficiaria de la publicidad contrató a una empresa especializada en realizar campañas publicitarias con el fin de que esta realizase los envíos comerciales sirviéndose de un fichero de destinatarios del que era responsable. Por ello, la entidad proveedora de servicios es responsable de los datos de los destinatarios de la campaña publicitaria. La Agencia considera que la sociedad beneficiaria de la publicidad es también responsable de dicha campaña, ya que determina el lugar donde va a realizarse el evento y, sobre esa elección, solicita al prestador de servicios que seleccione a los destinatarios. De acuerdo con la normativa de protección de datos, si una entidad determina los parámetros identificativos de la campaña, asume el rol de responsable de la campaña, aunque no la gestione y con independencia de que la base de datos a la que se hagan los envíos sea de un tercero. La Agencia concluye que la entidad beneficiaria de la publicidad debería haber verificado diligentemente la legalidad del tratamiento de los datos de la campaña publicitaria.

Por todo ello, la Agencia acuerda que tanto el beneficiario de la campaña como el prestador de servicios son responsables de la campaña, e impone una sanción a cada una de ellas por no haber cumplido con el deber de recabar el consentimiento de la denunciante antes de enviarle comunicaciones comerciales por correo postal.

Acceso incompleto historia clínica (fecundación *in vitro*)

Resolución R/00037/2016 de tutela de derechos, del procedimiento TD/01359/2015, de la Agencia Española de Protección de Datos, de 1 de febrero de 2016

Esta Resolución versa acerca de un derecho de acceso al historial clínico ejercitado por un paciente que se sometió a varios procesos de fecundación *in vitro* con la que era entonces su esposa. El reclamante considera que el acceso que le ha dado el hospital, responsable de la historia clínica, es incompleto, ya que falta información sobre el proceso de fecundación. La entidad reclamada alega que se ha proporcionado toda la documentación, anonimizando los datos relativos a la exmujer.

La Agencia considera que la normativa sobre técnicas de reproducción humana asistida habilita al reclamante a acceder a la totalidad de la historia clínica relativa a los procesos de fecundación a los que se sometió junto con su exesposa. Entiende la Agencia que no es necesario que la exmujer otorgue su consentimiento expreso para que el reclamante acceda a la totalidad de la historia clínica. Por todo ello, la Agencia estima la reclamación e insta a la entidad reclamada para que proceda a otorgar el acceso a la totalidad de la historia clínica sin anonimizar los datos de su exmujer.

Envío de datos especialmente protegidos sobre la salud de una menor a través de correo corporativo

Resolución de archivo de las actuaciones del Expediente núm. E/02320/2015, de 23 de febrero de 2016, de la Agencia Española de Protección de Datos

En esta Resolución se analiza si el acceso por parte de más de 16 funcionarios de la Guardia Civil al correo del denunciante en el que solicita la reducción de jornada y en el que incluye datos sensibles de su hijo ante la Dirección General de la Guardia Civil, donde trabaja, vulnera la normativa de protección de datos.

De las actuaciones de inspección de la Agencia se concluye que las personas que tuvieron acceso al correo fueron como máximo las mismas que tuvieron acceso a la documentación presentada libremente por el funcionario y «en abierto». La Guardia Civil asegura que nadie, aparte de los jefes y personal autorizado, tuvieron acceso al correo corporativo de acuerdo con las normas internas de la Guardia Civil. Además, la Agencia argumenta que la condición de «afectados» sobre la resolución adoptada (acerca de la reducción de jornada del funcionario) la adquiere el resto del personal del destacamento, dado que la reducción de jornada influye en el resto de los compañeros al ser un entorno profesional limitado. Por todo ello, la Agencia argumenta que el resto del personal del destacamento tiene un interés legítimo en conocer la resolución y las motivaciones de la decisión. Asimismo, la Agencia concluye que la resolución transmitida a través del correo contiene exclusivamente la causa alegada por el denunciante en la instancia, si bien el denunciante en su petición había aportado mayor información. Además, en la Resolución se señala que los datos de salud del menor eran circunstancias muy conocidas en el entorno del destacamento, por lo que estos hechos pueden calificarse de «notorios». Por todo ello, la Agencia archiva las actuaciones de este procedimiento.

Posible incumplimiento legal por parte de buscadores relativo a su política de avisos a usuarios sobre resultados incompletos y comunicación a terceros de enlaces desindexados

Resolución de archivo de las actuaciones del Expediente núm. E/04027/2015, de 18 de marzo de 2016, de la Agencia Española de Protección de Datos

En este procedimiento, la Agencia se pronuncia acerca de una denuncia sobre el posible incumplimiento por parte de algunos buscadores de internet de dos cuestiones abordadas por la Agencia en su comunicado (el «Comunicado») de fecha 28 de noviembre de 2014, acerca del documento aprobado por el Grupo de autoridades europeas de protección de datos sobre el derecho al olvido. Una de las cuestiones versa acerca de la política de avisos a los usuarios sobre resultados incompletos y la otra cuestión trata sobre la posible comunicación a terceros editores de los contenidos de los resultados que han sido desindexados por el buscador.

En cuanto a la práctica de algunos buscadores de informar a los usuarios de que la lista de resultados puede no estar completa como consecuencia de la aplicación del derecho europeo, la Agencia consideró en el Comunicado que dicha información no podía basarse en ningún precepto normativo. En el citado documento quedó expuesto que este tipo de avisos a los usuarios debían de ser proporcionados a través de una declaración general que figurase de forma permanente en las páginas del buscador.

El Comunicado se pronunciaba también sobre la práctica desarrollada por algunos buscadores de comunicar a los responsables de las webs que ciertas páginas dejarían de ser accesibles cuando se realizasen determinadas búsquedas por nombres de personas. A este respecto, el Comunicado señalaba que la normativa europea de protección de datos no obliga a los responsables de los motores de búsqueda a comunicar a los operadores de sitios web sobre el hecho de que ciertos contenidos que publican han sido desenlazados. El Grupo de Trabajo determinó que esa comunicación es, en muchos casos, un tratamiento de datos que requiere una base legal adecuada para ser legítima. De este modo, la Agencia, al igual que el Grupo de Trabajo, concluía que no existe en la Directiva 95/46/CE ninguna previsión legal que ampare dicha comunicación de forma sistemática.

Finalmente, la Agencia concluye que el procedimiento implementado por Microsoft Corp. para atender las solicitudes de eliminación de resultados no contraviene el criterio interpretativo expuesto por las Autoridades europeas en materia de protección de datos.

Comunicación al Comité Intercentros del nombre y apellidos de los ocupantes de la relación de puestos de trabajo

Informe Jurídico 0013/2016 de la Agencia Española de Protección de Datos

La consulta analizada por la Agencia se refiere a si procede atender la solicitud de un delegado sindical, miembro del Comité Intercentros, en la que solicita el listado de nombres y apellidos del personal perteneciente al Consejo de Administración de Patrimonio Nacional. De acuerdo con lo indicado en la consulta, la información se solicita con el fin de conocer qué personas ocupan las plazas de la relación de puestos de trabajo. La normativa aplicable a esta entidad de Derecho público (Patrimonio Nacional) no prevé expresamente la cesión de la información que el delegado sindical solicita.

Con anterioridad a la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la Agencia concluía que no era posible una comunicación masiva de información a los órganos de representación de los empleados públicos (ya fuesen funcionarios o personal laboral). La cesión de información solo era posible cuando fuera necesaria para el ejercicio de la función de control de los órganos de representación de los trabajadores, y el acceso se realizaba únicamente a los datos de un empleado concreto que hubiera planteado una queja ante esos órganos de representación.

No obstante, la publicación de la Ley 19/2013, que regula el acceso a la información pública, dio un giro a las conclusiones de la Agencia en esta materia. En este sentido, desde dicha publicación, la Agencia entiende que los datos de la relación o catálogo de puestos de trabajo que consistan únicamente en los datos que deban figurar en la relación o catálogo junto con el nombre y apellidos de la persona que ocupa el puesto no son más que datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano. Por lo tanto, entiende la Agencia, que esa categoría de datos debería ser pública como regla general, a no ser que prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionales.

Por todo ello, se debe valorar si la publicación puede afectar, por ejemplo, a la seguridad. Para llevar a cabo esta valoración debe concederse un plazo de 15 días a todos los posibles afectados para formular alegaciones (manifestando un motivo fundado y legítimo relativo a una concreta situación personal que deba prevalecer sobre el derecho de acceso) sobre la publicación de sus datos.

Publicación individualizada de transferencias de valor. Interés legítimo

Informe Jurídico 172/2016 de la Agencia Española de Protección de Datos

En este informe, la Agencia analiza si la publicación por parte de la entidad consultante, sin el consentimiento de los interesados, de información relacionada con las transferencias de valor llevadas a cabo por ciertas entidades en beneficio de organizaciones y profesionales sanitarios, de acuerdo con el Código de Buenas Prácticas de la Industria Farmacéutica, se adecua a la normativa de protección de datos.

La Agencia se centra en analizar la publicación de las transferencias de valor a personas físicas, ya que las personas jurídicas están excluidas del ámbito de protección de la normativa de protección de datos. La Agencia subraya que, para ponderar si procedería la aplicación del interés legítimo, habrá de aplicarse la regla de ponderación, es decir, será necesario valorar si en el supuesto concreto existirá un interés legítimo perseguido por el responsable del fichero (o por el tercero o terceros a los que se comunican los datos) que prevalezca sobre el interés o derechos y libertades fundamentales del interesado.

La Agencia entiende que la finalidad perseguida con la publicación de la información sería la de garantizar el adecuado conocimiento por parte de los ciudadanos y, en particular, de los pacientes de un determinado profesional sanitario, de que la actuación de los profesionales sanitarios no se encuentra mediatizada en modo alguno como consecuencia de la intervención de los laboratorios asociados. En definitiva, la finalidad de la publicación de dicha información es poner de manifiesto la integridad e independencia de los profesionales al realizar una determinada prescripción, dispensación y administración de medicamentos.

La Agencia entiende que, si bien la normativa de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios no establece un sistema de publicación individualizado, sin embargo, sí

sienta el principio de que los laboratorios habrán de hacer pública la información relacionada con las transferencias de valor.

Por todo ello, la Agencia señala que la publicación de la información de las transferencias de valor a personas concretas, además de superar el juicio de idoneidad y el de necesidad, también superaría el juicio de proporcionalidad estricta. No obstante, la Agencia considera que para llevar a cabo la publicación de esos datos sería conveniente la adopción de medidas de garantía de la privacidad de los profesionales (como, por ejemplo, que no se pueda indexar dicha información en los motores de búsqueda).

SALUD Y ALIMENTACIÓN*

JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Exclusividad en la comercialización de medicamentos huérfanos

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 3 de marzo de 2016

La sentencia resuelve un recurso de casación interpuesto por las sociedades Teva Pharma BV y Teva Pharmaceuticals Europe BV (conjuntamente, «Teva») contra la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 22 de enero de 2015.

Los hechos tienen su origen en la denegación, por parte de la Agencia Europea del Medicamento (en adelante, la «EMA»), de la autorización de comercialización del genérico del medicamento huérfano «*imatinib mesylate*» («*Imatinib*») para el tratamiento terapéutico de la Leucemia mieloide crónica (la «LMC»), solicitada por Teva.

El medicamento Imatinib había sido declarado por la Comisión como medicamento huérfano para el tratamiento de la LMC mediante decisión de 14 de febrero de 2001. El 7 de noviembre del mismo año fue autorizada su comercialización para, entre otros, el tratamiento de la LMC con el nombre comercial «Glivec».

El artículo 8.1 del Reglamento (CE) 141/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1999, sobre medicamentos huérfanos (el «Reglamento»), establece que, cuando se conceda una autorización previa a la comercialización para un medicamento huérfano, la Comunidad y los Estados miembros se abstendrán durante diez años de aceptar, conceder o atender una nueva solicitud de extensión de cualquier otra solicitud previa a la comercialización existente con respecto a un medicamento similar para la misma indicación terapéutica.

Así, en virtud del artículo 8 del Reglamento, Glivec gozaba de un periodo de exclusividad comercial de diez años para la indicación de LMC, periodo que expiró el 12 de noviembre de 2011 (pues su autorización de comercialización originaria surtió efectos a partir del 12 de noviembre de 2001).

Por su parte, el apartado segundo del mismo precepto limita este derecho si el medicamento ha dejado de cumplir los criterios establecidos en el artículo 3, y el apartado tercero deroga parcialmente el periodo de los diez años de exclusividad comercial para tres supuestos en los que un medicamento similar, ya sea huérfano o no, obtenga una autorización previa a la comercialización para la misma indicación terapéutica.

En el caso analizado, en mayo de 2006, al amparo de lo establecido en el artículo 8.3(a) del Reglamento, y por autorización expresa de Novartis (titular de la autorización de comercializa-

* Esta sección ha sido coordinada por Beatriz Cocina y redactada por Ruth Trullenque y Ana Ben-goechea, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez.

ción del primer medicamento) la Comisión designó y registró bajo el nombre de «*Tasigna*» un medicamento huérfano con indicaciones más amplias que «*Glivec*».

En enero de 2012 (vencido el periodo de exclusividad de Glivec) las apelantes solicitaron una autorización para comercializar en el mercado el genérico del medicamento «*Glivec*» para indicaciones terapéuticas cubiertas únicamente por la autorización de comercialización de «*Tasigna*». La EMA denegó la solicitud por gozar aún el segundo medicamento de la exclusividad de comercialización del artículo 8.1 del Reglamento, y esta decisión fue confirmada tanto por el Tribunal General como por el Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia aprecia que nada en la norma impide que si el segundo medicamento cumple los requisitos del artículo 3.1 del Reglamento sea también considerado huérfano y pueda gozar de los diez años de exclusividad. Contrariamente a lo argumentado por las apelantes, el Tribunal de Justicia opina que ambos artículos no son contradictorios, ya que se complementan para asegurar la consecución del objetivo del Reglamento: fomentar la inversión en investigación, desarrollo y *marketing* de medicamentos huérfanos en todos los escenarios.

Normas de comercialización y etiquetado específicas para las frutas y hortalizas en general y para los productos cítricos en particular

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Séptima) de 3 de marzo de 2016

La sentencia analiza determinadas exigencias introducidas en el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 543/2011 de la Comisión, de 7 de junio de 2011, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n.º 1234/2007 del Consejo en los sectores de las frutas y hortalizas y de las frutas y hortalizas transformadas. En particular, se refiere al Anexo I, parte B 2, punto IV, quinto guión de dicho Reglamento, que obliga a cada envase de productos cítricos a llevar «*agrupadas en uno de sus lados y con caracteres legibles, indelebles y visibles desde el exterior*» indicaciones, en su caso, sobre los «*conservantes o sustancias químicas utilizados para tratamientos después de la cosecha*».

El Reino de España solicitó la anulación de dicho precepto, mediante recurso que fue desestimado por sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 13 de noviembre de 2014. Además de algunos motivos formales, España consideraba injustificada, y contraria al principio de igualdad de trato y no discriminación, la distinción entre los cítricos y otras frutas y hortalizas a los que dicha exigencia no es aplicable.

Recurrida dicha sentencia en casación, frente a lo alegado por España, el Tribunal de Justicia argumenta que las normas de comercialización se han de adaptar a las circunstancias concretas de los productos de que se trate, al interés de los consumidores en recibir una adecuada y transparente información y a las recomendaciones de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE/ONU), con las oportunas modificaciones que pudieran venir exigidas por el artículo 113, apartado 2, del Reglamento n.º 1234/2007 (esto es, la indicación del país de origen, la categoría y, en su caso, la variedad o el tipo comercial de los productos).

En este sentido, el Tribunal de Justicia concluye que los cítricos, por un lado, y las restantes frutas y hortalizas, por otro, no se encuentran en situaciones comparables a los efectos de la obligación impuesta por la disposición controvertida, ya que los cítricos son habitualmente sometidos a tratamientos químicos de una concentración mucho mayor que en el caso de otras frutas y hortalizas, pese a la posibilidad de consumir su piel o corteza y que, por lo tanto, no es descabellado imponer a los productores de cítricos una obligación de información específica destinada a los consumidores.

Imposibilidad de declaración de propiedades saludables relativas a la glucosa

Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Quinta) de 16 de marzo de 2016

La sentencia resuelve un recurso de anulación contra el Reglamento 2015/8 de la Comisión, de 6 de enero de 2015, por el que deniega la autorización de determinadas declaraciones de propiedades saludables de los alimentos distintas de las relativas a la reducción del riesgo de enfermedad y al desarrollo y la salud de los niños (el «Reglamento 2015/8»).

La controversia tuvo su origen en la decisión de la Comisión Europea de denegar a la recurrente la autorización para la realización de determinadas declaraciones de propiedades saludables

sobre complementos alimenticios cuyo componente básico es la glucosa. La pretensión de la recurrente consistía en poder alegar, entre otros, que la glucosa contribuye al metabolismo energético normal, mantiene la actividad física y contribuye a un funcionamiento muscular normal durante el ejercicio.

La Comisión Europea entendió que la autorización para la realización de dicha declaración de propiedad saludable no podía ser concedida en tanto suponía una vulneración de lo establecido en el artículo 3 Reglamento CE 1924/2006, toda vez que supondría transmitir un mensaje contradictorio y confuso a los consumidores. Consideró que se estaría fomentando el consumo de azúcares, cuya ingesta aconsejan reducir las autoridades nacionales e internacionales basándose en recomendaciones científicas generalmente aceptadas.

La recurrente alegó que la Comisión faltó a su deber de comprobar si las declaraciones de propiedades saludables podían ser susceptibles de ser autorizadas junto a condiciones de uso específicas o acompañadas de explicaciones o instrucciones de uso. El Tribunal rechazó dicha alegación al no ser posible elaborar requisitos específicos de utilización que evitaran de forma satisfactoria que los consumidores se vieran inducidos a error.

Por otro lado, la recurrente alegó que el Reglamento 2015/8 vulnera el principio de proporcionalidad y restringe de forma injustificada la libertad de circulación de mercancías. No obstante, el Tribunal entiende que tal principio no fue vulnerado, habida cuenta de que no existe una prohibición absoluta de producción o comercialización, sino simplemente una indicación cuyo objetivo es proteger la salud pública evitando declaraciones de propiedad de salud contradictorias susceptibles de confundir a los consumidores.

[España]

Prescripción por principio activo y modelo oficial de receta

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 22 de febrero de 2016

Mediante esta sentencia el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la validez de la disposición final primera del Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen las normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación (el «*Real Decreto 81/2014*» y el «*Real Decreto 1718/2010*», respectivamente).

Dicha disposición había sido impugnada por Farmaindustria, por considerar que el hecho de exigir que en las recetas se mencione el principio activo del medicamento que se prescribe es contrario al artículo 85 de la Ley 29/2006, de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios (actualmente, Real Decreto Legislativo 1/2015) (la «*Ley 29/2006*»).

A juicio de Farmaindustria, la disposición final primera del Real Decreto 81/2014, «*se excede de la Ley 29/2006 en la exigencia de prescripción por principio activo, restringiendo los supuestos legales en que procede e introduciendo dificultades o cargas adicionales a las establecidas por la Ley para la prescripción por marca*». Además, la norma no afecta únicamente a aquellas recetas expedidas a petición de un paciente que tiene intención de utilizarlas en otro Estado miembro de la Unión (en cuyo caso, podría tener sentido, para su mejor identificación, que constase el principio activo), sino que modifica el Real Decreto 1718/2010, por lo que dicha exigencia se incorpora también a cualquier receta médica oficial que se vaya a emplear en el territorio español.

La disposición final primera del Real Decreto 81/2014 modifica el Real Decreto 1718/2010 para incluir, entre los «*datos del medicamento*» que deben constar en la receta, los siguientes:

«1. Denominación del/los principio/s activo/s;

2. Denominación del medicamento si se trata de un medicamento biológico o el profesional sanitario prescriptor lo considera necesario desde un punto de vista médico, siempre de conformidad con lo establecido en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. En tal caso, en la receta se justificará brevemente el uso del nombre comercial».

Así las cosas, el Tribunal Supremo entiende que la disposición final primera del Real Decreto 81/2014 no vulnera lo establecido en la Ley 29/2006 aplicable al caso. Entiende que la incorporación del principio activo a la receta médica no suprime ni condiciona la opción de que la prescripción pueda también efectuarse por el profesional sanitario mediante la denominación del medicamento, pues se ofrece a los facultativos la posibilidad de acudir a esa forma de prescripción «*si lo considera necesario desde un punto de vista médico*». Entiende asimismo que la circunstancia de que se exija al profesional sanitario correspondiente una breve justificación de su decisión de prescribir por denominación comercial tampoco constituye un exceso reglamentario o una imposición *contra legem*, pues tal exigencia resulta plenamente coherente con las previsiones legales —contenidas en el artículo 85.3 de la Ley 29/2006 entonces vigente—, básicamente, que la prescripción por marca es posible si se respeta el principio de mayor eficiencia para el sistema.

Incompetencia de las CCAA para determinar que los medicamentos sean dispensados en los servicios de farmacia hospitalaria

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de marzo de 2016

El caso tiene su origen en la Resolución SC 0403/2010, de 22 de diciembre, del Director Gerente del Servicio Andaluz de Salud (la «Resolución»). Por medio de la Resolución, se estableció que determinados medicamentos destinados a tratamientos extrahospitalarios (oncológicos y hormonales de la infertilidad) debían dispensarse en los hospitales del Servicio Andaluz de Salud. Se justificó esta medida por tratarse de medicamentos que requieren una particular vigilancia, supervisión y control, al estar indicados para tratamientos que deben diagnosticarse y monitorizarse en el ámbito hospitalario, por su elevada toxicidad, por la necesidad de ajustes de posología a lo largo del tratamiento o por sus interacciones con otros fármacos.

Recurrida dicha resolución por la Confederación Empresarial de Oficinas de Farmacia de Andalucía, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, por medio de sentencia de 17 de marzo de 2014, declaró su nulidad por invadir competencias estatales. Dicha sentencia fue recurrida en casación por el Servicio Andaluz de Salud y la Junta de Andalucía.

Según el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en razonamiento que hace suyo el Tribunal Supremo, el artículo 149.1.16.^º de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la «*legislación sobre productos farmacéuticos*», concepto que, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/2004, incluye la ordenación de los medicamentos en cuanto «*sustancias*» cuya fabricación y comercialización está sometida a control de los poderes públicos para garantizar los derechos de pacientes y usuarios. En línea con lo anterior, la legislación estatal atribuye a la Administración del Estado la competencia para regular las condiciones de dispensación o las reservas singulares de prescripción o dispensación.

Según los recurrentes, el artículo 2.6 de la Ley 29/2006, vigente en el momento de la adopción de la Resolución, otorgaba competencias suficientes al Servicio Andaluz de Salud para aprobar la Resolución. En el momento de aprobarse dicha disposición, el precepto establecía que la custodia, conservación y dispensación de medicamentos de uso humano podría corresponder, bien a las oficinas de farmacia, bien a los servicios de farmacia de los hospitales, de los centros de salud y de las estructuras de atención primaria del Sistema Nacional de Salud «*para su aplicación dentro de dichas instituciones o para los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de atención a la salud*». Posteriormente, mediante el Real Decreto-ley 9/2011, se introdujo el inciso que establecía que la dispensación debía ser realizada «*de conformidad con la calificación otorgada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios para tales medicamentos*». Por tanto, siempre según los recurrentes, en el momento de aprobarse la Resolución, la competencia para determinar si la dispensación de un medicamento correspondía a las oficinas de farmacia o a los servicios hospitalarios no se había atribuido en exclusiva a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.

Frente a lo alegado por los recurrentes, concluyó el Tribunal Supremo que la finalidad de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2011 fue dotar al Sistema de mayor cohesión, por lo que contribuyó a clarificar la situación y las atribuciones de la Agencia, pero no altera el régimen competencial previamente aplicable, en virtud del cual la competencia para limitar la dispensación de determinados medicamentos a las farmacias de los hospitales en función de las características de los mismos es exclusivamente estatal. Además de hacer suyos los argumentos de la

sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía desde la perspectiva constitucional, señala que ya antes de 2011 eran aplicables las previsiones de los artículos 24.2 y 89.4 de la Ley 29/2006, de forma que, bien sea de oficio, o bien a solicitud de las Comunidades Autónomas, es exclusivamente la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios quien puede someter a «reservas singulares la autorización de medicamentos que así lo requieran por su naturaleza o características, así como sus condiciones generales de prescripción, dispensación», y el Ministerio de Sanidad y Consumo (hoy Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad) quien puede someter «a reservas singulares las condiciones específicas de prescripción, dispensación y financiación de los mismos en el Sistema Nacional de Salud».

TRIBUTARIO*

1. LEGISLACIÓN

Legislación internacional

- *Convenio entre el Reino de España y el Sultanato de Omán para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y su Protocolo, hecho «ad referendum» en Mascate el 30 de abril de 2014 (BOE de 8 de septiembre de 2015)*
- *Convenio entre el Reino de España y la República de Uzbekistán para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio y su Protocolo, hecho en Madrid el 8 de julio de 2013 (BOE de 10 de septiembre de 2015)*
- *Protocolo entre el Reino de España y Canadá que modifica el Convenio entre España y Canadá para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio, firmado en Ottawa el 23 de noviembre de 1976, hecho en Madrid el 18 de noviembre de 2014 (BOE de 8 de octubre de 2015)*

[España]

Legislación estatal

- *Ley 34/2015, de 21 de septiembre. Reforma parcialmente la Ley General Tributaria (BOE de 22 de septiembre de 2015)*
- *Ley 48/2015, de 29 de octubre. Se aprueban los presupuestos generales del Estado para el ejercicio del año 2016 (BOE de 30 de octubre de 2015)*

Legislación autonómica

- *Ley de Cantabria 6/2015, de 28 de diciembre. De medidas fiscales y administrativas para 2016 (BOC Extraordinario 99/2015 de 30 de diciembre de 2015)*
- *Ley de Galicia 13/2015, de 24 de diciembre. De medidas fiscales y administrativas para 2016 (DOG de 31 de diciembre de 2015)*
- *Ley 6/2015 de La Rioja, de 29 de diciembre. De medidas fiscales y administrativas para 2016 (BOR de 31 de diciembre de 2015)*
- *Ley de Madrid 9/2015, de 28 de diciembre. De medidas fiscales y administrativas vinculadas a la consecución de los objetivos de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2016 y a la política social y económica (BOCM de 31 de diciembre de 2015)*
- *Ley Foral de Navarra 23/2015, de 28 de diciembre. De modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias, para ejecutar la política tributaria del Gobierno de Navarra con el*

* Esta sección ha sido coordinada por Jesús López-Tello y Miguel Bastida Peydro, y en su elaboración han participado Susana Estevão Gonçalves y Catarina Fernandes, del Área de Derecho Fiscal de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

fin de mejorar la recaudación de ingresos públicos y reforzar la progresividad del sistema tributario (BON de 30 de diciembre de 2015)

— *Ley de Valencia 10/2015, de 29 de diciembre. De medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat (DOGV de 31 de diciembre de 2015)*

[Portugal]

Juros de mora aplicáveis às dívidas ao Estado

Aviso n.º 87/2016, de 6 de janeiro (DR 3, Série II, de 6 de janeiro de 2016)

O presente aviso da Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública fixa a taxa de juros de mora aplicáveis às dívidas ao Estado e outras entidades públicas em 5,168%. A referida taxa é aplicável desde 1 de janeiro de 2016.

Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares («IRS») - Tabelas de retenção na fonte da sobretaxa

Despacho n.º 352-A/2016, de 8 de janeiro (DR 5, Série II, de 8 de janeiro de 2016)

Na sequência da entrada em vigor da Lei n.º 159-D/2015, de 30 de dezembro, que vem prever a extinção da sobretaxa de IRS com efeitos a partir 1 de janeiro de 2017 e estabelecer a progressividade da mesma para o ano de 2016, o presente despacho veio fixar as taxas progressivas de retenção na fonte (entre 1% e 3,5%) a aplicar pelas entidades devedoras de rendimentos de trabalho dependente e de pensões (com exceção das pensões de alimentos) em função do escalão no qual se insere a remuneração mensal bruta obtida pelo sujeito passivo relevante.

Medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais

Recomendação (UE) 2016/136 da Comissão, de 29 de janeiro (JOUE L 25/2016, de 2 de fevereiro)

A Recomendação da Comissão Europeia em referência é dirigida aos Estados-Membros da União Europeia e propõe a aplicação, pelos mesmos, de determinadas medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais.

A Comissão Europeia recomenda aos Estados Membros a adoção, nas convenções fiscais celebradas entre si ou com países terceiros: (i) de uma regra geral antielisão nos termos da qual não devem ser concedidos benefícios se for razoável concluir que a obtenção dos mesmos foi um dos principais objetivos de qualquer acordo ou transação que tenha resultado, direta ou indiretamente, nesses benefícios, salvo se se comprovar que tal acordo ou transação refletem uma verdadeira atividade económica ou que a concessão de tais benefícios conformar-se-ia com a finalidade das disposições relevantes da convenção cujo abuso se visa evitar; e, (ii) das novas disposições propostas no art.º 5.º do Modelo da Convenção Fiscal da OCDE (*i.e.* a introdução das necessárias alterações ao conceito de Estabelecimento Estável) de modo a prevenir que a imputação de lucros a um Estabelecimento Estável seja artificialmente evitada pelos agentes económicos, tal como estabelecido na ação 7 do Relatório Final do *Base Erosion and Profit Shifting* («BEPS»).

Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas («IRC») - Declaração periódica de rendimentos Modelo 22

Despacho n.º 1823/2016, de 20 de janeiro de 2016 (DR 25, Série II, de 5 de fevereiro de 2016)

O referido Despacho vem aprovar o novo formulário da declaração periódica de rendimentos Modelo 22, respetivos anexos e instruções de preenchimento.

IRS - Regime transitório das deduções à coleta

Decreto-Lei n.º 5/2016, de 8 de fevereiro (DR 26, Série I, de 8 de fevereiro de 2016)

O Decreto-lei em referência prevê, como medida transitória, a possibilidade de os sujeitos passivos declararem, nas suas declarações de IRS relativas ao ano de 2015, os valores das despesas de saúde, educação e formação, bem como os encargos com imóveis e com lares, valores estes que se substituem aos valores que tenham sido comunicados à Autoridade Tributária e Aduaneira («AT»).

IRC - Sociedade mães e afiliadas de Estados Membros diferentes

Lei n.º 5/2016, de 29 de fevereiro (DR 41, Série I, de 29 de fevereiro de 2016)

A Lei em referência vem transpor para a ordem jurídica interna a Diretiva 2015/121/UE, do Conselho, de 27 de janeiro de 2015, e estabeleceu uma regra anti-abuso aplicável quer (i) à isenção de retenção na fonte de IRC prevista no art.º 14.º para os lucros e reservas que uma entidade residente Portugal coloque à disposição de uma entidade não residente (nos termos e condições aí previstos), quer (ii) ao mecanismo de eliminação de dupla tributação de lucros e reservas previsto no art.º 51.º do Código do IRC (geralmente denominado *participation exemption*).

De acordo com a referida norma anti-abuso, os regimes antes referidos (isenção de retenção na fonte e eliminação de dupla tributação) não são aplicáveis quando exista «*uma construção ou uma série de construções que, tendo sido realizada com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto e finalidade de eliminar a dupla tributação sobre tais rendimentos, não seja considerada genuína, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes*». Ainda nos termos da referida norma, não se considera genuína uma operação que não tenha sido realizada por razões económicas válidas e que não reflita substância económica.

IRS - Regime de prova da União de Facto

Ofício-circulado n.º 20183 de 3 de março de 2016

O Ofício-circulado em análise foi emitido na sequência da alteração do art.º 14.º, n.º 2, do Código do IRS, relativo à presunção de união de facto.

De acordo com o presente Ofício-circulado, a partir de 1 de janeiro de 2015, o registo na base de dados da AT de identidade do domicílio dos sujeitos passivos (durante o período mínimo de dois anos e no período de tributação) constitui, quando invocado pelos mesmos, presunção de existência de união de facto.

Mais determina o referido Ofício-Circulado que, nos casos em que não se verifique identidade de domicílio fiscal, a prova da união de facto pode ser efetuada mediante qualquer meio legalmente admissível, nomeadamente declaração emitida pela Junta de Freguesia quando acompanhada de (i) de declaração de ambos os membros da união de facto, sob compromisso de honra, de que vivem em união de facto há mais de dois anos; e (ii) de certidões de cópia integral do registo de nascimento de cada um deles.

Convenção entre Portugal e Croácia para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento

Aviso n.º 15/2016 de 7 de abril de 2016 (DR 76, Série I, de 19 de abril de 2016)

O presente diploma torna público o cumprimento das formalidades constitucionais de aprovação da Convenção entre a República Portuguesa e a República de Croácia para evitar a dupla tributação e evitar a evasão fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento, assinada em Dubrovnik, em 4 de outubro de 2013.

A referida Convenção entrou em vigor em 28 de fevereiro de 2015.

IRS - «Anexo SS» da Declaração Modelo 3

Portaria n.º 93/2016, de 18 de abril (DR 75, Série I, de 18 de abril de 2016)

A referida Portaria aprova o novo Modelo do Anexo SS e as respetivas instruções de preenchimento e revoga a Portaria n.º 284/2014, de 31 de dezembro.

Orçamento do Estado para 2016

Lei n.º 7-A/2016, de 20 de março de 2016 (DR SÉRIE I)

O Orçamento do Estado para 2016, aprovado pela lei em epígrafe, introduziu diversas alterações em matéria tributária, das quais destacamos as seguintes:

Em sede de IRS:

(i) Na categoria B: (a) é reduzido o período de reporte do resultado líquido negativo apurado de 12 para 5 anos; (b) em caso de liquidação oficiosa pela AT, o rendimento líquido passa a ser apurado, por regra, com aplicação do coeficiente de 0,75;

(ii) O quociente familiar, determinado em função do número de ascendentes e descendentes é eliminado, com a conseqüente reposição do quociente conjugal; e

(iii) Nas deduções à coleta: (a) as deduções personalizantes são aumentadas de € 325 para € 600, no que respeita a dependentes, e de € 300 para € 600, no que respeita a ascendentes, e (b) as deduções relativas a pessoas com deficiência, quando dependentes ou ascendentes se verificadas as condições legais, são aumentadas de € 712,5 para € 1.187,5.

Em sede de IRC:

(i) O prazo de reporte de prejuízos é reduzido de 12 para 5 anos, aplicando-se o novo prazo aos prejuízos fiscais apurados em períodos de tributação iniciados em ou após 1 de janeiro de 2017;

(ii) As condições do regime do «*Participation Exemption*» (exclusão de tributação dos lucros e reservas recebidos e das mais valias ou menos valias obtidas com a transmissão onerosa de instrumentos de capital próprio) bem como da isenção de retenção na fonte sobre os lucros e reservas distribuídos a entidades residentes em Estado-Membro de União Europeia («UE»), Espaço Económico Europeu («EEE») ou Estado com o qual tenha sido celebrada Convenção para evitar a dupla tributação onde se preveja troca de informações, são alteradas nos termos seguintes: (i) o período mínimo de detenção das participações é reduzido de 2 anos para 1 ano; (ii) a percentagem mínima de detenção de capital social ou de direitos de voto é aumentada de 5% para 10%;

(iii) É reduzida de 21,5% para 21% a taxa de IRC aplicável às entidades que não exerçam, a título principal, atividade comercial, industrial ou agrícola; e

(iv) As entidades residentes que integrem grupos multinacionais, sempre que se mostrem verificadas determinadas condições cumulativas previstas na lei, passam a estar obrigadas a apresentar uma declaração de informação financeira e fiscal por país ou por jurisdição (country-by-country reporting).

Em sede de Imposto sobre o Valor Acrescentado («IVA»):

(i) Os estabelecimentos hospitalares, clínicas, dispensários e similares, a poder renunciar à isenção do IVA nas prestações de serviços médicos e sanitários e operações com elas estreitamente conexas apenas nos casos em que tais serviços não decorram de acordos celebrados com o Estado no âmbito do sistema de saúde; e

(ii) A taxa do IVA das refeições prontas a consumir, nos regimes de pronto a comer e levar com entrega ao domicílio e das prestações de serviços de alimentação e bebidas, com exclusão das bebidas alcoólicas, refrigerantes, sumos, néctares e águas gaseificadas ou adicionadas de gás carbónico ou outras substâncias é reduzida de 23% (taxa normal) para 13% (taxa intermédia), com efeitos a partir de 1 de julho de 2016.

Em sede de Imposto Municipal sobre Imóveis («IMI»):

(i) A taxa máxima de IMI aplicável a prédios urbanos é reduzida de 0,5% para 0,45% com exceção dos municípios abrangidos por programa de apoio à economia local ou de ajustamento municipal que podem determinar que a taxa máxima seja de 0,5%;

(ii) A atualização do VPT dos prédios urbanos afetos a uma atividade comercial, industrial ou de serviços deixa de ser anual e passa a ser trienal;

(iii) Em 2016, o VPT dos prédios urbanos afetos a uma atividade comercial, industrial ou de serviços, que tenha sido atualizado entre 2012 e 2015, será objeto de uma atualização extraordinária de 2,25%;

(iv) É eliminado o benefício de redução para metade das taxas de IMI anteriormente aplicável aos fundos de investimento imobiliário abertos, fundos de pensões e fundos de poupança-reforma; e

(v) É eliminada a possibilidade de reclamação da matriz para qualquer titular de um interesse pessoal, direto e legítimo, passando apenas a poder apresentar tal reclamação o sujeito passivo, a Câmara Municipal e a Junta de Freguesia.

Em sede de Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imposto («IMT»):

(i) As aquisições de unidades de participação de fundos de investimento imobiliário fechados de subscrição particular, bem como as operações de resgate, aumento ou redução de capital ou outras nos mesmos fundos, das quais resulte que um dos titulares, ou dois titulares casados ou unidos de facto, fiquem a dispor de pelo menos 75% das unidades de participação representativas do fundo, passam a estar sujeitas a IMT;

(ii) É eliminado o benefício da redução para metade das taxas de IMT anteriormente aplicável aos fundos de investimento imobiliário abertos, fundos de pensões e fundos de poupança-reforma; e

(iii) É revogado o artigo da Lei das Finanças Locais que determinava a redução do IMT em um terço em 2017, em dois terços em 2018 e a sua extinção em 2019.

Em sede de Imposto do Selo («IS»):

(i) A isenção prevista para os empréstimos com características de suprimentos e respetivos juros passa a aplicar-se apenas nos casos em que o sócio detém, diretamente, uma participação no capital não inferior a 10%, e desde que esta participação tenha permanecido na sua titularidade durante um ano consecutivo ou desde a constituição da sociedade beneficiária dos suprimentos, contando que, neste último caso, a participação seja mantida durante aquele período;

(ii) É introduzida na verba 17.3.4 da TGIS relativa a comissões e contraprestações por serviços financeiros, menção expressa, com caráter interpretativo, a operações de pagamento baseadas em cartões; e

(iii) As taxas de IS previstas nas verbas 17.2.1 e 17.2.4, aplicáveis à utilização de crédito ao consumo, são agravadas em 50% relativamente aos factos tributários que ocorrerem até 31 de dezembro de 2018.

Em sede de Contribuição Extraordinária de Solidariedade:

Prevê-se uma redução das taxas da contribuição extraordinária de solidariedade sobre as pensões em 50%, passando a aplicar-se uma taxa de 7,5% sobre o valor mensal bruto entre € 4.611,42 e € 7.126,74 e uma taxa de 20% sobre o valor mensal bruto que ultrapasse o valor de 7.126,74.

Em sede de Lei Geral Tributária:

(i) É revogada a disposição que equipara os erros na autoliquidação a erros imputáveis aos serviços pelo que, relativamente aos impostos autoliquidados, o sujeito passivo deixa de poder apresentar pedido de revisão oficiosa no prazo de 4 anos ou a todo o tempo se o imposto ainda não estiver pago; e

(ii) As pessoas singulares com rendimentos ou património de valor superior a montante a definir vão passar a ser objeto de acompanhamento permanente por parte da AT.

Em sede de Código de Procedimento e de Processo Tributário:

(i) É retirada competência aos Serviços de Finanças para decidir os processos de reclamação graciosa cujos valores sejam iguais ou inferiores a € 5.000; e

(ii) São introduzidos critérios objetivos para a avaliação das garantias apresentadas pelo sujeito passivo com vista à suspensão dos processos de execução fiscal, que não sejam garantias bancárias, cauções ou seguros-caução.

Em sede de Regime Geral das Infrações Tributárias:

Passa a ser punível, com coima variável entre € 500 a € 10.000, a falta de apresentação, no prazo fixado pela AT, da declaração de informação financeira e fiscal por país ou jurisdição relativa às entidades residentes que integrem um grupo multinacional.

2. JURISPRUDENCIA

[España]

Procedimiento Tributario. Suspensión de la ejecución de la deuda tributaria. Sociedades sucesoras. Solidaridad

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 junio de 2015

El Tribunal Supremo analiza si la suspensión acordada como consecuencia de la garantía prestada por uno de los sucesores de una entidad escindida aprovecha al resto de entidades sucesoras o si, por el contrario, la garantía prestada por uno de ellos solo le aprovecha a él de manera que la Administración tributaria podría exigir la garantía a todos y a cada uno de los sucesores.

El Alto Tribunal parte de la imposibilidad de asimilar la figura de «responsable» a la de «sucesor», de acuerdo con lo previsto en la LGT. Establecido lo anterior, se concluye que si se presta una garantía por uno de los sucesores, esta ha de aprovechar a todos los obligados, pues la garantía lo es de la deuda objetivamente considerada. Por lo tanto, no puede dictarse providencia de apremio contra los sucesores que no hayan prestado garantía para la suspensión de la ejecución de una deuda tributaria si uno de los sucesores ya ha prestado dicha garantía.

Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Imprudencia de indemnización de daños y perjuicios a herederos no residentes

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala Contencioso-Administrativo, de 23 julio de 2015

La Audiencia Nacional analiza la procedencia de indemnizar los daños y perjuicios causados a herederos no residentes al haber recibido un trato discriminatorio al no poder aplicar los beneficios fiscales previstos en la normativa autonómica reguladora del ISD.

La conclusión de la Audiencia es que no procede abonar la indemnización por daños y perjuicios solicitada, dado que la actuación de la Administración española fue conforme a la norma nacional. Sin embargo, afirma que podría exigirse la responsabilidad patrimonial por actos del Estado legislador.

Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Establecimiento permanente. Comisionista. Página web

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de junio de 2015

La Audiencia Nacional analiza en el presente caso si existe establecimiento permanente en España para una sociedad no residente cuando actúa como comisionista de ella una empresa del grupo en nuestro país.

En este sentido, la Audiencia Nacional concluye que una entidad no residente puede disponer de establecimiento permanente en España si actúa mediante una comisionista que aunque no ostente la representación directa de la no residente esté sujeta a su supervisión y dirección, contando con los locales y personal del comisionista como lugar fijo de negocios.

Asimismo, afirma que la doctrina científica viene a considerar que una *web site*, como combinación de un *software* y datos electrónicos, no es algo tangible y por lo tanto no puede ser considerado como un lugar fijo de negocios. Por el contrario, un servidor, en el que la *web site* es almacenada y a través del cual es accesible, es un equipo, y como tal sí tiene presencia física, por lo que el lugar donde se encuentre situado sí podría constituir un lugar fijo de negocio.

Impuesto sobre Sociedades. Amortización del fondo de comercio. Prescripción. Facultad de comprobación

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de julio de 2015

La Audiencia Nacional se plantea el alcance de la potestad comprobadora de la Administración tributaria respecto a la amortización del fondo de comercio surgido con ocasión de una operación de fusión que tuvo lugar en un periodo prescrito.

Tanto el art. 23.5 de la Ley 43/1995 como el art. 25.5 Real Decreto Legislativo 4/2004 establecen que la inspección tiene facultades para inspeccionar ejercicios prescritos, a efectos de comprobación de bases imponibles negativas que van a ser compensadas en ejercicios no prescritos. Aun cuando el fondo de comercio no puede ser calificado de «base imponible negativa», la Audiencia Nacional considera que es aplicable *mutatis mutandis* a supuestos análogos, como puede ser la aplicación del fondo de comercio. Por tanto, la Audiencia Nacional concluye que

la inspección puede comprobar ejercicios prescritos para determinar el efecto de la deducción por amortización del fondo de comercio sobre ejercicios no prescritos.

La segunda cuestión que se examina es la cuantificación del fondo de comercio, debiendo decidir si esta debe realizarse en relación con el momento final en que se absorbe una entidad o en atención a cada uno de los negocios combinados que determinan la fusión. La Audiencia, siguiendo el criterio sostenido por la Administración, considera que el fondo de comercio generado por la fusión, debe calcularse por el total de la inversión realizada por la sociedad absorbente y el valor teórico de la sociedad absorbida en el momento de la fusión, y, por tanto, no en función de cada una de las adquisiciones o negocios combinados que tienen lugar antes de la esta.

[Portugal]

IRC - Contabilização pelo «justo valor» de instrumentos financeiros

Decisão arbitral, de 1 de fevereiro de 2016, proferida no âmbito do processo n.º 126/2015-T

Na decisão arbitral em apreço, a Requerente solicita a anulação de liquidações adicionais de IRC emitidas na sequência de procedimento de inspeção instaurado pela AT em que esta veio pôr em causa o reconhecimento contabilístico de um conjunto de valores mobiliários que a Requerente havia classificado como ativos detidos para venda e, em consequência, efetuado o respetivo reconhecimento inicial e mensuração ao justo valor, o que originou variações negativas por reduções de justo valor.

A AT não aceitou a mensuração pelo justo valor na contabilização de tais valores mobiliários por entender que o critério relevante na determinação do modelo de mensuração seriam «*as características dos produtos ativos*» (e não a intenção do investidor, i.e., se se tratam de ativos para venda ou detenção até à maturidade), pelo que os mesmos deveriam ter sido mensurados segundo o critério do custo amortizado.

O Tribunal Arbitral veio entender que, para efeitos de classificação e reconhecimento inicial dos ativos importa considerar «*a intenção do detentor do investimento à data da aquisição: saber se ele adquiriu os «produtos» em causa com a intenção de os deter até à maturidade ou se pretendeu adquirir os ativos com o intuito de, em qualquer momento, os negociar ou deter para venda*». Mais entendeu o Tribunal Arbitral que, *in casu*, os ativos haviam sido adquiridos para negociação pelo que os mesmos deveriam (tal como foram) ser mensurados pelo justo valor.

Assim, concluiu o Tribunal Arbitral que, sendo as variações de justo valor em instrumentos financeiros relevantes para efeitos fiscais, nos termos art.º 18.º, n.º 9, al. a) do Código do IRC, seria de proceder o pedido de pronúncia arbitral anulando-se as liquidações adicionais de IRC emitidas.

3. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

Procedimiento inspector. Petición de datos e informes

Resolución de 21 de enero de 2016 (reclamación 03005/2013)

El TEAC reitera criterio en el sentido de concluir que no toda petición de datos e informes constituye una interrupción justificada de las actuaciones, sino únicamente aquella que, por la naturaleza y el contenido de la información interesada, impida proseguir con la tarea inspectora o adoptar la decisión a la que se endereza el procedimiento.

Adicionalmente, el TEAC añade que, aun siendo justificada, si durante el tiempo en que hubo de esperarse a la recepción de la información pudieron practicarse otras diligencias, dicho tiempo no debe descontarse necesariamente y en todo caso para computar el plazo máximo de duración. En consecuencia, para cada caso, deben valorarse las circunstancias concurrentes para determinar si está justificado el hecho de descontar el plazo de recepción de las informaciones solicitadas del plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras.

El caso que analiza el TEAC en la resolución trata de una solicitud de información a un Ayuntamiento sobre el régimen urbanístico de unas parcelas y solicitud de información a la oficina de valoraciones. En el caso, ambas solicitudes no impidieron continuar las actuaciones.

Impuesto sobre Sociedades. Deducibilidad de los intereses de los préstamos participativos obtenidos de sociedad vinculada

Resolución de 8 de octubre de 2013 (reclamación 04085/2013)

De acuerdo con el TEAC, los intereses de los préstamos participativos obtenidos de la sociedad vinculada en el importe correspondiente a los fondos propios negativos derivados de la operación de compra y amortización de participaciones propias, hasta el momento en que se restaura el equilibrio patrimonial de la entidad, no son deducibles, por constituir dichos intereses retribución de fondos propios a los socios del artículo 14.1.a) LIS, que tienen la consideración de gasto fiscalmente no deducible.

En el supuesto contemplado, se realiza una operación de adquisición de acciones propias y su amortización con reducción de capital. Tras la reducción del capital social, se mantuvieron inalterados los porcentajes de participación de los socios existentes con anterioridad a dicha operación. La adquisición de acciones propias se satisface con fondos percibidos de una entidad luxemburguesa vinculada a través de préstamos participativos que permiten evitar la causa de disolución de la entidad. El importe devuelto a los socios a través de la adquisición de acciones propias excede del importe de las aportaciones, lo que deriva como consecuencia unos fondos propios negativos. Ello supone que, además de devolución de aportaciones, se está produciendo una distribución de reservas, las cuales registran tras la operación un saldo deudor (se están distribuyendo beneficios futuros), financiándose la operación mediante préstamos participativos.

En conclusión, los intereses de los pasivos financieros imputables a los fondos propios negativos (financian distribución de beneficios futuros) representan ellos mismos distribución de fondos propios no deducibles por el 14.1.a).

Impuesto sobre el Valor Añadido. Repercusión y rectificación de cuotas repercutidas. Cambio de criterio

Resolución de 17 de noviembre de 2015 (reclamación 02137/2013)

El TEAC modifica su criterio contenido en las resoluciones 00/0083/2013, de 18 de julio de 2013, y 00/08041/2008, de 25 de enero de 2011, en el sentido de concluir que cuando la repercusión o rectificación tienen su causa en una regularización de la situación tributaria del sujeto pasivo por parte de los órganos de aplicación de los tributos, modificando el tratamiento en su día otorgado a la operación, y el acuerdo de liquidación no es firme por haber sido impugnado por el sujeto pasivo, ello no impide al sujeto pasivo proceder a la repercusión o rectificación del IVA correspondiente a las operaciones controvertidas en los términos determinados en dicho acuerdo, pues el acuerdo de liquidación constituye un acto administrativo investido de las notas de ejecutividad, presunción de validez y eficacia propias de los actos administrativos. Es decir, de acuerdo con el TEAC, en los artículos 88 y 89 de la Ley del IVA no se contiene norma alguna que supedita la repercusión o rectificación del IVA a la firmeza de un acto administrativo en el que se determine la tributación de la operación correspondiente.

4. CONSULTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS

Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Residencia fiscal de las instituciones de inversión colectiva extranjeras gestionadas por sociedades gestoras en España

Consulta de 19 de junio (V1949-15)

La DGT analiza la residencia fiscal de instituciones de inversión colectiva no constituidas conforme a las leyes españolas y que no tienen su domicilio social en territorio español, pero que están gestionadas por sociedades gestoras residentes en España. Se plantea si dicha gestión supone que estas entidades tengan su sede de dirección efectiva en España

La DGT entiende que las instituciones de inversión colectiva que tienen profesionalizada su gestión a través de una sociedad gestora, se dedican con carácter general a la mera tenencia de las aportaciones de sus partícipes. Por tanto, puesto que la actividad desarrollada por las instituciones de inversión colectiva mencionadas (mera tenencia de las aportaciones de los partícipes) es distinta a la actividad desarrollada por sus sociedades gestoras, el hecho de que estas últimas sean residentes fiscales en España no implica que las instituciones de inversión colectivas extranjeras tengan su sede de dirección efectiva en territorio español.

Impuesto sobre Sociedades. Régimen de consolidación fiscal. Composición del grupo fiscal*Consulta de 8 de abril (V1069-15)*

La consulta plantea el impacto que tiene en la configuración de un grupo fiscal en el que conviven entidades de crédito y otras que no son el hecho de que las primeras pasen a estar sujeta a un tipo de gravamen especial del 30 % en 2015, mientras que el resto de las entidades aplican el tipo general.

La DGT entiende que, en los grupos de consolidación fiscal formados por entidades de crédito y por otras que no lo son, existirán dos opciones. La primera, que continúe existiendo un único grupo, constituido por al menos una entidad de crédito y otras respecto de las que se cumplan los requisitos de porcentaje de participación, derechos de voto y mantenimiento de la participación, que tributará al tipo del 30 %. Alternativamente, se podrá crear dos grupos distintos que estarán sujetos al tipo del 30 %, si está formado por sujetos pasivos que tengan la consideración de entidades de crédito, y al tipo general, respectivamente.

Impuesto sobre Sociedades. Exención para evitar la doble imposición. Limitación en caso de operación de escisión previa a la transmisión*Consulta de 15 de junio (V1866-15)*

La consultante plantea la posibilidad de aplicar la exención prevista en el artículo 21 de la LIS a la transmisión de unas participaciones en dos sociedades (HoldCo1 y HoldCo2) que, con carácter previo y en virtud de un canje de valores acogido al régimen especial de operaciones de restructuración, habían adquirido participaciones en sociedades beneficiarias de una escisión parcial de dos ramas de actividad que también se benefició del mismo régimen especial.

La DGT considera que, puesto que las participaciones en HoldCo1 y HoldCo2 proceden de la aportación de las participaciones en NewCo1 y NewCo2, titulares cada una de ellas de dos ramas de actividad adquiridas en virtud de una operación de escisión parcial, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 21.4.a) LIS y no se puede aplicar la exención a la plusvalía que se genere en la venta y que se corresponda con la plusvalía diferida en la operación de escisión.

En este sentido, la DGT extiende el ámbito objetivo de aplicación de la restricción del artículo 21.4 a) LIS a operaciones de escisión, y ello a pesar de que dicho precepto solo haga referencia en su apartado 2.º a operaciones de «aportación» de activos distintos de acciones o participaciones y no contenga ninguna referencia, por tanto, a operaciones de «escisión».

Impuesto sobre Sociedades. Concepto de actividad económica. Arrendamiento de bienes inmuebles*Consulta de 11 de mayo (V1458-15)*

El consultante plantea si es posible que a los efectos de la existencia de la actividad económica de arrendamiento de bienes inmuebles es posible que el administrador de la compañía sea, asimismo, empleado con un contrato de trabajo indefinido y a jornada completa, o, por el contrario, la figura del administrador y del empleado deben recaer en personas distintas.

La DGT, a la vista de lo dispuesto en el artículo 5.1. de la LIS, considera que es indiferente la modalidad del contrato de trabajo que regula la relación laboral del trabajador con la empresa siempre que se trate de un trabajo a jornada completa. Asimismo, considera irrelevante que dicha persona tenga o no la condición de administrador, siempre que perciba su remuneración por la realización de la actividad de arrendamiento de inmuebles, distinta de la que le pudiera corresponder por el cargo de administrador.

Impuesto sobre Sociedades. Escisión total. Transmisión posterior e inmediata de la participación a través de donaciones*Consulta de 28 de mayo (V1676-15)*

La entidad consultante desea realizar una operación de escisión total en favor de diferentes entidades. Tras esta operación se tiene previsto realizar una donación de la mayor parte de las acciones de la consultante, por parte del accionista mayoritario a favor de sus dos hijas, reservándose el derecho de usufructo sobre una parte de las acciones objeto de donación y la plena propiedad de otra parte de las acciones. Ante esta situación, la DGT considera que la donación inmediata produciría el mismo resultado práctico que la realización de una operación de escisión total no proporcional, operación que exigiría que los elementos patrimoniales transmitidos a cada una de las entidades beneficiarias constituyeran rama de actividad.

Sin embargo, la transmisión de las participaciones a sus hijos por vía testamentaria no afectaría a la calificación, ya que se trata de un evento futuro incierto.

Impuesto sobre el Valor Añadido. Lugar de realización del hecho imponible. Servicios relacionados con bienes inmuebles

Consulta de 17 de abril de 2015 (V1195-15)

Una gestoría establecida en el territorio de aplicación del impuesto va a prestar un servicio de tramitación de escrituras notariales referidas a una operación de cesión de créditos hipotecarios garantizados por bienes inmuebles situados en territorio de aplicación del impuesto a una entidad residente en Luxemburgo que dispone de NIF IVA asignado por el estado de Luxemburgo y que figura en el censo VIES. La consultante plantea la cuestión sobre el lugar de localización de los servicios y en particular si les resultaría de aplicación la regla especial de localización de servicios relacionados con bienes inmuebles prevista en el artículo 70 de la Ley del IVA.

La DGT concluye con base en el Reglamento 282/2011 (que no será vinculante hasta el 1 de enero de 2017) y en la jurisprudencia del TJUE que los servicios por los cuales la entidad consultante intermediará en la transmisión de determinados derechos de crédito hipotecario sobre bienes inmuebles y por los que realizará operaciones de diversa índole deben ser considerados como servicios relacionados con un bien inmueble, pues el servicio pretende precisamente su modificación jurídica.

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Base imponible en la cesión y subrogación de préstamos hipotecarios

Consulta de 26 de marzo de 2015 (V0966-15)

La entidad consultante y una entidad financiera formalizaron una escritura pública de cesión, mediante precio, de créditos y préstamos hipotecarios. En la operación de cesión, se plantearon las siguientes situaciones préstamos y créditos garantizados por una única hipoteca, y préstamos y créditos garantizados por varias hipotecas. Asimismo, en cada una de las anteriores situaciones, se plantearon ciertos casos en los que el capital pendiente de amortización de los préstamos y créditos cedidos era inferior a la responsabilidad hipotecaria que figuraba inscrita en el Registro de la Propiedad.

La DGT considera que la base imponible de la cuota gradual de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados está constituida por el importe del préstamo o crédito pendiente de amortización en la fecha de la cesión y los intereses correspondientes, indemnizaciones u otras cantidades garantizadas accesorias, calculadas al momento de la cesión. Además, la DGT aclara que este criterio resulta igualmente aplicable aun cuando el préstamo o crédito se encuentre garantizado por una hipoteca o una pluralidad de hipotecas.

Hasta ahora, y a pesar de algún pronunciamiento jurisdiccional en contra, la DGT venía interpretando que la base imponible en la cesión de préstamos o créditos hipotecarios estaba constituida por el total de la responsabilidad hipotecaria original con independencia de que se hubiere producido una amortización parcial del principal garantizado. Esta contestación, junto con varias posteriores (entre otras, V1079-15, de 8 de abril de 2015, V1262-15 y V1263-15, ambas de 27 de abril de 2015), fijan el nuevo criterio de la DGT.

Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Tributación de compromisos de no competencia internacionales

Consulta de 28 de abril de 2015 (V1285-15)

La DGT analiza la sujeción al IRNR de los pagos mensuales realizados por una sociedad española a un no residente en concepto de un compromiso de no competencia. Se trata de un compromiso de un año de duración, subsiguiente a un contrato de trabajo de un año y medio de duración, compromiso que el consultante cumplió en Perú, que es donde vive y desarrolla su actividad profesional.

La DGT concluye que si el pago supone principalmente remuneración por el trabajo desarrollado durante el empleo (por ejemplo, cuando la obligación de no competir tiene poco o ningún valor para el empleador), el tratamiento fiscal debe ser el mismo que el de la remuneración recibida por el trabajo desarrollado durante el período relevante de empleo.

Por el contrario, en el caso de que los pagos no constituyan una remuneración del trabajo desarrollado antes de la terminación del empleo, se someterían a tributación en el país donde su perceptor resida en el momento de su percepción.

Como curiosidad, la DGT basa sus conclusiones en los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE, a pesar de que España no ha firmado un convenio para evitar la doble imposición con Perú.

Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Efectos de la errónea calificación urbanística del suelo

Consulta de 27 de abril de 2015 (V1269-15)

La consultante es propietaria de una parcela que hasta el año 2002 tenía la calificación de rústica y pasó a calificarse de urbanizable a partir del año 2003. El informe de un letrado urbanista de septiembre de 2011 sobre dicho sector señala que ese suelo debe valorarse como suelo rural, puesto que actualmente se está tramitando un nuevo Plan General de Ordenación Urbanística en el que los terrenos de la propiedad de consultante volverán a pasar a calificarse de urbanos.

La consultante plantea a la DGT si procede la devolución de ingresos indebidos por el IBI y el procedimiento a seguir.

La DGT señala que, con carácter general, la determinación y asignación de un nuevo valor catastral a un bien inmueble por procedimientos de valoración colectiva tienen efectos catastrales y en el IBI el día 1 de enero posterior a su notificación. No obstante, en determinados casos, las modificaciones en el valor catastral se producen con efectos retroactivos, como sería el caso en el que el valor catastral se haya determinado incorrectamente y se procede a determinar un nuevo valor catastral correcto en el marco de un procedimiento iniciado, bien a instancia del interesado que recurre el valor catastral asignado a su bien inmueble, bien de oficio por los órganos del Catastro Inmobiliario. En ambos casos, el nuevo valor catastral asignado al bien inmueble tendrá efectos retroactivos.

En los casos en los que el nuevo valor catastral así determinado sea inferior al anterior valor catastral, procederá la devolución del exceso de cuota de IBI, con el límite de la prescripción. Por lo tanto, la consultante deberá dirigirse en primer lugar al Catastro Inmobiliario y, una vez emitida la resolución por este, deberá dirigirse al Ayuntamiento competente para solicitar la devolución del exceso de las cuotas del IBI ingresadas correspondientes a los periodos no prescritos.

UNIÓN EUROPEA*

1. LEGISLACIÓN

Entrada en funciones de los nuevos jueces del Tribunal General de la Unión Europea y del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea

Resoluciones de 22 y 23 de marzo de 2016 del Consejo de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros por las que se nombran a los jueces del Tribunal General de la Unión Europea y del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea

Mediante resoluciones de 22 y 23 de marzo de 2016 el Consejo de la Unión Europea ha nombrado a 7 nuevos jueces del Tribunal General de la Unión Europea y 2 nuevos jueces del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea. Entre ellos, se ha nombrado al español D. Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez Martín como juez del Tribunal General para el período comprendido entre el 13 de abril de 2016 y el 31 de agosto de 2019.

Estos nombramientos suponen un primer paso en la reforma jurisdiccional acometida por el Tribunal de Justicia para mejorar el funcionamiento de la institución y que prevé, entre otras medidas, un aumento del número de jueces del Tribunal General, el traspaso al Tribunal Gene-

* Esta sección ha sido coordinada por Edurne Navarro Varona, y en su elaboración han participado 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).

ral de la competencia para pronunciarse en primera instancia sobre ciertos asuntos en materia de función pública europea y la disolución del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea.

2. JURISPRUDENCIA

Libertad de establecimiento. Proporcionalidad de la obligación de cesión gratuita de los equipos utilizados para la recogida de apuestas al fin de la concesión

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 28 de enero de 2016 en el asunto Rosanna Laezza / Italia (as. C-375/14)

La legislación italiana establece que el ejercicio de actividades de recogida y gestión de apuestas está supeditado a la obtención de una concesión. Entre las condiciones impuestas por Italia en una licitación para adjudicar nuevas concesiones se establecía que al término de la concesión el concesionario debía ceder a título gratuito los bienes materiales e inmateriales que constituyesen la red de gestión y de recogida de apuestas.

El Tribunal de Justicia ha considerado que esta obligación podía constituir una restricción a la libertad de establecimiento al hacer menos atractivo el ejercicio de la actividad de recogida de apuestas, dado el riesgo de que esta obligación pudiera impedir la rentabilización de la inversión. No obstante, el Tribunal reconoce que la lucha contra la criminalidad vinculada al juego puede constituir una justificación a esta medida, debiendo el juez nacional analizar caso por caso la proporcionalidad de esta normativa.

Libre circulación de personas

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de enero de 2016 en el asunto Comisión / Chipre (as. C-515/14)

El Tribunal de Justicia ha declarado que una normativa que prevé la pérdida del derecho a pensión en caso de que un funcionario renuncie a su empleo en la función pública para ejercer una actividad profesional en otro Estado miembro, pero no si continúa ejerciendo su actividad profesional en este país, constituye una restricción a la libre circulación de trabajadores. El Tribunal recuerda que una normativa nacional puede constituir un obstáculo justificado a una libertad fundamental cuando viene impuesta por motivos de carácter económico que persiguen un objetivo de interés general. Sin embargo, en el presente caso, no se ha demostrado que la medida adoptada sea adecuada y proporcionada.

Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 23 de febrero de 2016 en el asunto Comisión / Hungría (as. C-179/14)

La legislación tributaria húngara permite a los empresarios ofrecer a sus trabajadores instrumentos para acceder a prestaciones en especie en condiciones fiscalmente ventajosas. No obstante, esta misma legislación señala que solo se puede tener acceso a esas ventajas a través de dos instrumentos (la tarjeta de ocio SZÉP y los vales de comida Erzsébet) cuyas condiciones de emisión quedan sujetas a ciertos criterios. Así, los emisores de estos instrumentos deben tener un establecimiento en Hungría, sin que se permita la emisión por sucursales húngaras de sociedades establecidas en otros Estados miembros.

El Tribunal de Justicia ha declarado los regímenes de aplicación a estos instrumentos contrarios al Derecho de la Unión Europea, dado que privan a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros de su derecho a optar por una prestación de servicios transfronteriza sin establecerse en Hungría. El Tribunal de Justicia señala que estas restricciones no son proporcionadas al objetivo subyacente de protección de los consumidores y los acreedores, dado que existen medidas menos restrictivas para alcanzar ese objetivo.

Libre circulación de personas. Obligación de redacción de documentos comerciales transfronterizos en un determinado idioma

Conclusiones del Abogado General Henrik Saugmandsgaard ØE de 21 de abril de 2016 en el asunto New Valmar BVBA / Global Pharmacies Partner Health Srl (as. C-15/15)

De conformidad con la normativa belga, las empresas establecidas en la región flamenca deben utilizar la lengua neerlandesa para redactar las escrituras y documentos que exija la Ley, dado que de otro modo serán declarados nulos de pleno derecho.

En opinión del Abogado General Saugmandsgaard esta normativa resulta contraria al Derecho de la Unión por tener un efecto disuasorio respecto a los intercambios comunitarios. En su opinión, el hecho de que la redacción de las facturas deba realizarse en lengua neerlandesa por carácter imperativo afecta tanto a las empresas de la región flamenca que deseen exportar sus productos a otros Estados miembros como a las sociedades extranjeras que deseen concluir una operación con estas empresas y no dominen ese idioma. Asimismo, los objetivos subyacentes de esta normativa, como son la promoción de la lengua oficial y la facilitación de los controles administrativos y tributarios, se podrían alcanzar mediante medidas menos restrictivas para la libre circulación de mercancías.

Libre prestación de servicios

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 4 de febrero de 2016 en el asunto Ince (as. C-336/14)

Hasta el año 2012, la organización e intermediación en materia de apuestas deportivas en Alemania estaba reservada a un monopolio público. Debido a varias sentencias de tribunales alemanes que declaraban esta reserva contraria al Derecho de la Unión Europea, se introdujo la posibilidad de que los operadores privados obtuviesen licencias para organizar apuestas deportivas. Sin embargo, en la práctica no se otorgó ninguna licencia a un operador privado.

El Tribunal de Justicia ha declarado que supone una restricción de la libre prestación de servicios que las autoridades de un Estado miembro sancionen a un operador privado por intermediar en apuestas deportivas sin autorización si este dispone de autorización de otro Estado miembro. Tal será el caso si la obligación de poseer una licencia se inscribe en un régimen de monopolio público declarado contrario al Derecho de la Unión Europea, o si a pesar de existir en teoría un procedimiento de autorización, en la práctica, tales autorizaciones no se han concedido. El Tribunal recuerda que los procedimientos de autorización deben respetar los principios de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad y ser transparentes.

3. VARIOS

Estadísticas judiciales 2015. Productividad del Tribunal de Justicia, del Tribunal General y del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea

Informe anual 2015. Actividad Judicial. Resumen de las actividades del Tribunal de Justicia, del Tribunal General y del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea

En el año 2015 se han interpuesto el mayor número de recursos (1711) ante los tres órganos jurisdiccionales que componen esta institución en toda su historia.

Por lo que se refiere al Tribunal de Justicia, se han iniciado 713 asuntos, lo que implica un incremento de aproximadamente el 14 % respecto del año anterior. En cuanto a la duración media del procedimiento, para las cuestiones prejudiciales, ha sido de 15,3 meses; para los recursos directos, 17,6 meses; y para los recursos de casación, 14 meses.

Por lo que respecta al Tribunal General, se han iniciado 831 asuntos. Es relevante destacar que se ha producido un incremento de cerca del 90 % del número de recursos resueltos con respecto al año 2010. La duración media del procedimiento ha sido de 20,6 meses en 2015.