

CRÓNICA LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Unión Europea, España y Portugal

ADMINISTRATIVO*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Recomendaciones del Consejo de la Unión Europea al Reino de España sobre las medidas que debería adoptar para reducir el déficit en los años 2016 y 2017

Recomendación del Consejo de 12 de julio de 2016 (DOUE C 299/2016 de 18 de agosto de 2016)

En el documento aprobado por el Consejo de la Unión Europea, se realizan una serie de recomendaciones al Reino de España en relación con el conjunto de medidas que debería adoptar, en los años 2016 y 2017, para garantizar una corrección duradera del déficit excesivo.

El Consejo recomienda tomar una serie de medidas estructurales que permitan aprovechar todos los mecanismos viables para reducir el déficit y la deuda pública. Estas medidas se concretan en (i) aplicar, en todos los niveles de la Administración, los instrumentos contemplados en la Ley Marco Presupuestaria; (ii) mejorar los mecanismos de control de la contratación pública y coordinar las políticas de contratación en todos los niveles de la Administración; (iii) adoptar medidas adicionales que mejoren la integración en el mercado laboral, centrándose en el apoyo individualizado y aumentando la eficacia de las medidas de formación; (iv) adoptar medidas adicionales que mejoren la inserción de la enseñanza superior para el mercado laboral, mediante el estímulo de la cooperación entre las universidades, las empresas y el sector de la investigación; y (v) acelerar la aplicación a nivel autonómico de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, garantizar la aplicación por las Comunidades Autónomas de las medidas de reforma adoptadas para el sector minorista y llevar a cabo la reforma prevista de los colegios y servicios profesionales.

[Portugal]

A nova lei de acesso à informação administrativa e ambiental e de reutilização dos documentos administrativos

Lei n.º 26/2016 (DR 160, Série I, de 2016-08-22)

A Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto, aprovou o novo regime de acesso à informação administrativa e ambiental e de reutilização dos documentos administrativos, revogando:

- (i) a Lei de Acesso aos Documentos Administrativos («LADA»), aprovada pela Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto; e
- (ii) a Lei de Acesso à Informação Ambiental («LAlA»), aprovada pela Lei n.º 19/2006, de 12 de junho.

A nova lei entrou em vigor no dia 1 de outubro de 2016 e regula, por um lado, o acesso aos documentos e à informação administrativa, agora incluindo a ambiental, e, por outro, a reutilização de documentos administrativos (transpondo, quanto a este segundo aspeto, a Diretiva 2013/37/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, que alterou a Diretiva 2003/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de novembro, relativa à reutilização de informações do setor público).

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

A grande novidade estrutural trazida pela Lei n.º 26/2016 reside na consolidação num ato legislativo único dos regimes jurídicos de acesso à informação administrativa geral e de acesso à informação administrativa ambiental.

Conforme resulta da exposição de motivos apresentada pelo Governo, entre os principais desideratos da lei agora aprovada, contam-se (i) a integração do conteúdo da LAIA numa única lei sobre o acesso a toda a informação administrativa, sem prejuízo de o acesso à informação ambiental continuar a gozar, em determinados aspetos, de um regime especial em face do previsto para a demais informação administrativa, por forma a assegurar o cumprimento dos deveres internacionais decorrentes da Convenção de Aarhus, e (ii) o aprofundamento de uma mudança de paradigma no que se refere à disponibilização de informação administrativa, concretizando-se a passagem de uma postura reativa (traduzida na prestação de informação mediante solicitação do particular) para uma postura proativa (através da divulgação online da informação disponível, acedendo o particular nos termos em que entender), passando a caber aos esquemas tradicionais de acesso uma função apenas residual.

A divulgação proativa da informação materializa-se por via da obrigação de os órgãos e entidades públicas ou privadas abrangidos pela lei publicitarem nos seus sítios na internet, de forma periódica (no mínimo semestralmente) e atualizada, um conjunto alargado de informação, e está intimamente ligada à promoção do acesso à informação administrativa através da utilização de meios tecnológicos e aos objetivos do movimento mundial em prol dos «dados abertos», visando facilitar a respetiva cópia e tradução automatizada através de ferramentas de uso gratuito na internet.

Embora mantendo uma grande parte dos princípios e disposições normativas da LADA e da LAIA, não introduzindo uma rutura com a disciplina neles vertida, a Lei n.º 26/2016 não deixa, todavia, de trazer algumas alterações importantes. Em particular, é alterada a definição de documento nominativo, em conformidade com a Lei de Proteção de Dados Pessoais, aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, e a legislação europeia em matéria de proteção de dados pessoais e, relativamente ao acesso a documentos nominativos por terceiros não autorizados pelo titular dos dados, é agora exigido que estes demonstrem serem titulares de um «interesse direto, pessoal, legítimo e constitucionalmente protegido na informação».

Por fim, o âmbito subjetivo da lei foi ainda expressamente ampliando, passando claramente a abranger os órgãos de soberania, as associações e fundações de direito privado e as empresas metropolitanas.

2 · JURISPRUDENCIA

[Espanña]

Inconstitucionalidad de la modificación introducida en la Ley General de Subvenciones en relación con el régimen de implementación de las correcciones financieras resueltas por instituciones europeas

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional n.º 70/2016, de 14 de abril de 2016

En esta sentencia, el TC resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno de Canarias contra la disposición final segunda del Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación, que daba nueva redacción al art. 7 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones («LGS»).

De acuerdo con esta nueva redacción, la responsabilidad de los sujetos previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera («LO 2/2012»), con origen en correcciones financieras acordadas mediante sentencias, actos o decisiones dictados por las instituciones europeas, se determinaría y repercutiría conforme al régimen establecido en esta Ley Orgánica y su normativa de desarrollo.

La LO 2/2012, en su disposición adicional segunda, establece que cuando el incumplimiento de las normas del Derecho de la UE por parte de alguna Administración pública dé lugar a que el Reino de España sea sancionado, la Administración incumplidora asumirá, en la parte que le sea imputable, las responsabilidades que se devenguen de tal incumplimiento. Asimismo, dispone que sea el Consejo de Ministros quien acuerde la compensación o retención que corresponda.

El TC considera que, en el momento en el que se aprueba el Real Decreto-Ley 7/2013, ya era posible realizar ese traslado de responsabilidades con el marco jurídico vigente. Por tanto, el Tribunal considera que el Gobierno no ha justificado de forma suficiente la situación de «extraordinaria y urgente necesidad» que le exige el art. 86.1 CE para legislar por decreto ley. Por ello, declara nula e inconstitucional la modificación introducida en la LGS por la disposición final segunda del Real Decreto-ley 7/2013.

Responsabilidad del Estado legislador como consecuencia de la aplicación del artículo 79.5 de la Ley del IVA declarado contrario a la Sexta Directiva Comunitaria

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de mayo de 2016

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en su sentencia de 11 de julio de 1993, consideró que el hecho de que un Estado miembro aplique una regla de determinación de la base imponible distinta a la regla general contenida en el artículo 11 de la Sexta Directiva en materia de IVA sin haber obtenido previamente la autorización de la Comisión, es contrario al Derecho de la Unión Europea.

Sobre la base de este precedente comunitario, el Tribunal Supremo declara la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por la aprobación y aplicación del artículo 79.5 de la Ley del IVA a sabiendas de que era contrario a la Sexta Directiva. A juicio del Tribunal Supremo, se cumplen los presupuestos para el nacimiento de la responsabilidad del Estado legislador conforme al acervo comunitario: (i) que la norma infringida confiera derechos a los particulares, (ii) que la violación esté suficientemente caracterizada y (iii) que medie relación de causalidad entre la infracción y el daño sufrido. En consecuencia, el Tribunal Supremo condena al Estado a indemnizar a los particulares afectados por la aplicación del referido precepto legal.

El otorgamiento de préstamos participativos por parte de la Administración a una empresa en situación de concurso de acreedores no se ajusta a Derecho conforme a la disposición adicional 41.ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2010

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de mayo de 2016

En esta sentencia, el Tribunal Supremo examina la procedencia del otorgamiento de un préstamo participativo por parte de la Administración a una empresa declarada en situación de concurso de acreedores conforme a lo previsto en la disposición adicional 41.ª de la Ley de Presupuestos Generales de Estado de 2010 (Ley 26/2009). La empresa en situación concursal era concesionaria de la construcción y gestión de las autopistas previstas en el precepto citado y beneficiaria de una serie de expropiaciones forzosas. Por este motivo, pretendía con el préstamo participativo obtener el restablecimiento del equilibrio económico-financiero que fue alterado como consecuencia del sobrecoste del justiprecio acordado por las Juntas Provinciales de Expropiación.

El Tribunal Supremo considera que el otorgamiento del préstamo participativo a una empresa declarada en situación de concurso no procede conforme a la letra de la disposición adicional 41.ª de la Ley de Presupuestos Generales de Estado de 2010 por dos razones fundamentales: (i) porque, al encontrarnos ante un contrato con el sector público, es aplicable la prohibición de contratar que pesa sobre las empresas en situación de concurso de acreedores; y (ii) porque según la interpretación del Tribunal la norma en cuestión se refiere «a supuestos de situación concursal sobrevenida» y no a aquellos en los que la empresa ha sido declarada en situación concursal con carácter previo a la obtención del préstamo.

La concesión de préstamos participativos a sociedades en concurso de acreedores equivalen al otorgamiento de una ayuda de Estado prohibida por el ordenamiento jurídico nacional y europeo

Sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de mayo de 2016

En términos muy similares a lo resuelto en su previa sentencia de 10 de mayo de 2016, el TS desestima el recurso interpuesto una sociedad concesionaria del Estado contra la desestimación, por silencio administrativo, de las solicitudes trimestrales de préstamos participativos formuladas entre octubre de 2011 y octubre de 2013 ante la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje.

La sociedad actora basaba su pretensión en la disposición adicional 41.ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2010, que reconoce a ciertas concesionarias un derecho al equilibrio económico-financiero de la concesión. Sobre la base de lo previsto en ese precepto legal, la actora argumentaba que la Administración había vulnerado la doctrina de los actos propios y

el principio de confianza legítima al no desembolsar los préstamos participativos solicitados, lo que había determinado que, con fecha 25 de julio de 2013, presentase solicitud de concurso por hallarse en situación de iliquidez.

El TS constata que la sociedad cumple con algunos de los requisitos establecidos en la disposición adicional 41.^ª para el otorgamiento de los préstamos participativos. Así, por ejemplo, confirma que el justiprecio pagado por los terrenos en que debía discurrir la autopista fue superior a las estimaciones que sirvieron de base a la concesión (excedió en un 175 %) y que la sociedad desistió del recurso para solicitar el reequilibrio económico.

No obstante, la Sala considera que la sociedad recurrente está afectada por la prohibición de contratar del artículo 60.1.b de la LCSP (actual art. 60.1.c del TRCLSP) porque se encuentra sometida a proceso concursal con anterioridad a la interposición del recurso. Pone de manifiesto, además, que en el desarrollo de los préstamos de tal naturaleza por los distintos organismos públicos figura la exigencia de poder contratar con el Estado para poder obtener un préstamo.

Por ello, el Tribunal Supremo acepta el argumento, aducido por la Abogacía del Estado, relativo a que si el préstamo no es susceptible de reintegro —lo que acontece con una empresa inmersa en concurso de acreedores— aquel adquiere naturaleza de subvención, lo que no contempla la disposición adicional 41.^ª de la Ley. A tal efecto, manifiesta que los préstamos tendrían la consideración de transferencias de capital que equivaldrían, en un supuesto como el presente, a una transferencia financiera que encubre una subvención, lo que no está permitido ni por la normativa nacional (art. 13.2.b Ley 38/2003 de 17 de noviembre, General de Subvenciones) ni por la comunitaria (art. 9 de esa misma Ley).

La sentencia cuenta con dos votos particulares, suscritos por tres magistrados, que se oponen a la tesis mayoritaria de la Sala.

El primer voto particular considera que la disposición adicional 41.^ª de la Ley establece una actividad reglada que impone a la Administración la concesión de un préstamo si se cumplen las condiciones establecidas. A tal efecto, el magistrado considera que la recurrente solicitó los préstamos participativos, cumpliendo todas las condiciones requeridas por la norma, incluso la de existencia de crédito presupuestario, antes de ser declarada en concurso. Además, considera que, en cualquier caso, el silencio de la Administración ante el incumplimiento de la disposición adicional 41.^ª, contradiciendo sus actos propios para reclamaciones precedentes en las mismas circunstancias, no puede beneficiarle excluyéndole de la masa del concurso, en perjuicio de la empresa que tenía derecho a dichos préstamos y del resto de acreedores que no podrían integrar dichos créditos.

El segundo voto particular opina que la sentencia, en vez de examinar si, efectivamente, se daban o no los presupuestos establecidos por la citada disposición adicional para tener derecho a tales préstamos, se desentienden de tal comprobación y deriva su atención hacia las cuestiones suscitadas por la contestación a la demanda. De ese modo, lo que en realidad hace la sentencia es prescindir de la propia disposición adicional 41.^ª. Para los magistrados que emiten el voto esta omisión es particularmente llamativa a la vista de que esa disposición adicional considera expresamente la posibilidad de que la concesionaria se halle en concurso, y no deduce de ello la consecuencia de que carezca de capacidad para recibir los préstamos participativos.

El nuevo régimen retributivo de las energías renovables y su aplicación a las instalaciones existentes no es contrario a los principios de seguridad jurídica e irretroactividad

Sentencias del Tribunal Supremo n.º 1259/2016, 1265/2016 y 1266/2016, de 1 de junio de 2016

El pasado 1 de junio, el Tribunal Supremo dictó tres sentencias, llamadas a ser pronunciamientos judiciales que servirían de guía para resolver ulteriores procedimientos, sobre la legalidad del nuevo régimen retributivo de las energías renovables y su aplicación a las instalaciones existentes según lo previsto en el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio de 2014, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio de 2014.

En síntesis, el Tribunal enjuicia la adecuación a Derecho de los preceptos citados desde tres puntos de vista: (i) ilegalidad de estas normas reglamentarias por vulnerar los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad; (ii) inconstitucionalidad de las normas legales que desarrolla (*i. e.*, Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio y, posteriormente, la Ley

24/2013, del Sector Eléctrico); (iii) incompatibilidad del régimen retributivo nacional de las energías renovables con el Derecho de la Unión Europea.

(i) Por lo que se refiere a la primera cuestión, el Tribunal entiende que las vulneraciones de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad deberían predicarse, en su caso, de la Ley del Sector Eléctrico («LSE») y no de sus normas reglamentarias de desarrollo, por cuanto no definen *ex novo* el régimen retributivo de las energías renovables, sino que se limitan a desarrollar los elementos básicos previstos en la LSE. Hecha esta salvedad, el Tribunal Supremo aplica la doctrina del Tribunal Constitucional para rechazar la vulneración de tales principios (Sentencia n.º 270/2015, de 17 de diciembre, y otras posteriores).

No existe retroactividad prohibida, según entiende el Tribunal, desde el momento en que el cambio del modelo de régimen retributivo no afecta a derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados al patrimonio de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, ni sobre situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas, sino que solo incide en el cómputo global de la rentabilidad que tienen derecho a percibir los titulares de estas instalaciones, dejando a salvo las cantidades obtenidas en el pasado. Según el Tribunal, impedir que el Estado modifique el régimen retributivo de las energías renovables para adaptarlo a las nuevas circunstancias del sistema supondría petrificar del ordenamiento jurídico con el consecuente perjuicio del interés general, que no es sino el objeto de protección de la regulación económica. El régimen jurídico de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, a juicio del Tribunal, garantiza la obtención de una «rentabilidad razonable» de las inversiones por parte de los titulares de este tipo de instalaciones, que se mantiene con el nuevo régimen retributivo específico, pero no otorga ninguna suerte de derecho inmodificable.

(ii) El Tribunal Supremo considera que tampoco se vulneran el principio de seguridad jurídica y su corolario, el principio de confianza legítima, por cuanto no ha existido ningún «*signo externo*» atribuible al actuar del Estado que permita inferir la permanencia inalterada en el tiempo del régimen retributivo anterior, sin que el propio ordenamiento jurídico pueda servir de tal signo externo. Asimismo, la reforma del régimen retributivo no puede calificarse en ningún caso de «*sorpresiva*», «*inesperada*» o «*imprevisible*» para un «*operador económico prudente y diligente*» habida cuenta de las crisis que atraviesa la economía y la delicada situación de la actividad de suministro de energía eléctrica como consecuencia del déficit del sector eléctrico.

(iii) Finalmente, el TS considera que el nuevo régimen retributivo no es incompatible con Derecho de la Unión Europea y, en concreto, con las normas que promueven la producción de energía eléctrica, entre las que destaca la Directiva 2009/28/CE, de 23 de abril. El Real Decreto 413/2014 establece un sistema de despacho de energía eléctrica prioritario en favor de la producción de electricidad a partir de energías renovables con la finalidad de garantizar una situación de «*igualdad de condiciones económicas en el mercado*» que, según el Tribunal, es acorde con las exigencias del Derecho de la Unión Europea. El fomento de la generación de energía renovable, según el Tribunal, no puede contraponerse a la protección de la sostenibilidad económico-financiera del sistema, y ello en la medida en que la viabilidad del sistema es «*condición necesaria*» para la propia existencia de las fuentes de generación de las energías renovables.

Las personas jurídicas de Derecho público no son titulares del derecho fundamental al honor

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2016

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en esta sentencia, ha fijado como doctrina que las personas jurídicas de Derecho público no son titulares del derecho fundamental al honor reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución, a diferencia de las personas jurídicas de Derecho privado, tales como sociedades, fundaciones y asociaciones en general (incluidos los partidos políticos y los sindicatos).

El criterio delimitador radica en la naturaleza pública o privada de la persona jurídica en cuestión, con independencia del régimen aplicable a sus relaciones con terceros o la naturaleza de su titular. Así pues, las entidades públicas empresariales no son titulares del derecho fundamental al honor, mientras que sí lo son las sociedades mercantiles públicas, «*entre ellas las municipales*».

El reconocimiento de un derecho de preferencia en favor de los ocupantes de terrenos de dominio público marítimo terrestre con títulos habilitantes extinguidos o en curso de tramitación vulnera el principio de igualdad de trato y proporcionalidad

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de julio de 2016

El Tribunal Supremo resuelve en esta sentencia un recurso en el que se discutía la legalidad de la disposición transitoria 26.^a del Reglamento General de Costas, aprobada por el Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre. En síntesis, este precepto reconocía un derecho de preferencia en favor de los ocupantes de terrenos de dominio público marítimo terrestre con títulos habilitantes extinguidos o en trámite para la obtención de la correspondiente concesión de ocupación de dominio público.

El Tribunal Supremo considera que tal derecho de preferencia no se ajusta a derecho por vulnerar los principios de igualdad de trato, proporcionalidad y jerarquía normativa. El Tribunal entiende, en efecto, que el precepto controvertido configura el derecho de preferencia en unos términos tan «*genéricos e indeterminados*» que otorga a los ocupantes precaristas del dominio público una ventaja carente de «*justificación objetiva y razonable*» e irreconciliable con el principio de igualdad de trato y proporcionalidad. Asimismo, el Tribunal entiende que este precepto carece de cobertura normativa en la Ley de Costas y adolece de un vicio de «*ultra vires*» por ir más allá de su función de concreción, complemento y desarrollo de la Ley.

ARBITRAJE Y MEDIACIÓN*

1 · JURISPRUDENCIA

[España]

El TSJ del País Vasco anula un laudo por infracción del orden público debido a su falta de motivación

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y lo Penal, de 11 de abril de 2016

El 11 de abril de 2016, la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (la «Sala») estimó la demanda de anulación de un laudo dictado en un arbitraje administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bilbao en la que se alegaba la vulneración del orden público por haber valorado el árbitro la prueba practicada de forma ilógica e irracional y por contravenir el laudo la normativa imperativa y la jurisprudencia aplicable.

La disputa surgió debido a la situación de bloqueo en que se encontraban los órganos sociales de INMOBILIARIA MEPAS, S.A. («MEPAS»), frente a lo que FUNDACIONES DOMINACIONES instó un procedimiento arbitral para solicitar la disolución de MEPAS. Esta se opuso alegando la inarbitrabilidad de la cuestión y el incumplimiento de un requisito de procedibilidad previo al ejercicio de la acción, como era la necesidad de plantear a la Junta General la existencia de una causa de disolución para que esta tratase la cuestión.

Antes de resolver sobre el fondo del asunto, el árbitro se pronunció mediante laudo parcial en el que consideraba que la cuestión planteada sí era arbitrable, por lo que era competente para conocer el fondo del asunto. Este laudo fue impugnado por MEPAS ante la Sala reiterando la falta de arbitrabilidad de la cuestión y alegando la contravención del orden público, pues no se había respetado el derecho societario al no haberse tenido en cuenta que, con carácter previo al ejercicio de la acción de disolución de la sociedad, es requisito indispensable la celebración —o el intento de celebración— de una Junta General que trate la eventual existencia de una causa legal de disolución.

La Sala desestimó la demanda al considerar que «*la materia societaria es susceptible con carácter general de someterse a arbitraje*» y dejó apuntado que, pese a que *prima facie* parecía haberse

* Esta sección ha sido coordinada por Luis Capiel, y en su elaboración han participado Pablo Martínez Llorente, Mónica Zarzalejos Herrero, Jesús Saracho Aguirre, Juan Calvente Henche, Daniel Tejada Plana, Cristina Pinedo Sendagorta, Fabio Núñez del Prado Chaves, Eugenia Simó García, María Antúnez Sánchez, Antón Vieito Baqueiro, Elisa Méndez Bräutigam y Almudena Azcárate Ortega, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

cumplido el requisito de procedibilidad previo al inicio de la acción, era una cuestión de fondo que debía ser resuelta por el árbitro en el laudo final que resolviese la controversia.

Tras ello, el árbitro dictó laudo final en el que esta cuestión apuntada por la Sala no fue tratada, obviando el principal motivo de oposición pendiente de MEPAS. Esto, considera la Sala, supone que «el laudo no esté sustancialmente motivado» y que «conculque el derecho a la tutela judicial efectiva de los Tribunales», por lo que esta vez sí acoge las pretensiones de MEPAS y anula el laudo final dictado por el árbitro.

Si bien la Sala anula el laudo por vulneración del orden público, lo hace debido a su falta de motivación, cuestión que no fue alegada por MEPAS en su demanda de anulación, que se circunscribía a la vulneración del orden público por haber valorado el árbitro la prueba de forma ilógica e irracional y por contravenir la normativa y jurisprudencia aplicable.

El TSJ de Madrid examina la posible infracción del orden público por carencia de medios para litigar en el arbitraje

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y lo Penal, de 13 de abril de 2016

El 13 de abril de 2016, la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (la «Sala») desestimó una demanda de anulación de un laudo arbitral en la que se alegaba, entre otros motivos, la infracción del orden público por carencia de medios para litigar.

En lo que aquí interesa, los demandantes de anulación —que ocuparon la posición de demandados en el arbitraje— (los «Demandados») sostenían que no habían podido contradecir un informe pericial presentado de contrario, por falta de medios para litigar, y que, por tanto, habían padecido una indefensión en el seno del procedimiento arbitral.

La Sala expone que la sumisión a arbitraje «no es admisible si se realiza de tal forma que, por no estar extendida la asistencia jurídica gratuita al arbitraje, la actuación en él de quien carece de recursos para litigar se revele, en la práctica, como ineficaz en el ejercicio de su defensa, que comprende las posibilidades de alegar y probar adecuadamente en pro de su derecho».

Sentado lo anterior, la Sala entiende que en este caso no existió ningún tipo de indefensión. En concreto, pone de manifiesto que los Demandados (i) fueron asistidos por letrados en el arbitraje, (ii) propusieron prueba (que fue admitida por el árbitro) y, además, (iii) no impugnaron el informe pericial presentado de contrario. La Sala añade que, a mayor abundamiento, el árbitro llevó a cabo una minuciosa valoración del acervo probatorio.

El TSJ del País Vasco anula un laudo por vulneración del orden público al considerar que la declaración en rebeldía del demandado infringía los principios de audiencia, contradicción e igualdad de partes

Sentencia 7/2016, de 13 de julio, de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

El 13 de julio de 2016, la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (la «Sala») dictó una sentencia por la que se anulaba un laudo tramitado por la Corte Arbitral de la Cámara de Guipúzcoa (la «Corte»).

El demandado en el procedimiento arbitral presentó su escrito de contestación a la demanda en plazo, aunque no acompañó el justificante del ingreso correspondiente a los gastos de administración y honorarios arbitrales. La Corte le requirió para que abonase estos gastos y, ante la falta de pago, el árbitro terminó por (i) declarar al demandado en rebeldía —lo que determinó que se inadmitiese su contestación a la demanda con los documentos anexos— y (ii) emplazar al demandante en el arbitraje para que abonase los gastos del demandado.

El demandante anticipó los gastos del demandado y, posteriormente, este último acordó abonar los importes pendientes. Una vez justificado el pago del demandado, el árbitro dejó sin efecto la declaración de rebeldía, continuando el procedimiento arbitral en el trámite de prueba y «sin retroacción de las actuaciones». En consecuencia, al demandado le había precluido la posibilidad de presentar su escrito de contestación a la demanda con los documentos adjuntos.

Dictado el laudo, el demandado formuló demanda de anulación de laudo arbitral en la que se alegaba, entre otros motivos, la vulneración de los principios de igualdad y tutela judicial efectiva debido a la indefensión que le había generado la declaración de rebeldía.

La Sala señala que, conforme al Reglamento de la Corte, la falta de pago de los gastos de administración y los honorarios arbitrales no podía dar lugar a la declaración de rebeldía del deman-

dado, y que esa improcedente declaración de rebeldía le colocó en una situación de indefensión, pues no había podido formular la contestación a la demanda ni presentar sus documentos.

Asimismo, la Sala entiende que el acuerdo para el abono de los gastos pendientes suscrito por el demandado no convalidaba en ningún caso esa improcedente declaración de rebeldía.

A la vista de lo anterior, la Sala anula el laudo por vulneración del orden público, al considerar que el demandado se vio privado «de su derecho a efectuar alegaciones en su escrito de contestación a la demanda y de probar los hechos en que fundaba su derecho», con infracción de los principios de audiencia, contradicción e igualdad de partes.

2 · ARBITRAJE DE INVERSIÓN

[Resoluciones Arbitrales]

Un tribunal arbitral constituido con arreglo al CIADI estima que los inversores no pueden evadir los plazos basando su demanda en la transgresión más reciente en una serie de actos estatales relacionados

Laudo CIADI No. ARB(AF)/14/3, Corona Materials, LLC contra la República Dominicana

El 31 de mayo de 2016, un tribunal arbitral constituido conforme a las reglas CIADI desestimó la demanda interpuesta por la minera estadounidense, Corona Materials, al amparo del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (DR-CAFTA, por sus siglas en inglés), por considerarla fuera de plazo.

Corona Materials no había presentado una solicitud de arbitraje dentro del plazo de tres años desde el conocimiento de la vulneración del tratado, pérdida o daño, como establece el DR CAFTA.

La parte demandante invocó la vulneración del principio de «trato justo y equitativo», basándose en la prohibición de denegación de justicia. La controversia en cuestión surgía con la denegación por la autoridad competente de la República Dominicana de un permiso medioambiental a la inversora. Según esta, su derecho a la tutela judicial efectiva se vio vulnerado (i) por la denegación del permiso y (ii) por no responder la autoridad competente a su solicitud de reconsideración de la decisión. Corona Materials argumentó que la falta de respuesta representaba una vulneración continuada del tratado que supondría que el período de la limitación temporal habría sido renovado. También sostuvo que la vulneración original del tratado mediante la denegación del permiso se había convertido en una violación diferente en la forma de una denegación de justicia, lo cual situaba la demanda en plazo.

El tribunal arbitral consideró que no había base válida para tratar la supuesta denegación de justicia como algo distinto de la no concesión del permiso, así como que, siguiendo la línea de la comunicación del Gobierno estadounidense, como parte no contendiente, los demandantes no pueden evadir los plazos del DR-CAFTA basando su demanda en la «transgresión más reciente» de una serie de actos estatales relacionados.

Por último, el tribunal arbitral estimó apropiado —aunque, a la vista la anterior conclusión, no necesario— abordar el fondo, y consideró que la falta de respuesta a la solicitud de reconsideración no suponía una denegación de justicia, un concepto que implica un «fallo sistémico» del sistema de justicia de un Estado.

Un tribunal arbitral constituido con arreglo al CIADI, valorando la relación entre el derecho de los Estados a regular y los derechos del inversor, concluye que los Estados cuentan con un margen de apreciación a la hora de adoptar sus políticas públicas

Laudo CIADI No. ARB/10/07, Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. contra República Oriental del Uruguay

El 8 de julio de 2016, un tribunal arbitral constituido bajo las reglas del CIADI desestimó la demanda interpuesta por la tabacalera Philip Morris contra la República Oriental del Uruguay al amparo del Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República Oriental del Uruguay concerniente a la promoción y protección recíproca de las inversiones.

La controversia nació a raíz de las medidas adoptadas por Uruguay consistentes en limitar la publicidad del tabaco e imponer restricciones relativas a su empaquetamiento. Las demandantes alegaron que esas medidas menoscabaron sustancialmente su inversión —además de sus derechos de propiedad intelectual— y que constituían una violación tanto del principio de trato justo y equitativo como del de expectativas legítimas.

El tribunal arbitral, al determinar la interacción entre los derechos de los Estados a regular y los derechos de los inversores, sostuvo que aquellos cuentan con un «margen de apreciación» a la hora de adoptar sus políticas públicas. Aunque la doctrina del «margen de apreciación» sea propia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la mayoría del tribunal arbitral consideró que dicha doctrina se aplica igualmente a las cuestiones suscitadas en el marco de los tratados de protección de inversiones. El tribunal arbitral concluyó que la discrecionalidad de los Estados para decidir sobre sus políticas públicas debe ser respetada, siempre y cuando las medidas adoptadas no sean irracionales o no hayan sido adoptadas de mala fe.

El tribunal arbitral concluyó que las concretas medidas adoptadas por Uruguay eran razonables porque, por un lado, respondían a sus obligaciones como Estado parte del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco y, por otro, se basaban en un sólido consenso científico sobre los efectos letales del tabaco. Adicionalmente, concluyó que eran eficaces, ya que contribuían a la reducción del tabaquismo en la sociedad uruguaya.

Por último, el tribunal sostuvo que el derecho de marca no otorga a su titular un derecho de uso absoluto e inalienable, que sea objeto de protección frente a cualquier regulación que pueda limitar su uso.

COMPETENCIA*

1 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Principio de observancia de un plazo razonable en el procedimiento

Sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de junio de 2016 en los asuntos CEPSA S.A. contra Comisión (as. C-608/13 P), Repsol S.A. contra Comisión (as. C-617/13 P) y Productos Asfálticos, S.A. (PROAS) contra Comisión (as. C-616/13 P)

El Tribunal de Justicia ha señalado que el incumplimiento del principio de observancia de un plazo razonable puede justificar la anulación de una decisión de la Comisión Europea si da lugar a una vulneración del derecho de defensa de la empresa interesada. No obstante, aclara que la inobservancia por la Comisión del plazo razonable en un procedimiento administrativo, de ser acreditada, no puede, por sí misma, dar lugar a una reducción del importe de la multa impuesta.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha indicado que la pretensión de reparación del perjuicio causado por la inobservancia de este principio no puede formularse directamente ante el Tribunal de Justicia, sino que debe plantearse ante el Tribunal General.

Cálculo del importe de la multa

Sentencias del Tribunal General de 28 de junio de 2016 en los asuntos Portugal Telecom (as. T-208/13) y Telefónica (as. T-216/13)

El Tribunal General ha estimado parcialmente los recursos interpuestos por Telefónica y Portugal Telecom, anulando el importe de la multa impuesta por la Comisión Europea por estimar que para su cálculo había tomado en consideración un valor de ventas erróneo.

* Esta sección ha sido coordinada por Alfonso Gutiérrez, y en su elaboración han participado Raquel Lapresta, Paloma Sanjuán, Tomás Arranz, Ignacio José Larraín, Lina Méndez, Cristina Caballero, Patricia Roger, Marta Solano, Cristina Areces, Pablo Solano y Laura Armenteros, del Grupo de Coordinación de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea, Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid y Bruselas).

El Tribunal General ha señalado que, en la medida que la sanción se refiere a una cláusula de no competencia entre estas dos entidades, las ventas de cada una de ellas correspondientes a actividades que no podían entrar en competencia con las de la otra entidad durante el período de aplicación de la cláusula no se deben considerar a los efectos del cálculo de la multa. Esto se debe a que estas actividades quedaban excluidas del ámbito de aplicación de la cláusula en virtud de su propio tenor.

En la medida en que para el cálculo del importe de la multa la Comisión incluyó erróneamente volúmenes de ventas no sometidos a competencia o excluidos del ámbito de aplicación de la cláusula, el Tribunal General ha concluido que la Comisión deberá pronunciarse de nuevo acerca de la fijación del importe de la multa.

[España]

El Tribunal Supremo aclara las normas aplicables a los expedientes sancionadores tramitados por la CNMC

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de julio de 2016

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia («LDC»), establece que la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia («CNMC») dispone de un plazo máximo de 18 meses para adoptar y notificar la resolución que pone fin a un expediente sancionador. Este plazo puede suspenderse en los casos previstos en la LDC. Transcurrido este plazo, se produce la caducidad del expediente.

En sentencias recientes, la Audiencia Nacional, interpretando varios apartados de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015, consideró que no era posible que la CNMC acordara la suspensión del procedimiento una vez transcurridos 18 meses desde la incoación del expediente, lo que podía producirse si antes de que venciera el plazo inicial se había suspendido el plazo máximo de resolución. Esta interpretación llevó a que la Audiencia Nacional declarase la caducidad de varios expedientes sancionadores, incluyendo del que trae causa este recurso.

Sin embargo, el Tribunal Supremo declara que la mencionada interpretación de la Audiencia Nacional es errónea y que sí es posible que se acuerden suspensiones 18 meses después de la incoación del expediente, siempre que la duración del expediente, teniendo en cuenta las suspensiones, no supere los 18 meses

El Tribunal Supremo establece que las Administraciones Públicas pueden ser declaradas responsables de infracciones de las normas de defensa de la competencia

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 18 de julio de 2016

La extinta Comisión Nacional de la Competencia («CNC») declaró responsable a la Consejería de Agricultura y Pesca («CAP») de la Junta de Andalucía por la infracción del artículo 1 de la LDC por haber participado activamente en la organización y vigilancia del acuerdo de fijación de precios de la uva y mosto de Jerez entre determinados productores y bodegueros en 2007.

La Audiencia Nacional estimó el recurso interpuesto por la CAP y anuló la resolución de la CNC en lo relativo a la declaración de la responsabilidad de esta administración al entender que la CAP no se encontraba incluida en el ámbito subjetivo de la LDC, puesto que no desarrollaba una actividad económica en el mercado.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo casa la sentencia dictada por la Audiencia Nacional y declara que en el ámbito del Derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, razón por la cual lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta, sino la capacidad de esta para incidir en el mercado y restringir la competencia. Por tanto, declara que las Administraciones públicas pueden ser declaradas responsables de infracciones de las normas de la competencia en condición de facilitador o cooperador necesario, incluso cuando no actúen como operadores económicos en el mercado, si su actuación contribuyó a la comisión de la infracción.

El respeto al principio de tipicidad impide que la CNMC realice una interpretación extensiva de las obligaciones de las empresas en el marco de un expediente de vigilancia

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de junio de 2016

El Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación contra la resolución de la CNC en la que se imponía una multa a Redsys Servicios de Procesamiento, S.L. («Redsys») de 819.000 euros por el incumplimiento de algunos de los compromisos a los que se había condicionado la autorización de una operación de concentración entre Redsys y Redes y Procesos, S.A. («Redy»).

Los compromisos adquiridos se referían a la prohibición de (i) que los miembros de los órganos de gobierno de la nueva entidad fueran miembros o representantes de los órganos de gobierno de los esquemas de medios de pago Servired y 4B o de cualquier otro esquema de medios de pago internacional; y (ii) que se suministrase información desagregada de clientes al consejo de la nueva entidad. La CNC consideró que estos compromisos se habrían incumplido debido a la asistencia a varias reuniones del consejo de administración de Redsys, en condición de invitados, de representantes de entidades financieras pertenecientes a los esquemas de medios de pago y en el hecho de que las advertencias realizadas por parte de Redsys a sus consejeros sobre las limitaciones de acceso a la información de los clientes no se ajustó estrictamente a las formalidades establecidas en los compromisos.

El Tribunal Supremo declara que la resolución de la CNC era contraria al principio de tipicidad, ya que había realizado una interpretación extensiva de las obligaciones impuestas en los compromisos. En concreto, declara que, si bien es comprensible que la autoridad de competencia tienda a efectuar una interpretación finalista de los compromisos asumidos atendiendo a su objetivo último, tal procedimiento no es admisible en derecho sancionador. Por tanto, a los efectos de imponer una sanción, la autoridad de competencia deberá atenerse de forma estricta al tipo sancionador tal y como está configurado por la norma o acuerdo que lo define.

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre el alcance de los hallazgos casuales en el ámbito de las inspecciones domiciliarias realizadas por la CNMC

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de abril de 2016

En esta sentencia, el Tribunal Supremo aclara en qué condiciones la autoridad de competencia puede hacer uso de documentos o material probatorio obtenidos en el marco de una inspección en la sede de una empresa que resulten ajenos al objeto de la investigación, pero que sean reveladores de otras posibles actividades ilícitas.

El Tribunal Supremo indica que, con carácter general, el desarrollo del registro debe tratar en todo momento de limitarse al objeto de la investigación autorizada. Sin embargo, a diferencia del ámbito penal, considera que en el ámbito administrativo sancionador cabe el hallazgo casual si en el examen del material requisado se encuentran accidentalmente elementos que constituyan indicios de otras actuaciones irregulares, o bien si en el propio registro el personal investigador encuentra material que *prima facie* sea revelador de actuaciones ilícitas.

En esta sentencia se aclara que la posibilidad de utilización del material incautado dependerá de la conformidad a derecho de la entrada en el domicilio mediante la correspondiente autorización judicial y de que el registro y la incautación de documentación se produzcan de forma adecuada y proporcionada. Si se cumplen estos requisitos, el material obtenido casualmente y ajeno al objeto de la investigación podrá ser legítimamente empleado por la autoridad de competencia para una nueva actuación sancionadora distinta a la que promovió la inspección.

2 · DECISIONES EN MATERIA DE EXPEDIENTES SANCIONADORES

[Unión Europea]

La Comisión Europea sanciona a fabricantes de camiones con multas de 2.926 millones de euros por participación en un cártel

Decisión de la Comisión Europea, de 19 de julio de 2016, en el asunto AT39824 - Camiones

La Comisión Europea ha decidido imponer multas por importe de 2.926 millones de euros a MAN, Daimler, DAF, Iveco y Volvo/Renault por su participación en un cártel en el mercado de fabricación de camiones de categoría media (entre 6 y 16 toneladas) y pesada (más de 16 toneladas). La producción de estas empresas representa nueve de cada diez camiones medianos y pesados vendidos en Europa.

De acuerdo con la decisión de la Comisión, el cártel habría durado 14 años y las empresas que formaron parte de él se habrían coordinado con el objeto de fijar precios, determinar los plazos de implementación de ciertas normas de emisión y traspasar a sus clientes los costes de cumplimiento de dichas disposiciones.

En lo que respecta a la fijación de precios, las empresas se habrían coordinado para fijar el precio bruto de los camiones (precio de fábrica), que usualmente es el factor más relevante para determinar el precio a pagar por los compradores finales. Asimismo, se coordinaron para determinar los plazos de implementación de las normas de emisión y acordaron el traspaso a sus clientes de los costes relacionados.

MAN recibió una exención total del pago de la multa que le habría correspondido por haber desvelado la existencia del cártel. El resto de las empresas recibieron rebajas de las multas por su cooperación en el marco del programa de clemencia y por haber admitido los hechos investigados.

La Comisión considera que los anuncios de precios genuinamente públicos podrían considerarse contrarios a la competencia y acepta los compromisos ofrecidos por catorce compañías de transporte marítimo de mercancías para reducir el riesgo de coordinación

Decisión de la Comisión, de 7 de julio de 2016, en el Asunto AT.39850 – Transporte marítimo de contenedores

Un total de catorce compañías de transporte marítimo de mercancías anunciaban periódicamente sus previsiones de incrementos futuros de precios para servicios de transporte marítimo regular de contenedores, indicando la cuantía del incremento por unidad de contenedor transportada, la ruta comercial afectada y la fecha esperada de aplicación. No obstante, estos anuncios no eran vinculantes y únicamente informaban de la intención de las compañías. La Comisión constató que estos anuncios no resultaban útiles para los clientes y que podrían permitir a las partes conocer las intenciones de sus competidores en materia de precios y coordinar su comportamiento, reduciendo la incertidumbre estratégica y disminuyendo sus incentivos para competir.

La Comisión ha declarado vinculantes los compromisos ofrecidos por las partes para solucionar los problemas identificados. En concreto, los operadores se comprometen a no comunicar los incrementos como lo venían haciendo hasta ahora y a que cualquier anuncio de precios cuente con los elementos necesarios para que sean útiles para los clientes. Asimismo, los precios anunciados tendrán la consideración de precios máximos, pudiendo ofrecer descuentos u otro tipo de ajustes que den lugar a precios más bajos.

[España]

La CNMC impone multas a directivos de empresas fabricantes de pañales para adultos y a una asociación sectorial

Resolución del Consejo de la CNMC de 26 de mayo de 2016 en el Expediente S/DC/0504/15, AIO

La CNMC consideró acreditada la existencia de una infracción única y continuada consistente en la conclusión de acuerdos para la fijación de precios y condiciones comerciales en el mercado español de la fabricación, distribución y dispensación de productos absorbentes para la incontinencia grave de orina en adultos e impuso una multa global de 128,8 millones de euros. En lo que respecta a Arborna & Ausonia, S.L.U. y Procter & Gamble Company (P&G), la CNMC concedió la exención del pago de la multa impuesta en atención a su solicitud de clemencia.

Por primera vez desde la aprobación de la creación de la CNMC se aplica el artículo 63.2 de la LDC para sancionar a cuatro directivos de las empresas y asociación infractoras.

Para determinar la responsabilidad individual de cada directivo, la CNMC tomó en consideración (i) que se trataba de personas autorizadas para tomar decisiones en nombre de la empresa que representan; (ii) que ejercían facultades de organización y control dentro de ella; (iii) que tenían encomendadas funciones de especial responsabilidad que desempeñaban con autonomía; y (iv) que participaron de forma activa y directa en las actuaciones de diseño, impulso y coordinación de la conducta infractora. El directivo de P&G, no obstante, se benefició de la solicitud de clemencia presentada por su compañía, eximiéndosele del pago de la sanción que le hubiese correspondido.

La CNMC confirma la inaplicación de la regla de *minimis* al calificarse la conducta infractora como constitutiva de un cártel e impone multas por valor de 300.000 euros

Resolución del Consejo de la CNMC, de 12 de mayo de 2016 en el Expediente S/0455/12, Grupos de gestión

La CNMC sancionó a varios grupos de gestión (entidades que representan a agencias de viajes independientes en sus negociaciones con proveedores o distribuidores mayoristas turísticos) y a la Asociación de Grupos Comerciales de Agencias de Viajes (AGRUPA) por (i) la fijación de comisiones mínimas y unificación de condiciones comerciales respecto de los proveedores mayoristas; (ii) la concertación de la renuncia a la contratación individual con algún mayorista; (iii) el intercambio de información sensible; (iv) el bloqueo de determinados canales de venta; (v) el reparto de mercado y clientes; y (vi) el boicot a determinadas agencias de viaje. En su resolución, la CNMC descartó la aplicación de la regla de *minimis* al tratarse la conducta descrita de un cártel.

En lo que respecta a la determinación de la sanción, la CNMC aplicó al volumen de negocios realizado durante el año anterior por cada empresa imputada porcentajes situados entre el 4,5 % y el 6,7 %.

La CNMC multa con 5,6 millones de euros a cuatro empresas y nueve directivos por el reparto de licitaciones de Adif relativas al suministro de desvíos ferroviarios

Resolución de la CNMC, de 30 de junio de 2016 en el Expediente S/DC/0519/14, Infraestructuras ferroviarias

Las principales empresas fabricantes de desvíos ferroviarios llevaron a cabo un acuerdo colusorio durante 15 años, consistente en concurrir sistemáticamente en UTE a las licitaciones de GIF y posteriormente de ADIF, en lugar de competir entre ellas al objeto de resultar adjudicatarias. La CNMC consideró probado que estas empresas contaban con los medios técnicos, económicos y profesionales suficientes para haber concurrido por separado y haber resultado adjudicatarias de los contratos.

La CNMC desoyó los argumentos presentados por las imputadas respecto de que, en algunas licitaciones, no podrían haber concurrido por separado, al contar únicamente con una de las dos licencias de tecnología exigidas por ADIF. Así, concluyó que, en la medida que contaban con una licencia, podrían haber establecido «*otro tipo de alianzas bilaterales*», como acuerdos de licencia mutua, para una posterior explotación por separado y, en cualquier caso, dado el largo periodo de tiempo que las empresas concurrieron en UTE, podrían haber solicitado en algún momento las licencias de las que no disponían.

La CNMC aplicó multas a las empresas por un importe entre el 6,5 % y el 8,5 % de sus respectivos volúmenes totales de negocio realizados durante el año anterior. En cuanto a los directivos, impuso multas que oscilaban entre los 6.000 y los 12.000 euros.

3 · DECISIONES EN MATERIA DE AYUDAS DE ESTADO

La Comisión Europea concluye que las resoluciones fiscales emitidas por Irlanda con respecto a Apple constituyen ventajas fiscales selectivas ilegales con arreglo a las normas de la UE sobre ayudas de Estado

Decisión de la Comisión, de 30 de agosto de 2016, en el asunto relativo a la supuesta ayuda de Irlanda a Apple (SA.38373)

La resolución fiscal dirigida por Irlanda a Apple en 1991, sustituida en 2007 por una segunda resolución similar (en vigor hasta 2015), referendaba un método de distribución de la práctica totalidad de los beneficios por ventas obtenidos por dos filiales irlandesas de Apple que no reflejaba la realidad económica. De esta manera, la imputación artificial de sus beneficios imponibles a una «administración central», existente solo nominalmente (en cualquier caso, fuera de Irlanda) y carente de capacidad operativa para generarlos, permitió a ambas sociedades soportar por los beneficios generados en Europa un gravamen significativamente inferior al de otras empresas, reduciéndose el tipo efectivo del 1 % en 2003 al 0,005 % en 2014.

En su Decisión, la Comisión Europea ha considerado que el beneplácito concedido por el Estado irlandés a dicha distribución intragrupo de beneficios otorgaba a Apple una ventaja selectiva ilegal a los efectos de las normas de la UE sobre ayudas de Estado, sin que ello cuestione el sistema fiscal irlandés ni la estructura de Apple en Europa a efectos fiscales. En consecuencia, las autori-

dades irlandesas deberán proceder a recuperar la ayuda correspondiente al periodo de diez años previo a la primera solicitud de información de la Comisión (en 2013), aplicando a los beneficios por ventas indirectamente asignados a la «administración central» el tipo normal del impuesto sobre sociedades vigente en Irlanda. El importe que se debe recuperar puede reducirse asimismo si otros Estados miembros exigen a Apple el pago de impuestos adicionales sobre los beneficios obtenidos durante ese periodo por las dos filiales irlandesas, al considerar que los riesgos comerciales, las ventas y otras actividades de Apple deberían haberse registrado en sus territorios.

La Comisión Europea concluye que varios clubes españoles de fútbol profesional tienen que devolver ayudas incompatibles con la normativa de ayudas de Estado de la UE

Decisiones de la Comisión, de 4 de julio de 2016, en el asunto relativo a los privilegios fiscales del Real Madrid CF, FC Barcelona, Athletic Club Bilbao y Club Atlético Osasuna (SA.29769); cesión de terrenos al Real Madrid (SA.33754) y el otorgamiento de avales bancarios al Valencia CF, Hércules CF y Elche CF (SA.36387).

Tras llevar a cabo tres investigaciones independientes, la Comisión ha concluido que varias medidas de ayudas concedidas por España a un total de siete clubes de fútbol profesional resultaron en un beneficio injusto frente a otros clubes, lo que supone una infracción de las normas sobre ayudas estatales de la UE.

La primera investigación se refiere a privilegios fiscales en favor del **Real Madrid**, el **FC Barcelona**, el **Athletic de Bilbao** y el **Atlético Osasuna**. La Comisión concluyó que estos cuatro clubes fueron tratados a efectos fiscales como entidades sin ánimo de lucro, por lo que pagaban un tipo impositivo sobre beneficios un 5 % inferior al de las sociedades anónimas. De este modo, se beneficiaron del pago de un tipo impositivo inferior al resto de clubes durante más de 20 años sin que hubiera una justificación adecuada.

En la segunda investigación, la Comisión concluyó sobre la base de un estudio independiente que una cesión de terrenos entre el Ayuntamiento de Madrid y el Real Madrid resultó en una sobrevaloración de un terreno por un total de 18,4 millones de euros. Esta sobrevaloración otorgó al Real Madrid una ventaja injustificada frente a otros clubes que deberá recuperarse.

Por último, en una tercera investigación, la Comisión concluyó que unos avales públicos otorgados por el Instituto Valenciano de Finanzas por préstamos concedidos al **Valencia CF**, **Hércules CF** y **Elche CF**, **que atravesaban dificultades financieras**, les permitió obtener préstamos en condiciones más favorables. Al no haber pagado una remuneración adecuada por los avales, estos clubes se beneficiaron de una ventaja económica indebida, que la Comisión ha cuantificado en 20,4 millones de euros en el caso de Valencia CF, 6,1 millones de euros en el caso del Hércules CF y 3,7 millones de euros en el caso del Elche CF.

ENERGÍA*

1 · LEGISLACIÓN

Estatal

[España]

— *Resolución de la Dirección General Política Energética y Minas de 4 de mayo 2016, por la que se modifican los protocolos de detalle PD-06, «Regla operativa de las actividades de descarga de buques metaneros» y PD-02 «Procedimiento de reparto en puntos de conexión transporte-distribución (PCTD) y en puntos de conexión distribución-distribución (PCDD)» (BOE de 10 mayo 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 186/2016, de 6 de mayo, por el que se regula la compatibilidad electromagnética de los equipos eléctricos y electrónicos (BOE de 10 mayo de 2016).*
- *Real Decreto 187/2016, de 6 de mayo, por el que se regulan las exigencias de seguridad del material eléctrico destinado a ser utilizado en determinados límites de tensión (BOE de 10 mayo de 2016)*
- *Resolución de 12 de mayo 2016, de la Dirección General Política Energética y Minas, por la que se establecen los criterios que deberán seguir las empresas distribuidoras de energía eléctrica para elaborar el informe de auditoría externa para todas las instalaciones puestas en servicio el año 2015, y para la modificación de la retribución de las instalaciones existentes cuyos parámetros retributivos hubieran cambiado durante dicho año (BOE de 16 mayo de 2016)*
- *Resolución de 1 de junio 2016, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba el procedimiento de operación 14.3 «Garantías de Pago» y modifica el procedimiento de operación 14.1 «Condiciones generales del proceso de liquidación del operador del sistema» (BOE de 13 junio de 2016)*
- *Resolución de 6 de junio 2016, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueban diversas disposiciones sobre el mercado organizado de gas (BOE de 11 junio de 2016)*
- *Resolución de 9 de junio 2016, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se modifica la Resolución de 25 de julio de 2006, por la que se regulan las condiciones de asignación y el procedimiento de aplicación de la interrumpibilidad en el sistema gasista (BOE de 22 junio de 2016)*
- *Orden IET/1209/2016, de 20 de julio, por la que establecen los valores de la retribución a la operación correspondientes al segundo semestre natural del año 2016 y se aprueba una instalación tipo y sus correspondientes parámetros retributivos (BOE de 21 julio de 2016)*
- *Circular 2/2016, de 28 de julio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de petición de información sobre reclamaciones de consumidores de energía eléctrica y gas natural a los comercializadores y distribuidores (BOE de 19 agosto de 2016)*
- *Orden HAP/1349/2016, de 28 de julio, por la que se aprueba el modelo 589 «Impuesto sobre el Valor de la Extracción de Gas, Petróleo y Condensados. Autoliquidación y pago fraccionado» y se establece la forma y procedimiento para su presentación y por la que se modifica otra normativa tributaria (BOE de 6 agosto de 2016)*
- *Resolución de 2 de agosto 2016 de la Secretaría de Estado de Energía por la que se aprueba el contrato marco de acceso a las instalaciones del sistema gasista español (BOE de 5 agosto de 2016)*
- *Resolución de 2 de agosto 2016 de la Secretaría de Estado de Energía por la que se aprueba las normas de gestión de garantías del sistema gasista (BOE de 5 agosto de 2016)*
- *Resolución de 2 de agosto 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 2013, 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 12 agosto de 2016)*
- *Resolución de 2 de agosto 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 2013, 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 12 agosto de 2016)*
- *Resolución de 5 de agosto 2016, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se modifica el Procedimiento de Operación 15.2 «Servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad», aprobado por Resolución de 1 de agosto de 2014 (BOE de 12 agosto de 2016)*

— *Resolución de 5 de agosto 2016, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueban las reglas del procedimiento competitivo de subastas para la asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad y el modelo de adhesión al marco legal establecido para la participación en las subastas (BOE de 12 agosto de 2016)*

Autonómica

— *Comunidad Autónoma de Aragón: Decreto-ley 2/2016, de 30 de agosto, de medidas urgentes para la ejecución de las sentencias dictadas en relación con los concursos convocados en el marco del Decreto 124/2010, de 22 de junio de 2010, y el impulso de la producción de energía eléctrica a partir de la energía eólica en Aragón (BOA de 31 de agosto de 2016)*

— *Comunidad Autónoma de Les Illes Balears: Resolución de 3 de junio de 2016 de la Consejería de Territorio, Energía y Movilidad, por la que se crea la Comisión Consultiva para la implantación del gas natural en las Islas Baleares (BOIB de 18 de junio de 2016)*

— *País Vasco: Decreto 114/2016, de 27 de julio, del Departamento Desarrollo Económico y Competitividad y Departamento Hacienda y Finanzas, por el que se desarrolla un programa de apoyo financiero a la investigación, desarrollo e innovación, a la inversión en medidas de eficiencia energética y energías limpias y a la inversión científico-tecnológica (BOPV de 9 de septiembre de 2016)*

INMOBILIARIO Y URBANISMO*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Andalucía. Parcelas en suelo no urbanizable *Ley 1/2016, de 1 de agosto, por la que se modifica la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía para incorporar medidas urgentes en relación con las edificaciones construidas sobre parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable (BOJA de 5 de agosto de 2016)*

Modifica la Ley 7/2002 para declarar nulos los actos que autoricen parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable y prevé la restauración de la legalidad mediante agrupación forzosa. Las edificaciones aisladas residenciales que lleven construidas cuatro o más años quedarán fuera de ordenación, siempre que no se encuentren en terrenos de especial protección.

Andalucía. Plan de vivienda 2016-2020 *Decreto 141/2016, de 2 de agosto, por el que se regula el Plan de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía 2016-2020 (BOJA de 8 de agosto de 2016)*

Establece (i) un sistema de ayudas a adquirentes de viviendas protegidas, (ii) un programa de viviendas protegidas de precio limitado y (iii) medidas para fomentar el alquiler y la rehabilitación.

Aragón. Turismo *Decreto legislativo 1/2016, de 26 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón (BOA de 3 de agosto de 2016)*

Aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón, sin incluir novedades importantes en cuanto a su contenido normativo.

* 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, Héctor Nogués, Javier Colino, Iván Abad, Javier Villanueva y Álvaro Pacho, del Área de Derecho inmobiliario y urbanismo de Uría Menéndez (Madrid, Valencia).

- Asturias. Viviendas vacacionales y de uso turístico** *Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico (BOPA de 17 de agosto de 2016)*
- Deroga el anterior Decreto 34/2003 y regula la actividad de alojamiento turístico en las modalidades de vivienda vacacional y vivienda de uso turístico. Introduce la figura de la declaración responsable de inicio de actividad en sustitución de la licencia.
- Baleares. Menorca. Equipamientos comerciales** *Acuerdo de 18 de julio de 2016, por el que se aprueba definitivamente la Norma Territorial Cautelar previa a la formulación del Plan director sectorial de equipamientos comerciales de Menorca (BOIB de 21 de julio de 2016)*
- Suspende la concesión de autorizaciones para la implantación y ampliación de los grandes establecimientos comerciales en Menorca hasta la aprobación inicial del Plan Director Sectorial de Equipamientos Comerciales de Menorca.
- Baleares. Evaluación ambiental** *Ley 12/2016, de 17 de agosto, de evaluación ambiental de las Illes Balears (BOIB de 20 de agosto de 2016)*
- Deroga la anterior Ley 11/2006 y regula (i) los procedimientos de evaluación ambiental y los planes que quedan sujetos a ellos; (ii) el contenido mínimo de los estudios de impacto ambiental; (iii) la consulta preceptiva al órgano ambiental autonómico —la Comisión de Medio Ambiente de las Islas Baleares— de los planes, programas y proyectos que deba aprobar la Administración General del Estado; y (iv) el seguimiento de los procedimientos, la protección y el restablecimiento de la legalidad ambiental, así como el régimen sancionador.
- Extremadura. Exclusión social** *Decreto-Ley 1/2016, de 10 de mayo, de medidas extraordinarias contra la exclusión social (DOE 11 de mayo de 2016).*
- Recoge una serie de medidas de carácter urgente y extraordinario en los ámbitos de lo sanitario, lo social y la vivienda, que tratan de dar respuesta a las necesidades urgentes que en este momento tiene la sociedad actual y así contribuir a la erradicación de la desigualdad y aumentar la justicia social, mediante el fomento de la inclusión social de las personas con necesidades crecientes de carácter social en segmentos de la población especialmente vulnerables.
- Galicia. Establecimientos hoteleros** *Decreto 57/2016, de 12 de mayo, por el que se establece la ordenación de los establecimientos hoteleros (DOG de 1 de junio de 2016)*
- Deroga el Decreto 267/1999 y regula (i) las distintas categorías de hoteles y pensiones y sus requisitos; (ii) la presentación de una declaración responsable para el comienzo de la actividad; y (iii) el régimen sancionador.
- Galicia. Carreteras** *Decreto 66/2016, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de carreteras de Galicia (DOG de 3 de agosto de 2016)*
- Desarrolla la Ley 8/2013 de carreteras de Galicia y regula (i) la clasificación y titularidad de las carreteras; (ii) su financiación, construcción y explotación; (iii) el dominio público viario y zonas de servidumbre; y (iv) el régimen de infracciones y sanciones.
- Madrid. Viviendas de emergencia social** *Decreto 52/2016, de 31 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se crea el Parque de Viviendas de Emergencia Social y se regula el proceso de adjudicación de viviendas de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid (BOCM de 6 de junio de 2016)*
- Crea un parque de viviendas de emergencia social y establece el procedimiento para su adjudicación.

Murcia. Espectáculos públicos *Ley 9/2016, de 2 de junio, de medidas urgentes en materia de espectáculos públicos en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BORM de 6 de junio de 2016)*

Establece el régimen sancionador en caso de apertura o cierre de establecimientos públicos o celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas fuera del horario establecido.

Murcia. Vivienda *Ley 10/2016, de 7 de junio, de reforma de la Ley 6/2015, de 24 de marzo, de la Vivienda de la Región de Murcia, y de la Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia (BORM de 15 de junio de 2016)*

Modifica la Ley de la Vivienda para (i) crear el Servicio de Orientación e Intermediación Hipotecaria, que mediará en procesos de ejecución hipotecaria para evitar desahucios, e (ii) introducir la obligación del adquirente de viviendas por acuerdos de compensación, dación en pago o ejecución hipotecaria —cuando sea gran tenedor de viviendas y esté adherido al convenio regional con grandes tenedores de vivienda— de ofrecer un alquiler social a las personas afectadas de forma previa a la adquisición de la vivienda.

País vasco. Turismo *Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo (BOPV de 11 de agosto de 2016)*

Deroga la Ley 6/1994 y regula (i) la aprobación de un plan territorial sectorial que definirá los objetivos de la política turística; (ii) los derechos de los usuarios; (iii) el inicio de la actividad turística —que requerirá un informe de la administración sectorial y la presentación de una declaración responsable—; (iv) la clasificación de las empresas y establecimientos turísticos, incluyendo las viviendas para uso turístico; y (v) el régimen sancionador.

2 · JURISPRUDENCIA

Abono del Impuesto de Bienes Inmuebles *Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2016 (recurso de casación núm. 409/2016)*

El Alto Tribunal sienta doctrina sobre el reparto del importe del Impuesto sobre Bienes Inmuebles relativo al año en que tiene lugar la transmisión del inmueble.

Ante la falta de una jurisprudencia consolidada y homogénea, el Tribunal Supremo ha establecido que el artículo 63.2 de la Ley de Haciendas Locales se ha de interpretar de forma que, en caso de ausencia de pacto contrario entre las partes, el vendedor, sujeto pasivo del mencionado impuesto al ser el titular del bien el día 1 de enero del año en que la transmisión tiene lugar, podrá repercutirlo sobre el comprador en proporción al tiempo que cada una de las partes haya ostentado la titularidad dominical.

Sin perjuicio de lo anterior, el Supremo destaca que, si bien debe entenderse que la regla general es el prorrateo entre las partes atendiendo al tiempo de titularidad del bien, estas pueden pactar que el mencionado impuesto no sea repercutido al comprador.

Nulidad de modificación de planeamiento que pretende únicamente evitar una demolición *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 29 de enero de 2016 (rec. núm. 19/2015)*

Esta sentencia, citando la doctrina jurisprudencial que dio lugar a la anulación del Plan General de Marbella, declara nula una modificación puntual promovida por el Ayuntamiento de San Esteban de Gormaz para modificar los retranqueos de determinada zona que coincide en el tiempo con la ejecución de una sentencia que tiene por objeto, precisamente, demoler unas construcciones adosadas a lindero y que no han respetado el retranqueo a lindero previsto en la redacción inicial de las normas subsidiarias. Esta sentencia concluye que la modificación puntual pretende simple y llanamente convertir en legal lo ilegalmente construido, es decir, borrar sin tramitar ningún expediente de restauración de la legalidad y sin necesidad de tramitar en su caso los correspondientes expedientes sancionadores las ilegalidades en que han podido incurrir esas construcciones.

Nulidad de la desconsolidación de un suelo urbano

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2016 (rec. núm. 1031/2015)

El Tribunal Supremo declara nula la consideración por la revisión de un plan general de unos terrenos como suelo urbano no consolidado cuando en el planeamiento anterior tenían la consideración de suelo urbano y suelo urbano consolidado directo en fase de aprobación inicial de la revisión del plan. La sentencia concluye que no existe justificación para dicho cambio ni tampoco para la desigualdad de trato que reciben estos solares respecto de sus inmediatos.

Nulidad de PAI por no cumplir la normativa estatal de contratación administrativa

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 febrero de 2016 (rec. núm. 1891/2014)

En relación con la determinación de la normativa que resulta aplicable a los Programas de Actuación Integrada, el Tribunal Supremo concluye que es necesario efectuar una interpretación integradora de la legislación urbanística autonómica valenciana dentro del marco de los principios de la legislación estatal de contratación pública. De esta forma, aunque la normativa autonómica resulte de aplicación, incluso con carácter preferente, en ningún caso autoriza a desplazar la vigencia y efectividad de los principios de la contratación garantizados por la normativa estatal básica.

El Tribunal Supremo confirma la nulidad de un PAI declarada en instancia no solo por no cumplir la exigencia relativa a la publicidad de la licitación en el *BOE*, sino también por la falta de acreditación de la solvencia requerida (técnica, económica, profesional y financiera) del agente urbanizador.

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

Demanda contra tercero adquirente

Resolución de 27 de junio de 2016 (BOE de 27 de julio de 2016)

Se discute si es posible inscribir un decreto de adjudicación dictado en un procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, si en el procedimiento no se ha demandado al titular registral que, no siendo deudor del préstamo hipotecario ni hipotecante no deudor, adquirió la finca ejecutada e inscribió su adquisición antes de iniciarse dicho procedimiento. Frente a la calificación registral, que exige que la demanda y requerimiento de pago se tenían que haber dirigido también contra el tercero adquirente (art. 132 LH y 685 LEC), entiende el adjudicatario que basta con la mera notificación del procedimiento de ejecución (art. 689 LEC).

La DGRN confirma la nota de calificación y establece que, tras la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en sentencia de 8 de abril de 2013, el tercer adquirente debe de ser demandado en el procedimiento hipotecario si antes de la interposición de la demanda tiene su título inscrito, quedando suficientemente acreditado frente al acreedor (art. 685 y 686 LEC) desde el momento que ésta conoce el contenido de la titularidad publicada. La notificación que sobre la existencia se haya podido realizar no puede suplir a la demanda ni al requerimiento de pago.

Necesidad de la previa inscripción en el Registro Público de Empresas Prestamistas

Resolución de 7 de julio de 2016 (BOE de 9 de agosto de 2016)

En el presente caso se debate si es necesario que el cesionario de un crédito garantizado con hipoteca, cuando tanto el transmitente como el adquirente en dicha operación no son entidades de crédito, este inscrito en el Registro Público de Empresas Prestamistas previsto en el artículo 3 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. En la escritura objeto de calificación denegatoria se pactó la cesión de un préstamo hipotecario a favor de una entidad que no se dedica profesionalmente a la concesión de préstamos hipotecarios. El registrador, en cambio, consideraba que el cesionario se dedicaba profesionalmente a esta actividad, puesto que a través de una consulta en el Servicio Colegial de Intercomunicación entre Registros, comprobó que el cesionario era titular de otra hipoteca inscrita a su favor, igualmente en virtud de un contrato de cesión.

La Dirección General confirma la nota del registrador y concluye que es evidente que la repetición en la intervención en el mercado crediticio, unido a otros indicios (el prestamista cedió la el préstamo hipotecario siete días después de su constitución), evidencian una alta probabilidad de actuación profesional de la cesionaria en la concesión o adquisición de operaciones crediticias fuera de los cauces financieros. Las normas que protegen los intereses de los consumidores —concluye la Dirección General— merecen una interpretación amplia en favor del interesado. Por este motivo, la Dirección General confirma que la adquisición de créditos ya concedidos por medio de un negocio jurídico de cesión queda igualmente sujeta al régimen establecido en la Ley 2/2009.

Inscripción de decreto de adjudicación *Resolución de 11 de julio de 2016 (BOE de 12 de agosto de 2016)*

Se discute si, figurando inscrita una hipoteca a favor de una persona, es posible inscribir el decreto judicial de adjudicación, dimanante del procedimiento de ejecución, dándose la circunstancia de que en dicho decreto figura como parte ejecutante persona distinta de la titular registral de la hipoteca (que también es adjudicataria de la finca hipotecada), o si para ello es necesaria la previa inscripción del derecho de hipoteca a favor de esta última. El registrador suspende la inscripción por falta de previa inscripción de la hipoteca a nombre de la ejecutante y por no considerar inscribible el testimonio judicial del documento privado de compraventa de crédito hipotecario. La recurrente señala que la inscripción de la cesión no es constitutiva y que la cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios como la hipoteca.

La Dirección General confirma que no es inscribible el decreto de adjudicación, y la subsiguiente cancelación de cargas, si antes no se inscribe la hipoteca a favor del ejecutante. Además, concluye que un documento privado, aun cuando haya servido para tener judicialmente por acreditada la sucesión procesal en la posición jurídica del ejecutante de la hipoteca, no es en ningún caso título hábil para obtener la inscripción registral de la transmisión del derecho real de hipoteca. Se desestima el recurso y se confirma la calificación anterior.

LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a campos electromagnéticos

Real Decreto 299/2016, de 22 de julio, sobre protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a campos electromagnéticos (BOE de 29 de julio de 2016)

En el marco de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, la norma desarrolla un conjunto de disposiciones mínimas para la protección de los trabajadores frente a los riesgos derivados de los campos electromagnéticos.

Partiendo de la obligación general de eliminar en su origen o reducir al nivel más bajo posible los riesgos derivados de la exposición a campos electromagnéticos, la protección de la seguridad y salud de los trabajadores frente a tales riesgos se realiza mediante la fijación de determinados valores límite de exposición y niveles de acción, distinguiendo a su vez entre los efectos térmicos y los efectos no térmicos. Tales valores se recogen en los anexos de la norma, los cuales establecen las magnitudes físicas y los parámetros técnicos necesarios para la determinación de los valores límite.

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

La norma incorpora también la obligación del empresario de realizar la evaluación de los riesgos en la forma señalada en su disposición adicional única: mediante la remisión a una Guía técnica no vinculante cuya elaboración y publicación se encomienda al Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, el cual tiene ya publicadas notas técnicas de prevención en este ámbito.

En materia de obligaciones de información y formación de los trabajadores se detallan las líneas principales del contenido que debe trasladarse a los trabajadores: las medidas adoptadas, el significado de los valores de exposición y de los niveles de acción, los posibles riesgos asociados y efectos indirectos de la exposición, etc.

La norma no establece exámenes de salud de carácter obligatorio para los trabajadores: el empresario debe velar por que el trabajador afectado pueda beneficiarse de los exámenes de salud adecuados en caso de que se informe de un efecto indeseado o inesperado para la salud, o se detecte una exposición superior a los valores límite de exposición.

Finalmente, se desarrolla también un régimen sancionador mediante remisión a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Trabajo nocturno

Real Decreto 311/2016, de 29 de julio, sobre jornadas especiales de trabajo en materia de trabajo nocturno (BOE de 30 de julio de 2016)

Esta disposición viene a modificar el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, para introducir un nuevo artículo 33 cuyo objetivo es fijar en ocho horas la jornada máxima de los trabajadores nocturnos en trabajos con riesgos especiales o tensiones importantes.

La norma responde al Dictamen Motivado 2014/4169 de la Comisión Europea, sobre la correcta incorporación del artículo 8 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. El Dictamen de la Comisión ponía de manifiesto que España no había transpuesto el límite absoluto de ocho horas para el trabajo nocturno de estas características.

En cuanto al ámbito de aplicación y la definición de los trabajos que se verán afectados por este límite, el nuevo artículo 33 remite a lo que se disponga al efecto en los convenios colectivos o, en su defecto, en los acuerdos colectivos.

Las únicas excepciones previstas para la aplicación del límite son las fijadas en los apartados b) y c) del artículo 32 del Real Decreto 1561/1995: (i) cuando sea necesario superar el límite para prevenir y reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, y (ii) en el trabajo a turnos, en caso de irregularidades en el relevo de los turnos por causas no imputables a la empresa.

[Portugal]

Transmissão parcial da empresa

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20 de abril de 2016

No caso em apreço esteve em discussão se, no âmbito de uma transação, houve ou não uma transmissão do contrato de trabalho do transmitente para o transmissário.

Assim, para avaliar esta questão foi necessário aferir se a transmissão em causa incidiu apenas sobre uma parte da empresa (constituída por 77 estabelecimentos de supermercado e por um armazém de abastecimento), ou se, inversamente, essa transmissão implicou a transferência de toda a empresa, e, com ela, de todos os trabalhadores vinculados à transmitente, incluindo os que não prestavam atividade nem nos supermercados nem no armazém, mas estavam exclusivamente afetos à estrutura central, nomeadamente a Direção Administrativa e Financeira, onde o Autor prestava a sua atividade.

O Tribunal da Relação de Lisboa considerou que apenas houve uma transmissão parcial da empresa com base nos seguintes fundamentos:

- (i) Nenhum dos trabalhadores da estrutura central transitou para o transmissário;

(ii) O transmissário não necessitava da estrutura central, pois já dispunha de recursos próprios para esse efeito;

(iii) A unidade central em que o trabalhador prestava serviço continuou a desenvolver atividade após a transmissão da rede de supermercados. Com efeito, a «*Direcção Administrativa e Financeira ficou com a missão de proceder ao fecho de contas da «GG, Lda.», do que o Autor foi incumbido*»; e

(iv) A unidade transmitida permite que o transmissário exerça a mesma atividade, pelo que é ela própria, uma unidade económica.

Em face disto, concluiu o Tribunal que o contrato de trabalho do trabalhador não se transmitiu para o transmissário.

Adicionalmente, o Tribunal da Relação de Lisboa veio defender que «*a lei não exige que, após a transmissão parcial se realizar, a parte não-transmitida permaneça inalterada, desenvolvendo as mesmas actividades e mantendo a configuração que tinha antes da transmissão*», podendo o transmitente efetuar um despedimento coletivo dos trabalhadores afetos à unidade central, cujo posto de trabalho não foi transmitido.

Contratação a termo de desempregado de longa duração

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4 de maio de 2016

No presente acórdão, o Tribunal da Relação de Lisboa veio pronunciar-se pela invalidade formal do motivo invocado para a aposição de termo certo a um contrato de trabalho celebrado com um alegado desempregado de longa duração.

Concretamente, o contrato em causa continha uma cláusula com o seguinte teor: «*O motivo subjacente à celebração do presente contrato a termo consiste na admissão de trabalhador desempregado de longa duração, nos termos do artigo 140.º, número 4, alínea b) do Código do Trabalho*».

O Tribunal veio afirmar que o fundamento justificativo da aposição do termo nas situações previstas no n.º 4 do artigo 140.º do Código do Trabalho, muito embora admitindo uma menor exigência formal e material relativamente à motivação dos contratos celebrados ao abrigo do número 2 do mesmo artigo, não pode ser tão vago e indefinido que impeça o trabalhador, bem como a ACT – Autoridade para as Condições do Trabalho e um tribunal, de compreender e fiscalizar as razões que fundamentam a contratação.

O Tribunal da Relação de Lisboa esclareceu ainda que, para que a cláusula do contrato de trabalho tivesse uma correspondência mínima, quer formal como substancial, com a letra e o espírito da lei, deveria especificar que «*o trabalhador x tem a situação de desempregado de longa duração por já não desempenhar funções remuneradas desde o dia y ou, pelo menos, há mais de doze meses*». Acrescentou o Tribunal que apenas quando o trabalhador está na posse de todos os elementos que lhe permitem compreender o seu alegado estatuto de desempregado de longa duração se poderá falar em abuso de direito se o mesmo vier arguir posteriormente a nulidade da cláusula por falta de correspondência com a realidade subjacente.

Esclareceu, outrossim, que a indicação do motivo justificativo da celebração de um contrato de trabalho a termo constitui uma formalidade *ad substantiam*, cuja falta ou insuficiência não pode ser suprida por outros meios de prova, de onde resulta que o contrato se considera celebrado sem termo, ainda que posteriormente se verifique que se estava, efetivamente, perante uma situação em que a lei admite a contratação a termo.

Escolha da lei aplicável a contrato de trabalho

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de maio de 2016

No presente acórdão, o Supremo Tribunal de Justiça veio ajuizar sobre a lei aplicável a um contrato de trabalho celebrado em Espanha, entre uma sociedade de direito espanhol sediada naquele país e um trabalhador português, para o exercício das funções inerentes à categoria profissional de Vendedor em Portugal, o qual as partes acordaram em sujeitar à lei espanhola.

Em causa estava o despedimento com justa causa do trabalhador, cuja regularidade e licitude este impugnou em Portugal, alegando a inexistência de procedimento disciplinar. O empregado

dor, por seu lado, sustentou a caducidade do direito de ação, nos termos da lei espanhola, e a regularidade e licitude do despedimento.

A primeira instância e o Tribunal da Relação de Lisboa divergiram quanto ao apuramento da lei aplicável ao contrato de trabalho: (i) aquela primeira decidiu pela aplicabilidade da lei espanhola, por entender que a ordem jurídica espanhola contém princípios semelhantes aos que enformam a noção de despedimento com justa causa no ordenamento jurídico português, impondo igualmente um prazo de caducidade para instaurar a ação judicial de impugnação do despedimento; (ii) a Relação, por seu lado, afirmou ser de aplicar a lei portuguesa, por considerar que a aplicação da lei espanhola se mostrava, no caso, incompatível com a lei portuguesa.

Estamos, pois, perante uma questão de direito internacional privado, que se traduz em saber se, tendo as partes escolhido expressamente a lei espanhola para reger o contrato, haveria fundamento para limitar essa faculdade de escolha.

A Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, de 19 de junho de 1980 («Convenção de Roma»), em vigor à data da celebração do contrato de trabalho em causa nos autos, e posteriormente, o Regulamento (CE) n.º 593/2008 (habitualmente designado por «Regulamento Roma I»), determinam a exclusão da lei escolhida pelas partes quando esta tem como consequência privar o trabalhador da proteção que lhe garantiriam as disposições imperativas da lei que seria aplicável na falta de escolha. Neste caso, essa lei seria a portuguesa, pois o trabalhador prestou habitualmente o seu trabalho em território português.

O Supremo Tribunal de Justiça, atendendo à disciplina legal do despedimento por facto imputável ao trabalhador nos ordenamentos jurídicos espanhol e português, concluiu que a lei espanhola privaria, efetivamente, o trabalhador da proteção que lhe garantiriam as disposições imperativas da lei portuguesa respeitantes ao regime da cessação do contrato de trabalho (cuja imperatividade se encontra estabelecida no artigo 339.º do Código do Trabalho), tendo decidido que a lei aplicável ao contrato de trabalho deveria ser, portanto, a lei portuguesa.

Impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento – liquidação da sociedade – responsabilidade do sócio

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 6 de junho de 2016

Nos presentes autos, a trabalhadora veio peticionar que fosse declarada a ilicitude do despedimento de que havia sido alvo no âmbito de um procedimento disciplinar.

O empregador, regularmente citado, não compareceu nem se fez representar na audiência de partes e, quando notificado para apresentar o articulado de motivação do despedimento, veio o respetivo depositário da escrituração comercial requerer que a referida notificação fosse dada sem efeito, alegando para o efeito que na data da audiência de partes a sociedade já se encontrava extinta.

Em primeira instância, foi decidido absolver a ré da instância, por falta de personalidade jurídica e judiciária e advertir a trabalhadora que, a fim de responsabilizar a ex-sócia da ré pelos créditos de que se considerasse titular, deveria intentar uma ação declarativa de processo comum.

Em sede de recurso interposto pela trabalhadora, o Tribunal da Relação do Porto veio decidir, porém, que uma vez registado o encerramento da liquidação da sociedade, com a consequente extinção da mesma e das correspondentes personalidades jurídica e judiciária, a ação de impugnação da regularidade e licitude do despedimento que já se encontrava pendente à data daquele registo deveria prosseguir contra a sua única sócia, nos termos do disposto no número 1 do artigo 162.º do Código das Sociedades Comerciais, respondendo aquela até ao montante que houvesse recebido em partilha, pela via de sucessão, conforme resulta do n.º 1 do artigo 163.º do mesmo diploma.

Compensação por despedimento coletivo – dívida da insolvência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de julho de 2016

No caso *sub judice* discutiu-se se o crédito devido pela cessação de um contrato de trabalho por despedimento coletivo promovido após a declaração de insolvência da entidade empregadora constitui uma dívida da massa insolvente ou uma dívida da insolvência.

O Supremo Tribunal de Justiça entendeu que apesar de a cessação do vínculo laboral ter ocorrido apenas após a declaração de insolvência, tal facto não bastava para considerar que os créditos em

causa são dívidas da massa insolvente. Com efeito, a compensação a que o trabalhador tem direito reportava-se à execução do contrato de trabalho ocorrida num período anterior à declaração de insolvência. O Tribunal defendeu ainda que outra posição acarretaria uma desigualdade de tratamento entre os trabalhadores despedidos antes e depois de uma declaração de insolvência.

Acresce que, no presente caso, o trabalhador já havia suspenso o seu contrato de trabalho por falta de pagamento da retribuição. Segundo o Supremo Tribunal de Justiça, «[Q]uer isto dizer que para todos os efeitos as obrigações primárias decorrentes da relação laboral, consistentes em prestação de actividade 'versus' pagamento de salário, cessaram em data anterior à declaração de insolvência e consequentemente antes mesmo do despedimento colectivo levado a cabo pelo Administrador, constituindo este acto um mero pró-forma no que tange à finalização das relações entre a Insolvente e o Recorrente».

Assim, concluiu o Supremo Tribunal de Justiça que a compensação a pagar ao trabalhador apenas visou ressarcir trabalho prestado antes da declaração de insolvência, «sendo assim, sem sombra para dúvidas, (...) uma dívida da insolvência e não da massa insolvente».

Responsabilidade pelo pagamento de créditos laborais

Lei n.º 28/2016, de 23 de agosto (DR 161, SÉRIE I, de 2016-08-23)

A presente Lei veio alterar três diplomas, a saber: Código do Trabalho; Regime Jurídico da Promoção da Segurança e Saúde no Trabalho, aprovado pela Lei n.º 102/2009, de 10 de setembro; e o Regime Jurídico do Exercício e Licenciamento das Agências Privadas de Colocação e das Empresas de Trabalho Temporário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 260/2009, de 25 de setembro.

Concretamente com esta Lei o legislador pretendeu alargar o âmbito das entidades responsáveis pelo pagamento de créditos retributivos devidos a trabalhadores temporários, bem como pelo pagamento das coimas devidas pela violação das disposições relativas à segurança e saúde destes trabalhadores.

Eliminação da obrigatoriedade de apresentação quinzenal dos desempregados

Lei n.º 34/2016, de 24 de agosto (DR 162, SÉRIE I, de 2016-08-24)

O presente diploma veio alterar o Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de novembro, que estabelece o regime jurídico de proteção social da eventualidade de desemprego dos trabalhadores por conta de outrem, eliminando a obrigatoriedade de apresentação quinzenal dos desempregados.

Simultaneamente instituiu-se um acompanhamento personalizado para o emprego, através da criação de um sistema de acompanhamento centrado no beneficiário das prestações de desemprego que visa garantir: (i) o apoio, acompanhamento e orientação do beneficiário; (ii) a ativação na procura de emprego, através da formação e aquisição de competências; e (iii) a monitorização e fiscalização do cumprimento das obrigações previstas na lei. Este acompanhamento inclui, designadamente, (i) a elaboração conjunta do plano pessoal de emprego («PPE»); (ii) a atualização e reavaliação regular do PPE; (iii) sessões de procura de emprego acompanhada; (iv) sessões coletivas de caráter informativo; (v) sessões de divulgação de ofertas e planos formativos adequados ao perfil de cada beneficiário; e (vi) ações de desenvolvimento de competências para a empregabilidade.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Prestaciones de seguridad social a ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2016

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») analiza la exigencia, por parte del Reino Unido, del requisito de la residencia en dicho país para la obtención de prestaciones de la seguridad social. En particular, con relación a los complementos familiares denominados *child benefit* y *child tax credit*, ayudas que pretenden contribuir a atender a los gastos de familia y que se financian mediante la recaudación de tributos, no mediante las cotizaciones de los beneficiarios.

La Comisión atribuye al país anglosajón un incumplimiento del Reglamento núm. 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social: considera que ha incumplido el artículo 4 del citado reglamento, que consagra el principio de igualdad de trato.

El TJUE desestima el recurso de la Comisión y recuerda que nada se opone a que la concesión de prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no ejercen actividades económicas esté sujeta a la exigencia de que estos cumplan los requisitos para gozar del derecho de residencia legal en el Estado miembro de acogida. El TJUE también concluye que la situación supone una discriminación indirecta, pero considera que está justificada al garantizar la consecución de un objetivo legítimo como es la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de acogida.

Compensación económica por vacaciones no disfrutadas en el momento de acceder a la jubilación

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de julio de 2016

El TJUE resuelve en este caso una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo («Directiva 2003/88»).

La petición se eleva al tribunal europeo en el marco de un litigio sobre la compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas que un trabajador no había disfrutado al finalizar su relación laboral.

En este contexto, el TJUE considera que el artículo 7, apartado 2 de la Directiva 2003/88 impide que la legislación nacional prive del derecho a compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas a un trabajador cuya relación laboral haya finalizado en virtud de su solicitud de jubilación, y que no haya tenido la posibilidad de agotar sus derechos antes de la extinción de la relación laboral.

Acceso a prestaciones por desempleo

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de julio de 2016

En esta sentencia, el TJUE examina la cuestión prejudicial planteada con relación a los artículos 3, apartado 1, letra a) de la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y al artículo 14, apartado 1, letra a) de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Concretamente, se plantea si puede calificarse como abuso de derecho una situación en la que la condición de demandante de empleo se ha obtenido no con vistas a la contratación, sino a fin de reclamar una indemnización, como ocurrió en el caso del que la cuestión prejudicial trae causa.

El TJUE señala que ambos artículos deben interpretarse en el sentido indicado. Efectivamente, está fuera del concepto de «acceso al empleo o a la ocupación» la situación por la que una persona presenta una candidatura a los solos efectos de lograr la condición formal de candidato para reclamar una indemnización. Además, esta situación puede calificarse de abuso de derecho si concurren los elementos objetivo y subjetivo exigidos con arreglo al Derecho de la Unión.

[España]

La cuantía de las tasas judiciales es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva

Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, de 21 de julio de 2016

El Tribunal Constitucional («TC») estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados contra la Ley 70/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

El TC considera que el establecimiento de las tasas para el acceso a las jurisdicciones civil, contencioso-administrativa y social no vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva,

así como tampoco el principio de gratuidad de la Justicia, ya que el legislador puede establecer los requisitos de este derecho en los casos de insuficiencia de recursos para litigar.

Partiendo de que la Ley 10/2012 supone una limitación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el juicio de constitucionalidad que realiza el TC parte del análisis de dos parámetros, como son (i) la legitimidad de los fines perseguidos por la norma y (ii) su proporcionalidad. En cuanto a la primera, nada objeta el TC a la legitimidad de la norma desde la perspectiva de sus fines, ya que se pretende evitar el ejercicio abusivo del derecho de quienes no buscan sino la dilación de los procedimientos. Respecto al juicio de proporcionalidad sí se considera, en cambio, que la cuantía de las tasas no resulta proporcionada a los fines que la norma persigue, dado que se produce un efecto disuasorio en los ciudadanos a la hora de acudir a los Tribunales de Justicia en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

Sobre esta base, el TC estima el recurso y anula los incisos del artículo 7.1 que establecen determinadas cuotas fijas, como la tasa de 500 euros para el recurso de suplicación y de 750 para el de casación, ambos en el orden social, así como el artículo 7.2 de la Ley 10/2012.

Respecto a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, el TC aplica la doctrina prospectiva señalando que los efectos se producen *pro futuro*, en relación con nuevos procedimientos y con aquellos en los que no hubiera recaído una resolución firme, pero en los que se la tasa se satisfizo sin ser impugnada.

La pérdida de una contrata constituye un elemento justificativo de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 3 de mayo de 2016

El Tribunal Supremo («TS») resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el cual había confirmado la indemnización fijada en una reclamación por despido.

El TS examina la cuestión de si una vez finalizada una contrata por decisión unilateral de la empresa principal, pueden considerarse extinguidos los contratos vinculados a ella cuando no existe cláusula de subrogación.

La Sala considera que la pérdida de una contrata constituye un elemento justificativo de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas: la pérdida o disminución de encargos de actividad es una causa productiva atendiendo a su origen, dado que significa una reducción del volumen de producción contratada, y a la vez una causa organizativa por el ámbito en que se manifiesta.

Despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal no discapacitante no es discriminatorio cuando se pretende garantizar la continuidad del servicio

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 3 de mayo de 2016

El TS analiza el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal en el que se cuestiona la posible existencia de un móvil discriminatorio por una causa como es el estado de salud: el trabajador sufre una enfermedad crónica considerada no incapacitante para la actividad profesional.

Conforme a la valoración probatoria realizada en la instancia, el TS señala que en el presente caso el factor enfermedad no ha sido tomado en cuenta en la decisión extintiva, sino en su perspectiva estrictamente funcional.

Considera, efectivamente, que no es la mera existencia de enfermedad la causa del despido, sino la forma en la que esta incide en la productividad y en la continuidad del servicio. Con base en lo anterior, no existe un motivo discriminatorio que permita la calificación del despido como nulo, sino que el mismo debe ser calificado como improcedente.

La utilización por los trabajadores del horario flexible pactado en el convenio colectivo no está condicionado a la comunicación previa a la empresa

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 31 de mayo de 2016

El TS examina si la utilización por los trabajadores del horario flexible pactado en el convenio colectivo está o no condicionada a la comunicación previa a la empresa.

La Sala resuelve que el uso de la flexibilidad horaria de entrada y salida del trabajo está regulado y recogido en el convenio colectivo aplicable, el cual no condiciona este derecho a la comunicación previa por parte del trabajador. La restricción de este derecho supondría una merma de un derecho colectivo establecido en la norma convencional.

El TS añade que la empresa no puede alegar como causa justificada para negar este derecho el coste que le supondría la implantación de un sistema de control empresarial, lo cual resulta ajeno al ejercicio del derecho.

La retribución por vacaciones debe incluir todos los conceptos retributivos ordinarios

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 8 de junio de 2016

En línea con los pronunciamientos del TJUE en los asuntos «Locke» y «Bollacke» (sentencias de 22 de mayo y de 12 de junio de 2014, respectivamente), el TS analiza nuevamente la cuestión de la retribución del período de vacaciones, alterando sensiblemente la doctrina mantenida hasta la fecha.

Efectivamente, rectificando la doctrina anterior acerca de la primacía de las disposiciones previstas en el convenio colectivo para fijar la retribución durante el período vacacional, la Sala establece que las disposiciones del convenio colectivo deben necesariamente respetar las directivas comunitarias y la interpretación que de ellas hace la doctrina del propio TJUE, y que la «retribución normal o media» que ha de ser abonada a los trabajadores durante su período de descanso anual ha de atender a la finalidad de descanso efectivo que tienen las vacaciones retribuidas, y no puede disuadir o desincentivar su disfrute.

En consecuencia, la Sala declara que los conceptos (i) comisiones por ventas y/o incentivos a la producción variables, (ii) incentivos o *bonus* (incluyendo un plan de incentivo comercial), y (iii) plus de disponibilidad han de abonarse a los trabajadores durante su período vacacional, a excepción del *bonus* de devengo anual en función de objetivos, el cual retribuye de por sí las vacaciones incluidas en el período anual considerado.

Esta sentencia cuenta con dos votos particulares coincidentes con el fallo, pero discrepantes en cuanto a su fundamentación jurídica.

Determinación de pensión en la minería del carbón

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 23 de junio de 2016

El TS analiza el efecto de las bonificaciones o cotizaciones ficticias de las normas de Seguridad Social, en particular respecto a la bonificación ficticia de la minería del carbón. La cuestión se centra en torno a la determinación de si los períodos obtenidos por la bonificación han de considerarse anteriores o posteriores al hecho causante.

Al efecto se tiene en cuenta el artículo 52 del Reglamento 883/2004, el cual parte del cálculo del importe real de la prestación, teniendo en cuenta la duración de los períodos cumplidos antes de la fecha de la materialización del riesgo de acuerdo con la legislación que la institución aplique y la duración total de los períodos cumplidos antes de la fecha de la materialización del riesgo de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados.

La Sala resuelve aplicando el criterio conforme al cual las cotizaciones ficticias son asimilables a las efectivamente realizadas, y señala que no se trata en este caso de un período ficticio posterior al hecho causante, sino que los períodos de bonificación deben tomarse en consideración para el cálculo de la pensión pese a que no puedan ser situados cronológicamente.

Reposición de prestaciones por desempleo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 5 de julio de 2016

El TS resuelve en este caso el debate suscitado acerca del ámbito temporal de las prestaciones por desempleo consumidas, recordando para ello los criterios consolidados en materia de reposición de prestaciones y analizando la evolución de la normativa aplicable.

De acuerdo con la regla «*tempus regit actum*» aplicable en este ámbito —y que determina la aplicación del artículo 16 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Reforma Laboral—, el TS considera que no cabe extender el beneficio de la reposición del derecho a la prestación por desempleo a precedentes períodos de prestaciones ya percibidas.

Los créditos por extinción de contratos de trabajo se devengan con la sentencia firme dictada tras la declaración de concurso

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 2016

El TS resuelve un recurso de casación interpuesto frente a una sentencia de la Audiencia Provincial de León, dictada en grado de apelación como consecuencia de un incidente concursal.

El conflicto se plantea acerca de la clasificación como créditos contra la masa de las indemnizaciones por extinción de los contratos de trabajo producida en el marco del concurso de la sociedad empleadora.

Así, la Sala analiza el momento del devengo de tales créditos desde la perspectiva concursal, dado que el elemento temporal determinante para la consideración como crédito contra la masa, y establece que no se devengan en el momento del incumplimiento del empleador ni tampoco cuando se interpone la demanda por el trabajador, sino con la sentencia firme extintiva de la relación laboral, de carácter constitutivo.

En las comunicaciones individuales del despido colectivo no es necesario incluir los criterios de selección

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 14 de julio de 2016

La Sala de lo Social del TS reitera la doctrina en torno a los requisitos que debe contener la carta de despido individual comunicada a los trabajadores afectados por un despido colectivo.

El TS tiene declarado que no es necesario que en la misiva se incorporen de manera expresa (i) los criterios de selección acordados durante las negociaciones del despido colectivo ni (ii) su concreta aplicación al trabajador afectado por la medida extintiva, y ello, por las siguientes razones:

- a) No lo exige la normativa laboral. Así, en un plano de estricta legalidad, la referencia a la mención de la «causa» que hacen tanto el artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores («ET») como el artículo 122.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, ha de interpretarse como referida a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
- b) La existencia de negociaciones previas con los representantes de los trabajadores antes de acometer el despido colectivo lo convierte en un formalismo innecesario, por cuanto los trabajadores pueden conocer los criterios de selección fijados por medio de sus representantes.
- c) El hecho de que en cada comunicación individual de cese consten de manera detallada los criterios de selección dotaría a la carta de despido de una extensión desmesurada e innecesaria.

Despido colectivo: inexistencia de vulneración del derecho de huelga y del derecho a la igualdad

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de julio de 2016

El TS resuelve el recurso planteado frente a la Sentencia de la AN de 16 de mayo de 2014, recaída en el marco del expediente de regulación de empleo («ERE») de la mercantil «Panrico». La AN invalidó en su sentencia 156 de los despidos, confirmando el resto.

Mediante esta sentencia, el TS confirma la sentencia de la AN excepto en lo referente al aplazamiento de la indemnización pactada, el cual se considera ajustado a Derecho.

La controversia se centra en si existe vulneración del derecho de huelga y del derecho a la igualdad, lo que determinaría la nulidad del despido colectivo. Según la tesis de los recurrentes, Panrico habría perjudicado en exceso al centro de trabajo de Santa Perpetua de Mogoda, como represalia o medida de retorsión por el ejercicio del derecho de huelga.

La mayoría de la Sala comparte el razonamiento de la sentencia de la AN, conforme al cual resulta acreditado que la decisión referente al centro de trabajo de Santa Perpetua no supuso una represalia al ejercicio del derecho fundamental a la huelga, y que la prueba practicada es suficiente para despejar cualquier sospecha en este sentido. En otros términos, Panrico acreditó una justificación objetiva y razonable de la objetividad en la afectación del centro de Santa Perpetua y de su proporcionalidad en el marco del despido colectivo.

La sentencia cuenta, sin embargo, con un voto particular discrepante, que considera que el despido colectivo sí debería haber sido declarado nulo por vulneración del derecho de huelga y del derecho a la igualdad.

La libertad de información no ampara conductas lesivas del honor en el marco de un conflicto colectivo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de julio de 2016

El TS analiza el ejercicio del derecho a la libertad de información y sus límites frente al derecho al honor. Concretamente, la conducta enjuiciada consiste en la colocación de pasquines, carteles y pancartas en el centro de trabajo, en la localidad de residencia y en un negocio propiedad de la madre del demandante, un alto directivo.

El TS aprecia una falta total de conexión de tales entornos con el ámbito en el que se produce el conflicto laboral, por lo que concluye que el objetivo es en realidad el escarnio del demandante ante sus vecinos y familiares. Razona el TS que no concurre en este caso un requisito necesario como es la relevancia pública de la información difundida, que si bien se aprecia en los carteles y pasquines localizados en el ámbito del conflicto colectivo, se considera inexistente en la localidad de residencia del demandante y en el negocio de su madre.

Validez de la entrega de un pagaré con vencimiento el mismo día de la comunicación del despido

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 21 de julio de 2016

El TS examina la validez del pago de la indemnización por despido mediante la entrega de un pagaré, el cual señalaba como fecha de vencimiento el mismo día de su entrega y de la comunicación del despido.

En línea con la flexibilización del requisito establecido en el artículo 53.1 b) del ET, referente a la puesta a disposición de la indemnización de forma simultánea a la entrega de la comunicación escrita del despido, la Sala considera válida esta forma de pago, dado que permite al trabajador hacerlo efectivo el mismo día de la comunicación, cumpliendo el requisito de la simultaneidad exigido por la Ley.

Se declara ilícita la práctica empresarial que reduce los incentivos a los trabajadores que utilizan permisos retribuidos ajustados a la legalidad

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 8 de junio de 2016

La Audiencia Nacional («AN») examina si la empresa puede implantar un sistema de incentivos (cuyo importe se fija en función del nivel de absentismo), computando como absentismo (i) los permisos retribuidos y (ii) los períodos en situación de incapacidad temporal, así como bloqueando el derecho al incentivo cuando el trabajador haya sido amonestado o sancionado por cualquier causa.

La Sala considera que el artículo 37.3 del ET y el convenio colectivo aplicable establecen que el disfrute de tales permisos es retribuido, por lo que no es posible restringir o penalizar su disfrute. A juicio de la AN ello supone además una discriminación indirecta por razón de género, dado que ha quedado acreditado que estas penalizaciones afectan esencialmente a las mujeres, quienes usan este tipo de permisos con mayor frecuencia.

En cambio, la AN concluye que el incentivo controvertido no penaliza propiamente las situaciones de incapacidad temporal, sino que se limita a introducir límites (del orden del 5 y el 8 % de ausencias mensuales por incapacidad temporal) que la Sala considera razonables, ya que se considera legítima la finalidad de reducir el absentismo.

La AN considera ilícito el bloqueo automático del incentivo ante cualquier sanción o amonestación, dado que ello implicaría mecánicamente una multa de haber, prohibida por el art. 58.3 ET.

El concepto salarial «Ayuda Vivienda» se debe incluir en el cálculo de la indemnización por despido objetivo

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 10 de Mayo de 2016

El Tribunal Superior de Justicia («TSJ») de Castilla-La Mancha estima el recurso formulado contra la Sentencia del Juzgado de lo Social de Cuenca de 4 de septiembre de 2015, que declaraba la falta de legitimación pasiva de todos los codemandados.

En el marco del recurso, el TSJ analiza la naturaleza de un concepto salarial peculiar, complejo, que recibe la denominación de «ayuda vivienda», a los efectos de su inclusión en la indemnización por el despido objetivo de la actora.

El TSJ considera este concepto como salarial a los efectos del cálculo de la indemnización con base en lo siguiente:

- (i) Se trata de un concepto no incluido dentro de los que el convenio colectivo aplicable enumera como percepciones económicas no salariales,
- (ii) Su propia denominación y carácter periódico, y
- (iii) Por tratarse de un concepto que cotiza a la Seguridad Social.

Así, el TSJ considera que se trata de un concepto que viene a suponer una compensación económica que podría considerarse sustitutiva de la retribución en especie que supone la vivienda por razón del trabajo, por lo que concluye que tiene naturaleza salarial.

MARÍTIMO, TRANSPORTE Y LOGÍSTICA*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Aéreo. Transporte aéreo. Registro de pasajeros

Directiva (UE) n.º 681/2016 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave (DOUE L 119/132, de 4 de mayo de 2016)

La Directiva 681/2016 tiene por objeto regular: (i) la transferencia por las compañías aéreas de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) de vuelos exteriores de la UE; (ii) el tratamiento de esos datos, incluida su recogida, utilización y conservación por los Estados miembros; y (iii) el intercambio de información entre dichos Estados.

Aéreo. Servicios de gestión del tránsito aéreo y de navegación aérea

Reglamento de ejecución (UE) n.º 2016/1377 de la Comisión, de 4 de agosto de 2016, por el que se establecen requisitos comunes para los proveedores de servicios y la supervisión de servicios de gestión del tránsito aéreo/navegación aérea y otras funciones de la red de gestión del tránsito aéreo, por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 482/2008 y los Reglamentos de Ejecución (UE) n.º 1034/2011 y (UE) n.º 1035/2011, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 677/2011 (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 226/1, de 19 de agosto de 2016)

Este Reglamento establece (i) los requisitos comunes para la prestación de servicios de gestión del tránsito aéreo y de navegación aérea (ATM/ANS), y (ii) otras funciones de la red de gestión del tránsito aéreo (ATM) para el tránsito aéreo general.

En especial, el Reglamento regula los requisitos que deben cumplir las personas físicas o jurídicas que prestan tales servicios y funciones, y las autoridades competentes y los organismos cualificados que actúan en su nombre y que ejercen las funciones de certificación, supervisión y ejecución con respecto a dichos proveedores de servicios.

Marítimo. Medidas de defensa comercial. Precios en la construcción naval

Reglamento (UE) 2016/1035, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, sobre protección contra las prácticas perjudiciales en materia de precios en la construcción naval (DOUE L 176/1, de 30 de junio de 2016)

Las negociaciones multilaterales desarrolladas por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico llevaron a la celebración, el 21 de diciembre de 1994, de un Acuerdo sobre las

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

condiciones normales de competencia en la industria de la construcción y de la reparación naval mercante. En el marco de dicho Acuerdo, se ha reconocido que las características especiales de las operaciones de compra de buques hacen que no resulte fácil aplicar derechos compensatorios y *antidumping*, según lo previsto en determinados acuerdos en materia arancelaria y aduanera.

Por lo anterior, este Reglamento pretende establecer ciertos principios y definiciones de prácticas perjudiciales en materia de precios a la construcción naval, determinar qué prácticas se considerarán perjudiciales en materia de precios, así como determinar, en un supuesto concreto, los posibles perjuicios. Además, el Reglamento prevé la posibilidad de iniciar un procedimiento de investigación por parte de la Comisión y regula sus fases y posibles consecuencias.

Ferrocarril. Agencia ferroviaria

Reglamento (UE) 2016/796 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 881/2004 (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 138/2016, de 26 de mayo de 2016)

El Reglamento (CE) 881/2004 creó la Agencia Ferroviaria Europea con el fin de fomentar la constitución de un espacio ferroviario europeo sin fronteras y reforzar las cuestiones relativas a la seguridad ferroviaria. Los avances legislativos adoptados desde entonces hacen necesario que la Agencia asuma nuevas funciones y competencias con el objetivo de impulsar el desarrollo del espacio ferroviario europeo único y facilitar la información adecuada a los clientes del transporte ferroviario de mercancías y viajeros, a través de herramientas telemáticas adecuadas.

El Reglamento (UE) 2016/796 de 11 de mayo de 2016 deroga el referido Reglamento (CE) 881/2004, y regula las nuevas funciones de la Agencia Ferroviaria Europea y el reparto de éstas entre los distintos Estados miembros.

Ferrocarril. Seguridad ferroviaria

Directiva (UE) 2016/798 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, sobre la seguridad ferroviaria (versión refundida) (texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 138/2016, de 26 de mayo de 2016)

La Directiva 2004/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la seguridad de los ferrocarriles comunitarios, por la que se estableció un marco común de la seguridad ferroviaria, ha sufrido, desde su entrada en vigor, numerosas modificaciones. En particular la Directiva (UE) 2016/798 introduce nuevas modificaciones en materia de seguridad ferroviaria, por lo que en aras de una mayor claridad, se procede a la refundición de esta normativa en un único texto.

De esta forma, la Directiva deroga la Directiva 2004/49/CE y establece las disposiciones para garantizar el fomento y la mejora de la seguridad en el sistema ferroviario de la Unión con vistas a la eliminación progresiva de la necesidad de normas nacionales, así como la mejora del acceso al mercado de los servicios de transporte ferroviario mediante la armonización de la estructura reguladora en los Estados miembros. Además, define las responsabilidades entre los distintos agentes del sistema ferroviario; la elaboración de objetivos comunes de seguridad (OCS) y métodos comunes de seguridad (MCS); los certificados y autorizaciones de seguridad; el establecimiento obligatorio en cada Estado miembro de una autoridad nacional de seguridad y un organismo de investigación de accidentes e incidentes, y los principios comunes de gestión, regulación y supervisión de la seguridad ferroviaria.

Ferrocarril. Interoperabilidad del sistema ferroviario

Directiva (UE) 2016/797 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Unión Europea (versión refundida) (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 138/2016, de 26 de mayo de 2016)

La Directiva (UE) 2016/797, de 11 de mayo de 2016, deroga la Directiva 2008/57/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, que regulaba la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Comunidad. La citada Directiva 2008/57/CE había sido

modificada en varias ocasiones de forma sustancial y, dado que la Directiva (UE) 2016/797 introduce nuevas modificaciones, era necesaria una refundición de la normativa en materia de interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Unión Europea.

Así, la Directiva (UE) 2016/797 establece las condiciones que deben cumplirse para lograr la interoperabilidad del sistema ferroviario de la Unión con vistas a determinar un nivel óptimo de armonización técnica, hacer posible la facilitación, mejora y desarrollo de los servicios de transporte por ferrocarril en la Unión y con terceros países, y contribuir a la consecución del espacio ferroviario europeo único y a la realización progresiva del mercado interior.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

Cláusulas de jurisdicción voluntaria en contrato de transporte marítimo: validez de cláusula de sumisión al Alto Tribunal de Justicia de Londres. Aplicabilidad a la compañía aseguradora por subrogación

Auto número 1244/2016 de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Novena, de 27 de julio de 2016

El auto dirime la eficacia de una cláusula de sumisión a jurisdicción extranjera en el ámbito del transporte marítimo y la eventual extensión de sus efectos a quien no es parte en la documentación contractual. La controversia trae causa de un contrato de transporte marítimo formalizado por medio de una carta de porte en la que se establecía que el contrato estaba sujeto a los términos y condiciones de la naviera, entre los cuales se incluye una cláusula de sumisión a jurisdicción extranjera. Al acaecer un siniestro, la compañía aseguradora de las mercancías indemnizó su pérdida, subrogándose en los derechos y obligaciones que correspondían al cargador y contratante del transporte frente al transportista.

La Audiencia estima la aplicación del artículo 25 del Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y admite la validez de la cláusula de sumisión a tribunal extranjero. Entiende que la cláusula vincula también a la entidad aseguradora en la medida en que, por aplicación del art. 43 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro, el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y acciones que por razón del siniestro corresponden al asegurado. En consecuencia, el auto confirma la estimación de la declinatoria planteada por el transportista acogida en primera instancia.

Tercearía de mejor Derecho: derechos del puerto como créditos marítimos privilegiados en el seno de un procedimiento de ejecución

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Primera, de 5 de mayo de 2016

La Audiencia Provincial de Pontevedra estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Monte Real Club de Yates de Baiona, A.D. que, en el seno de un procedimiento de ejecución, había presentado una tercearía de mejor Derecho alegando la titularidad de un crédito marítimo privilegiado sobre la embarcación. Los créditos marítimos en cuestión eran los derechos del puerto contemplados en el art. 4 del Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, hecho en Ginebra el 6 de mayo de 1993.

En la sentencia de instancia se redujo la cantidad reclamada por el tercerista porque se entendió que era el depositario quien debía afrontar los gastos de amarre de la embarcación, y no el ejecutado. Sin embargo, en apelación se estima la alegación del tercerista recurrente recordando que el art. 8 del citado Convenio señala que los privilegios marítimos siguen al buque pese a cualquier cambio de propiedad, matrícula o pabellón. Se concluye que, mientras la embarcación permaneció amarrada en el pantalán del tercerista, continuó devengado los derechos del puerto, incluso tras la adjudicación de la embarcación a un tercero, pues el cambio de depositario no supuso el traslado o la retirada de la embarcación a otro lugar. La sentencia no acoge la interpretación de la recurrente sobre que los derechos del puerto son gastos de conservación del buque, con carácter prededucible al amparo del art. 12 del mencionado Convenio en casos de venta forzosa.

Transporte de mercancías por carretera.
Reclamación por daños en la mercancía: distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas en el contrato de seguro

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de abril de 2016

Con esta sentencia, el Tribunal Supremo establece la distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas aplicables al contrato de seguro, de manera que las primeras concretan el objeto del contrato y fijan los riesgos que hacen surgir el derecho de prestación por parte del asegurado, mientras que las segundas condicionan o modifican el derecho del asegurado y, por tanto, la indemnización que este tiene derecho a percibir.

La cláusula en cuestión, considerada por el órgano juzgador como limitativa, excluía del riesgo las pérdidas, daños y gastos que, total o parcialmente, directa o indirectamente, sean causados por o a consecuencia de la caída de bultos en las operaciones de carga o descarga.

A la luz del artículo 58 de la Ley de Contratos de Seguro, el Tribunal determina que la previsión natural del precepto respecto al momento en que comienza y termina la cobertura puede recortarse convencionalmente, pero tal recorte se configura como una cláusula limitativa de los derechos del asegurado y, por tanto, sometida al régimen de validez del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro.

Transporte marítimo.
Cláusulas de sumisión jurisdiccional en el conocimiento de embarque: necesidad de consentimiento expreso por las partes contratantes

Auto número 1243/2016 de la Audiencia Provincial de Valencia, de 27 de julio de 2016

Tomando como referencia el artículo 1288 del Código Civil y la STJCE de 19 de junio de 1984 (As. 71/83, Tilly Russ vs. Nova), el Tribunal determina la necesidad de un acuerdo expreso entre las partes para la inclusión de una cláusula de sumisión jurisdiccional en un conocimiento de embarque.

En el caso de autos, no resulta clara la voluntad de ambas partes de asumir el contenido de la cláusula 2 (cláusula de sumisión jurisdiccional controvertida), dado que no se hace referencia a ella en el anverso del documento, donde el comerciante consiente y se muestra conforme con todas las estipulaciones del conocimiento de embarque, relacionando a continuación las condiciones que expresamente aprueba o declara conocer, sin que se haga expresa mención de la cláusula de sumisión jurisdiccional, y contraviniendo de esta forma lo establecido en el artículo 17.1 del Convenio de Bruselas.

MEDIO AMBIENTE*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Islas Baleares

Decreto Legislativo 1/2016, de 6 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley 9/1991, de 27 de noviembre, reguladora del canon de saneamiento de aguas (BOIB 57/2016, de 7 de mayo)

El canon de saneamiento de aguas es un tributo destinado a financiar las actuaciones relacionadas con la gestión de las aguas residuales, tales como la evacuación, el tratamiento y la reutilización de aguas residuales urbanas. Por tanto, se trata de un canon que se aplica a todos los vertidos de aguas, incluyendo tanto los efectuados en redes de alcantarillado públicas o privadas como los que se efectúan directamente al medio receptor natural.

El Decreto Legislativo 1/2016 refunde la normativa ya existente en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares —Ley 9/1991, de 27 de noviembre, reguladora del Canon de Saneamiento de Aguas— adaptándola a las novedades legislativas que se han producido en la materia.

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

Comunidad Valenciana

Decreto Ley 4/2016, de 10 de junio, del Consell, por el que se establecen medidas urgentes para garantizar la gestión de residuos municipales (DOCV 7805/2016, de 14 de junio de 2016)

Tal y como establece su exposición de motivos, el Decreto Ley 4/2016 viene motivado por el incumplimiento grave de los principios básicos de la gestión de residuos en determinadas zonas de la Comunidad Valenciana, así como por los serios problemas organizativos en los consorcios y en los proyectos de gestión encomendados a los municipios.

El Gobierno autonómico ha decidido modificar la Ley 10/2000, de 12 de diciembre, de Residuos de la Comunidad Valenciana, de manera que, en caso de inactividad de los municipios tras el correspondiente requerimiento de la consejería competente en medio ambiente, sea posible la actuación inmediata de la Generalidad a costa y en sustitución de la entidad local o consorcio responsable de que se trate.

2 · JURISPRUDENCIA

La superación del volumen máximo de 7000 m³ del derecho de uso privativo de aguas adquirido por disposición legal es causa suficiente para su extinción

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de marzo de 2016

El Tribunal Supremo casa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia y anula la resolución de la Conferencia Hidrográfica del Júcar por la que (i) se denegó a una mercantil la solicitud de inclusión en el Registro de Aguas de un aprovechamiento de aguas subterráneas por disposición legal de 7000 m³ de agua por año y (ii) se prohibió la utilización de dicho aprovechamiento de aguas subterráneas, ordenando su sellado.

La Sala confirma lo dicho en la instancia sobre la posibilidad de extinguir el derecho al aprovechamiento por disposición legal en caso de que se superen los 7000 m³ previstos en la ley, pese a que la normativa no lo prevea expresamente como causa de incumplimiento. La Sala considera que deben entenderse aplicables a los derechos de aprovechamiento por disposición legal los tipos de incumplimiento previstos para las concesiones de aguas, de conformidad con los artículos 89.1 y 169.1 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, así como los artículos 53.1 y 66 de la Ley de Aguas.

Además, el Tribunal Supremo aclara que el procedimiento formal para dejar sin efecto el uso privativo nacido *ex lege* por incumplimiento de una condición esencial no es el procedimiento de revisión de actos firmes, sino la tramitación prevista en los artículos 163 a 169 del Reglamento de Aguas.

Sin perjuicio de las anteriores apreciaciones, el Tribunal Supremo decide, en este caso concreto, anular la resolución de la Conferencia Hidrográfica del Júcar por entenderla contraria al principio de proporcionalidad. La Sala considera que el acto impugnado debió razonar sobre la improcedencia de acudir a medidas menos restrictivas antes de extinguir sin más el derecho de aprovechamiento, especialmente cuando se trataba, al parecer, de una extralimitación puntual, puesto que no se acreditó en el pleito que la superación del volumen máximo en la extracción del agua hubiera sido reiterada.

No cabe extender la virtualidad del principio de proximidad en materia de residuos más allá de los supuestos previstos legalmente

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 1 de marzo de 2016

El Tribunal Supremo confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares que anuló parcialmente una resolución de la Consellería de Medi Ambient i Mobilitat por la que se otorgaba a una mercantil autorización como entidad gestora de un sistema integrado de gestión (SIG) de residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE), pero incluyendo en su condicionado la obligación de someter a tratamiento los residuos necesariamente en la propia isla de Mallorca.

La Sala confirma la anulación de dicha condición de la autorización por entenderla contraria a la legislación básica aplicable en materia de residuos.

En concreto, entiende que el principio de proximidad no puede ser interpretado en el sentido de que no permita trasladar residuos desde Mallorca a otras islas Baleares o a otras Comunida-

des Autónomas, pues no cabe extender la virtualidad del principio de proximidad más allá de los supuestos en que está previsto legalmente. Así, los artículos 16.1 y 16.3 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos, y 25 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, tan solo limitan el traslado de residuos cuando estos se destinan a la eliminación de los residuos, pero no cuando se trasladan para su tratamiento y valorización.

Además, el Tribunal Supremo descarta que el Plan Director de Servicios de la isla deba interpretarse en el sentido de que los residuos tengan que tratarse necesariamente en la isla de Mallorca sin posibilidad de ser trasladados para su tratamiento. Al contrario, entiende la Sala que debe interpretarse en el sentido de que, si bien es posible trasladar los RAEE fuera de la isla de Mallorca, en caso de no hacerlo es necesario entregar los residuos a la empresa concesionaria. De otro modo, el Plan sería contrario a los principios de libre circulación, libertad de empresa y libre competencia que demanda el acervo comunitario.

En conclusión, el Tribunal Supremo confirma la anulación de la cláusula autorizatoria que impedía que los RAEE puedan ser trasladados a otros lugares para su tratamiento fuera de la isla de Mallorca.

Condena a la Administración por su falta de eficacia al impedir los perjuicios producidos por la contaminación acústica

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de abril de 2016

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirma la sentencia de instancia que ordenó al Ayuntamiento de la capital a llevar a cabo las actuaciones pertinentes sobre la actividad de un bar que estaba causando molestias de ruidos a los vecinos de una comunidad de propietarios y, en concreto, (i) comprobar si la actividad disponía de las preceptivas licencias de actividad y funcionamiento, (ii) en tal caso, si la actividad se ejercía ajustándose a ellas y, (iii) si procediera, incoar el oportuno expediente sancionador o de protección de la legalidad con adopción de las medidas provisionales oportunas.

La Sala rechaza la defensa del consistorio, pues, en los casos en los que la Administración desoye el requerimiento del administrado para que actúe, es posible articular el recurso contencioso-administrativo tanto por la vía de la inactividad de la Administración como por la vía de impugnación de una desestimación presunta de la reclamación en vía administrativa requiriendo a la Administración que actúe. Por lo tanto, el Ayuntamiento no puede escudarse en que se ha accionado incorrectamente.

Además, y en contra de lo alegado por el Ayuntamiento, la comunidad de propietarios sí detalló la prestación concreta cuyo cumplimiento requería e identificó el artículo concreto de la Ordenanza de Protección contra la Contaminación Acústica (OPCAT) en el que se recogía la obligación del consistorio de actuar.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid declara que es el Ayuntamiento el obligado a actuar en pos de la protección de los ciudadanos frente a la contaminación acústica, no pudiendo ser descargadas las obligaciones de vigilar y supervisar las actividades molestas sobre los denunciados.

Finalmente, la Sala añade una reflexión acerca del cambio de tendencia que se ha ido materializando en la jurisprudencia del orden contencioso dirigido a proteger a los ciudadanos frente a la contaminación acústica, y que se ha materializado en un mayor número de condenas a las Administraciones por su falta de eficacia a la hora de impedir el perjuicio para la intimidad y el descanso que produce el ruido.

Las CC. AA. carecen de competencia para autorizar o revisar autorizaciones de vertidos al dominio público hidráulico que afecten a cuencas que discurren por varias CC. AA.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de abril de 2016

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirma la sentencia de instancia que anuló la revisión de una autorización de vertido de aguas residuales al dominio público hidráulico realizada por la Agencia Catalana del Agua.

La Sala fundamenta su decisión en la carencia de título competencial por parte de la Agencia Catalana del Agua para resolver sobre las autorizaciones de vertidos en cuencas intercomunitarias o no comprendidas íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

El Tribunal Superior de Justicia señala que el artículo 144.1.g) del Estatuto de Autonomía de Cataluña no reconoce dicha competencia, por lo que esta no puede ser atribuida a la Agencia Catalana del Agua por una norma de rango reglamentario.

Asimismo, se remite a la interpretación dada por la doctrina constitucional a la redacción estatutaria en relación con los artículos 149.1.22.^a y 45.2 de la Constitución, así como a los pronunciamientos anteriores de la propia Sala que proclaman la vigencia del principio de unidad de cuenca en aras de garantizar la utilización racional de los recursos naturales.

Por último, se precisa que el supuesto reconocimiento de la competencia de la Agencia Catalana del Agua para autorizar vertidos en cuencas intercomunitarias en otros procedimientos similares no modifica el título competencial del Estado, ejercido a través de la Confederación Hidrográfica del Ebro, para resolver los procedimientos de concesión de tales autorizaciones.

Anulación de una sanción impuesta por la Confederación Hidrográfica del Guadiana por no haberse realizado una instrucción suficientemente acreditativa de la conducta infractora

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de mayo de 2016

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha anula parcialmente una resolución de la Confederación Hidrográfica del Guadiana por la que se impuso a una empresa minera una sanción pecuniaria junto con la obligación de restituir la situación ambiental de un acuífero.

Una vez advertida la presencia de un socavón cubierto por el agua en la extracción a cielo abierto de minerales de la sección A explotada por la recurrente, la Confederación Hidrográfica del Guadiana impuso la sanción al entender que la empresa había alterado sin autorización la morfología del terreno perturbando con ello el régimen de aguas subterráneas, conducta infractora prevista en el artículo 116.3.b) de la Ley de Aguas consistente en «*la derivación de agua de sus cauces y el alumbramiento de aguas subterráneas sin la correspondiente concesión o autorización*».

Sin embargo, la empresa alegó, con apoyo en un informe hidrogeológico, que no estaba acreditado que las aguas tuvieran origen subterráneo, pues pudieron haberse acumulado a consecuencia de la lluvia por la impermeabilidad del sustrato inferior del terreno o por una subida del nivel freático del agua.

Considerando estos datos, la Sala entiende que la instrucción del procedimiento sancionador debería haber sido más completa en relación a las causas de la presencia del agua, con al menos una nueva visita a la zona, ya que ni siquiera se hace valoración de las posibles causas alegadas por la recurrente. Por ello, anula la sanción administrativa impugnada, aunque manteniendo la orden de restitución del acuífero afectado por tratarse de una medida de restablecimiento independiente de la sanción, cuyo objetivo es evitar el riesgo de contaminación.

Anulación de la disposición transitoria vigesimosexta del RD 876/2014, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de julio de 2016

El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por un particular contra el Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, que aprueba el Reglamento General de Costas, considerando nula de pleno derecho la disposición transitoria vigesimosexta, que establecía preferencia para la obtención de concesiones sobre dominio público marítimo-terrestre a quienes vinieran ocupando dicho terreno y cuya concesión se hubiera extinguido por transcurso del plazo o se encontrara en tramitación al tiempo de entrar en vigor la Ley 2/2013, de 29 de mayo, pero mantuvieran su actividad o instalación abierta.

La Sala considera que la disposición adolece de una manifiesta falta de proporcionalidad por determinar una preferencia absoluta y sin matices. Además, estima que existe contravención del principio de igualdad de trato al conferir una situación de ventaja que, si bien no determina el otorgamiento automático de la concesión, lleva a tal resultado en términos prácticamente inexorables. Y, finalmente, concluye que la disposición transitoria vigesimosexta impugnada vulnera el principio de jerarquía normativa, al incurrir el Reglamento en un exceso *ultra vires* no amparado por la Ley de Costas, que establece la improrrogabilidad del plazo de concesión, salvo excepción contenida en el título habilitante, y reconoce los principios de imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva en el otorgamiento de concesiones.

MERCANTIL*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

- *Reglamento Delegado (UE) 2016/592 de la Comisión de 1 de marzo de 2016 por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a la obligación de compensación (DOUE de 19 de abril de 2016)*
- *Decisión (UE) 2016/702 del Banco Central Europeo de 18 de abril de 2016 por la que se modifica la Decisión (UE) 2015/774 sobre un programa de compras de valores públicos en mercados secundarios (BCE/2016/8) (DOUE de 11 de mayo de 2016)*
- *Reglamento Delegado (UE) 2016/709 de la Comisión de 26 de enero de 2016 que complementa el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a las normas técnicas de regulación que especifican las condiciones para la aplicación de las excepciones que afectan a las divisas con limitaciones de disponibilidad de activos líquidos (DOUE de 13 de mayo de 2016)*
- *Decisión (UE) 2016/811 del Banco Central Europeo de 28 de abril de 2016 por la que se modifica la Decisión BCE/2014/34 sobre las medidas relativas a las operaciones de financiación a plazo más largo con objetivo específico (BCE/2016/11) (DOUE de 21 de mayo de 2016)*
- *Decisión (UE) 2016/810 del Banco Central Europeo de 28 de abril de 2016 sobre la segunda serie de operaciones de financiación a plazo más largo con objetivo específico (BCE/2016/10) (DOUE de 21 de mayo de 2016)*
- *Reglamento de Ejecución (UE) 2016/818 de la Comisión de 17 de mayo de 2016 por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 1030/2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los modelos uniformes y la fecha a efectos de la divulgación de los valores utilizados para identificar las entidades de importancia sistémica mundial, de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 25 de mayo de 2016)*
- *Decisión (UE) 2016/821 del Banco Central Europeo de 26 de abril de 2016 por la que se modifica la Decisión BCE/2007/7 relativa a las condiciones de TARGET2-ECB (BCE/2016/9) (DOUE de 25 de mayo de 2016)*
- *Reglamento Delegado (UE) 2016/822 de la Comisión de 21 de abril de 2016 por el que se modifica el Reglamento Delegado (UE) n.º 153/2013 en lo que respecta a los horizontes temporales a efectos del período de liquidación a considerar para las diferentes categorías de instrumentos financieros (DOUE de 26 de mayo de 2016)*
- *Reglamento de Ejecución (UE) 2016/824 de la Comisión de 25 de mayo de 2016 por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta al contenido y el formato de la descripción del funcionamiento de los sistemas multilaterales de negociación, los sistemas organizados de contratación y la notificación a la Autoridad Europea de Valores y Mercados, de conformidad con la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los mercados de instrumentos financieros (DOUE de 26 de mayo de 2016)*
- *Reglamento Delegado (UE) 2016/860 de la Comisión, de 4 de febrero de 2016, por el que se determinan las circunstancias en las que es necesaria la exclusión de la aplicación de las*

* Esta sección ha sido elaborada por Javier Tortuero, Clara Muñoz, Leonor de Osma, Manuel Carvalho, Joana Torres, Joana Mota, Francisco Burgu, Inês Caria Pinto, Manuel Barbosa y Rita Canto e Castro, del Grupo de Práctica de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Nueva York, Madrid y Lisboa).

competencias de amortización o de conversión en virtud del artículo 44, apartado 3, de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (DOUE de 1 de junio de 2016)

— Reglamento Delegado (UE) 2016/861 de la Comisión, de 18 de febrero de 2016, por el que se corrige el Reglamento Delegado (UE) n.º 528/2014 de la Comisión, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación para el riesgo distinto de delta de las opciones en el método estándar del riesgo de mercado y se corrige el Reglamento Delegado (UE) n.º 604/2014 de la Comisión por el que se complementa la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación en relación con los criterios cualitativos y los criterios cuantitativos adecuados para determinar las categorías de personal cuyas actividades profesionales tienen una incidencia importante en el perfil de riesgo de una entidad (DOUE de 1 de junio de 2016)

— Reglamento de Ejecución (UE) 2016/869 de la Comisión de 27 de mayo de 2016 por el que se establece información técnica para el cálculo de las provisiones técnicas y los fondos propios básicos a efectos de la presentación de información con fecha de referencia comprendida entre el 31 de marzo y el 29 de junio de 2016 de conformidad con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) (DOUE de 3 de junio de 2016)

— Reglamento de Ejecución (UE) 2016/892 de la Comisión de 7 de junio de 2016 relativo a la prórroga de los períodos transitorios relacionados con los requisitos de fondos propios por las exposiciones frente a entidades de contrapartida central indicadas en el Reglamento (UE) n.º 575/2013 y el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 10 de junio de 2016)

— Reglamento Delegado (UE) 2016/908 de la Comisión de 26 de febrero de 2016 por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo mediante el establecimiento de normas técnicas de regulación sobre los criterios, el procedimiento y los requisitos para establecer una práctica de mercado aceptada, así como los requisitos para mantenerla, derogarla o modificar las condiciones para su aceptación (DOUE de 10 de junio de 2016)

— Reglamento Delegado (UE) 2016/909 de la Comisión de 1 de marzo de 2016 por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas al contenido de las notificaciones que deben presentarse a las autoridades competentes, y a la compilación, publicación y mantenimiento de la lista de notificaciones (DOUE de 10 de junio de 2016)

— Reglamento de Ejecución (UE) 2016/911 de la Comisión de 9 de junio de 2016 por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a la forma y el contenido de la descripción de los acuerdos de ayuda financiera de grupo de conformidad con la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (DOUE de 10 de junio de 2016)

— Reglamento Delegado (UE) 2016/957 de la Comisión de 9 de marzo de 2016 por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación aplicables a los mecanismos, sistemas y procedimientos apropiados, así como a las plantillas de notificación, que deben utilizarse para prevenir, detectar y notificar prácticas abusivas u órdenes u operaciones sospechosas (DOUE de 17 de junio de 2016)

— Reglamento Delegado (UE) 2016/958 de la Comisión de 9 de marzo de 2016 por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a las medidas técnicas aplicables a la presentación objetiva de las recomendaciones de inversión o información de otro tipo en las que se recomiende o sugiera una estrategia de inversión y a la comunicación de intereses particulares o indicaciones de conflictos de intereses (DOUE de 17 de junio de 2016)

- *Reglamento de Ejecución (UE) 2016/959 de la Comisión de 17 de mayo de 2016 por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con las prospecciones de mercado en lo que respecta a los sistemas y las plantillas de notificación que deberán utilizar los participantes del mercado que comunican información y al formato de los registros de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 17 de junio de 2016)*
- *Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016 sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los fondos de inversión, y por el que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE y el Reglamento (UE) n.º 596/2014 (DOUE de 29 de junio de 2016)*
- *Reglamento Delegado (UE) 2016/1052 de la Comisión de 8 de marzo de 2016 por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a las condiciones aplicables a los programas de recompra y a las medidas de estabilización (DOUE de 30 de junio de 2016)*
- *Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1055 de la Comisión de 29 de junio de 2016 por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con las modalidades técnicas de la difusión pública adecuada de información privilegiada y del retraso de la difusión pública de información privilegiada de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 30 de junio de 2016)*
- *Directiva (UE) 2016/1034 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de junio de 2016 por la que se modifica la Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros (DOUE de 30 de junio de 2016)*
- *Reglamento (UE) 2016/1033 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de junio de 2016 por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 600/2014 relativo a los mercados de instrumentos financieros, el Reglamento (UE) n.º 596/2014 sobre el abuso de mercado, y el Reglamento (UE) n.º 909/2014 sobre la mejora de la liquidación de valores en la Unión Europea y los depositarios centrales de valores (DOUE de 30 de junio de 2016).*
- *Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1066 de la Comisión de 17 de junio de 2016 por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con los procedimientos, modelos de formularios y plantillas para la notificación de información a efectos de los planes de resolución para las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión, de conformidad con la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 6 de julio de 2016)*
- *Reglamento Delegado (UE) 2016/1075 de la Comisión de 23 de marzo de 2016 que completa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación que especifican el contenido de los planes de reestructuración, los planes de resolución y los planes de resolución de grupos, los criterios mínimos que la autoridad competente debe evaluar en lo que respecta a los planes de reestructuración y planes de reestructuración de grupos, las condiciones para la ayuda financiera de grupo, los requisitos relativos a los valoradores independientes, el reconocimiento contractual de las competencias de amortización y de conversión, el procedimiento en relación con los requisitos de notificación y el anuncio de suspensión y el contenido de los mismos, y el funcionamiento operativo de los colegios de autoridades de resolución (DOUE de 8 de julio de 2016)*
- *Decisión (UE) 2016/1162 del Banco Central Europeo de 30 de junio de 2016 sobre la divulgación de información confidencial en caso de investigación de delitos (DOUE de 16 de julio de 2016)*
- *Reglamento Delegado (UE) 2016/1178 de la Comisión de 10 de junio de 2016 por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a la obligación de compensación (DOUE de 20 de julio de 2016)*
- *Decisión de la Autoridad Bancaria Europea confirmando que las evaluaciones crediticias no solicitadas de ciertas ECAI no difieren en calidad de sus evaluaciones crediticias solicitadas (DOUE de 22 de julio de 2016)*

— *Decisión de Ejecución (UE) 2016/1223 de la Comisión de 25 de julio de 2016 por la que se modifica la Decisión 2011/30/UE sobre la equivalencia de los sistemas de supervisión pública, control de calidad, investigación y sanciones que aplican algunos terceros países a los auditores y sociedades de auditoría y sobre un período transitorio autorizado para las actividades de auditoría en la Unión Europea de los auditores y sociedades de auditoría de ciertos terceros países (DOUE de 27 de julio de 2016)*

— *Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1368 de la Comisión de 11 de agosto de 2016 por el que se establece una lista de los índices de referencia cruciales utilizados en los mercados financieros, de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 12 de agosto de 2016)*

— *Reglamento Delegado (UE) 2016/1376 de la Comisión de 8 de agosto de 2016 por el que se establece información técnica para el cálculo de las provisiones técnicas y los fondos propios básicos a efectos de la presentación de información con fecha de referencia comprendida entre el 30 de junio y el 29 de septiembre de 2016 de conformidad con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (DOUE de 18 de agosto de 2016)*

— *Reglamento Delegado (UE) 2016/1400 de la Comisión de 10 de mayo de 2016 que completa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican los elementos mínimos de un plan de reorganización de actividades y el contenido mínimo de los informes sobre el avance en la ejecución del plan (DOUE de 23 de agosto de 2016)*

— *Reglamento Delegado (UE) 2016/1401 de la Comisión de 23 de mayo de 2016 por el que se completa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a los métodos y los principios de valoración de los pasivos surgidos de derivados (DOUE de 23 de agosto de 2016)*

— *Reglamento Delegado (UE) 2016/1437 de la Comisión de 19 de mayo de 2016 por el que se complementa la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación en materia de acceso a información regulada a nivel de la Unión (DOUE de 31 de agosto de 2016)*

— *Reglamento Delegado (UE) 2016/1450 de la Comisión de 23 de mayo de 2016 por el que se complementa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación en las que se especifican los criterios relativos al método para establecer el requisito mínimo de fondos propios y pasivos admisibles (DOUE de 3 de septiembre de 2016)*

— *Reglamento Delegado (UE) 2016/1608 de la Comisión de 17 de mayo de 2016 por el que se modifica el Reglamento Delegado (UE) n.º 1222/2014 en lo relativo a las normas técnicas de regulación que determinan el método para la identificación de las entidades de importancia sistémica mundial y la definición de las subcategorías de entidades de importancia sistémica mundial (DOUE de 8 de septiembre de 2016)*

— *Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1630 de la Comisión de 9 de septiembre de 2016 por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los procedimientos de aplicación de la medida transitoria en relación con el submódulo de riesgo de acciones, de conformidad con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 10 de septiembre de 2016)*

— *Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1646 de la Comisión de 13 de septiembre de 2016 por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los principales índices bursátiles y los mercados organizados de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión (DOUE de 14 de septiembre de 2016)*

[España]**Mercado de Valores**

— *Reglamento de la Bolsa de Valores de Madrid (Boletín de Cotización de la Bolsa de Madrid de 25 de abril de 2016)*

— *Circular 5/2016, de 25 de abril (Boletín de Cotización de la Bolsa de Madrid de 26 de abril de 2016)*

Detalla las normas aplicables a los procedimientos de supervisión que, de conformidad con lo previsto en el Título IX del Reglamento de la Bolsa de Valores, se tramitarán en los casos en que se tuviese indicios o información relativa a un posible incumplimiento de la normativa que no estuviera suficientemente acreditado como consecuencia de la información obrante en poder de la Bolsa.

— *Circular 1/2016, 25 de abril (Boletín de Cotización de la Bolsa de Madrid de 26 de abril de 2016)*

Establece el régimen aplicable a los miembros de la Bolsa de Valores de Madrid, abordando aspectos tales como el procedimiento de admisión, los medios técnicos y personales exigibles a los miembros de la Bolsa, su régimen de actuación y los casos de suspensión y exclusión.

— *Circular 2/2016, 25 de abril (Boletín de Cotización de la Bolsa de Madrid de 26 de abril de 2016)*

Detalla los requisitos, documentación y procedimiento aplicables para la incorporación de acciones, participaciones en fondos de inversión cotizadas y *warrants* en la Bolsa.

— *Circular 3/2016, 25 de abril (Boletín de Cotización de la Bolsa de Madrid de 26 de abril de 2016)*

Tiene por objeto detallar los requisitos de información que son exigibles a las entidades emisoras que soliciten la admisión a negociación de valores en la Bolsa y a las mismas entidades, una vez los valores hayan sido admitidos a negociación en la Bolsa, teniendo en cuenta una doble finalidad: por un lado, la citada transparencia informativa, y por otro lado, la suficiencia de la información que ayude a los inversores en la toma de decisiones de inversión.

— *Circular 4/2016, 25 de abril (Boletín de Cotización de la Bolsa de Madrid de 26 de abril de 2016)*

Recoge las normas aplicables a la contratación electrónica basada en una contratación multilateral (dirigida por órdenes), permitiendo la gestión individualizada para cada valor admitido a negociación, obteniéndose con ello un único punto de liquidez por valor, dando lugar a la formación de un único precio y un único libro de órdenes por valor.

— *Circular 16/2016, de 21 de abril (Boletín de Cotización de la Bolsa de Madrid de 27 de abril de 2016)*

Modifica el apartado 5 de la norma 5.^a y el apartado 1 de la norma 7.^a del anexo A de la Circular 11/2016, por la que se aprueban las tarifas aplicables a los valores incorporados al Sistema de Registro y Liquidación de Valores ARCO, con el objeto de: (i) establecer la exención de la tarifa por las instrucciones de inclusión y exclusión con otros DCV de valores del mercado latinoamericano en el supuesto de que las entidades participantes actúen como especialistas; (ii) reducir temporalmente la tarifa que se cobra por el tratamiento obligatorio «Store and Forward» de la mensajería SWIFT en TARGET2 - Banco de España; (iii) modificar la redacción de la tarifa que se cobra por el acceso al terminal BME-PC con objeto de especificar el importe que se cobra a las entidades interlocutoras, así como a las entidades participantes en el sistema CADE, y (iv) establecer la exención temporal de las tarifas por operaciones auxiliares no vinculadas y de la tarifa por modificación, cancelación o comunicación de evento corporativo desde «Ex date -2».

— *Circular 2/2016, de 20 de abril, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre normas contables, cuentas anuales, estados financieros públicos y estados reservados de información estadística de los fondos de titulización (BOE de 30 de abril de 2016)*

— *Circular 3/2016, de 20 de abril, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se modifica la Circular 7/2011, de 12 de diciembre, sobre folleto informativo de tarifas y contenido de los contratos-tipo (BOE de 30 de abril de 2016)*

— *Circular 4/2016, de 29 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre las funciones de los depositarios de instituciones de inversión colectiva y entidades reguladas por la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE de 12 de julio de 2016)*

— *Circular 18/2016, de 21 de julio (Boletín de Cotización de la Bolsa de Madrid de 27 de julio de 2016)*

Modifica el anexo B de la Circular 11/2016 por la que se aprueban las tarifas aplicables a los valores incorporados al Sistema de Registro y Liquidación de Valores ARCO, incluyendo las siguientes novedades: (i) establece la tarifa aplicable a entidades emisoras por la emisión de certificados y (ii) establece la exención temporal de la tarifa por el servicio de fichero de movimientos facturados, de forma que las entidades participantes dispongan de un plazo para adaptar sus procesos.

— *Circular 19/2016, de 21 de julio (Boletín de Cotización de la Bolsa de Madrid de 27 de julio de 2016)*

Concreta el procedimiento de liquidación y registro en IBERCLEAR de las operaciones sobre las emisiones de deuda pública que se negocian en las Bolsas de Valores de Bilbao y Valencia.

— *Circular 20/2016, de 28 de julio (Boletín de Cotización de la Bolsa de Madrid de 28 de julio de 2016)*

Persigue dos objetivos: (i) por un lado, se refleja la ampliación del ámbito de procedencia de las operaciones a las que puede aplicarse el procedimiento especial de intermediario financiero, conforme a lo previsto en la reciente modificación del Reglamento de IBERCLEAR; y (ii) por otro lado, tiene como objeto desarrollar las puntualizaciones introducidas por la reciente modificación de los artículos 32 y 33 del Reglamento de IBERCLEAR, que ha precisado el tipo de operaciones a las que se dedica ese procedimiento especial y su anotación instrumental y transitoria en nombre propio en las cuentas especiales de los intermediarios financieros que hagan uso de ese procedimiento.

— *Circular 5/2016, de 27 de julio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se modifica la Circular 9/2008, de 10 de diciembre, sobre normas contables, estados de información reservada y pública, cuentas anuales de las sociedades rectoras de los mercados secundarios oficiales, con la exclusión del Banco de España, de las entidades rectoras de los sistemas multilaterales de negociación, de la Sociedad de Sistemas, de las entidades de contrapartida central, de la Sociedad de Bolsas, de las sociedades que tengan la titularidad de todas las acciones de organismos rectores de mercados secundarios oficiales y de sistemas multilaterales de negociación, y de otros sistemas de compensación y liquidación de los mercados que se creen al amparo de lo previsto en la Ley del Mercado de Valores (BOE de 22 de agosto de 2016)*

Bancario

— *Resolución de 12 de abril de 2016, de la Comisión Ejecutiva del Banco de España, de modificación de las cláusulas generales relativas a las condiciones uniformes para la apertura y el funcionamiento de cuentas del módulo de pagos y cuentas dedicadas de efectivo en TARGET2-Banco de España (BOE de 15 de abril de 2016)*

— *Circular 4/2016, de 27 de abril, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, y la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos (BOE de 6 de mayo de 2016)*

— Circular 5/2016, de 27 de mayo, del Banco de España, sobre el método de cálculo para que las aportaciones de las entidades adheridas al Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito sean proporcionales a su perfil de riesgo (BOE de 1 de junio de 2016)

— Circular 6/2016, de 30 de junio, del Banco de España, a las entidades de crédito y a los establecimientos financieros de crédito, por la que se determinan el contenido y el formato del documento «Información Financiera-PYME» y se especifica la metodología de calificación del riesgo previstos en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (BOE de 11 de julio de 2016)

Seguros

— Orden ECC/664/2016, de 27 de abril, por la que se aprueba la lista de información a remitir en supuestos de adquisición o incremento de participaciones significativas en entidades aseguradoras y reaseguradoras y por quienes pretendan desempeñar cargos de dirección efectiva o funciones que integran el sistema de gobierno en entidades aseguradoras, reaseguradoras y en los grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras (BOE de 6 de mayo de 2016)

— Orden ECC/724/2016, de 9 de mayo, por la que se aprueban los modelos de información cuantitativa a efectos estadísticos y contables, a remitir por las entidades aseguradoras y reaseguradoras en régimen general de solvencia, los modelos de información cuantitativa a efectos de supervisión, estadísticos y contables, a remitir por las entidades aseguradoras y reaseguradoras en régimen especial de solvencia, los modelos de información cuantitativa, a efectos de supervisión, estadísticos y contables, sobre inversiones y decesos, para entidades de régimen general de solvencia y los modelos de información cuantitativa, a efectos de supervisión a remitir a la entrada en vigor del régimen especial de solvencia (BOE de 14 de mayo de 2016)

— Resolución de 31 de mayo de 2016, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se modifica la de 27 de noviembre de 2006, por la que se aprueban los recargos en favor del Consorcio de Compensación de Seguros en materia de seguro de riesgos extraordinarios a satisfacer obligatoriamente por los asegurados, la cláusula de cobertura a insertar en las pólizas de seguro ordinario y la información a facilitar por las entidades aseguradoras relativa a las pólizas incluidas en el régimen de cobertura de los riesgos extraordinarios (BOE de 4 de julio de 2016)

Otras materias

— Resolución de 15 de julio de 2016, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se someten a información pública la modificación de Normas Técnicas de Auditoría, resultado de la adaptación de las Normas Internacionales de Auditoría para su aplicación en España; así como la modificación del Glosario de términos (BOE de 25 de julio de 2016)

— Resolución de 27 de julio de 2016, de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones, por la que se aprueban los modelos de declaración de inversiones exteriores cuando el obligado a declarar es inversor o empresa con participación extranjera y que sustituye a las anteriores Resoluciones en esta materia (BOE de 12 de agosto de 2016)

Cataluña

— Decreto Ley 2/2016, de 17 de mayo, de modificación de la Ley 6/1998, de 13 de mayo, de regulación del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas (DOGC de 19 de mayo de 2016)

País Vasco

— Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco (BOPV de 13 de junio de 2016)

— Decreto 115/2016, de 27 de julio, por el que se deroga el Decreto 158/2014, de 29 de julio, por el que se establecen ayudas destinadas a la reestructuración y relanzamiento de empresas en crisis (BOPV de 1 de agosto de 2016)

Novas regras aplicáveis ao arrendamento apoiado

[Portugal]

Lei n.º 32/2016 (DR 162 série I-A de 2016-08-24)

A Lei n.º 32/2016, de 24 de agosto de 2016, vem alterar o regime jurídico do arrendamento apoiado para habitação, conforme aprovado pela Lei n.º 81/2014, de 19 de dezembro de 2014, revogando a Lei n.º 21/2009, de 20 de maio de 2009, o Decreto-Lei n.º 608/73, de 14 de novembro de 1973, e o Decreto-Lei n.º 166/93, de 7 de maio de 1993.

O arrendamento apoiado é o regime aplicável às habitações detidas, a qualquer título, por entidades das administrações direta e indireta do Estado, das regiões autónomas, das autarquias locais, do setor público empresarial e dos setores empresariais regionais, intermunicipais e municipais, que por elas sejam arrendadas ou subarrendadas com rendas calculadas em função dos rendimentos dos agregados familiares a que se destinam.

Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 32/2016, de 24 de agosto de 2016, o valor das rendas é agora, e desde 1 de setembro de 2016, determinado em função do rendimento líquido e não do rendimento bruto do agregado familiar. Assim, o valor da renda é determinado através da aplicação de uma taxa de esforço, a qual não poderá ser superior ao montante correspondente a 23% do rendimento mensal corrigido do agregado familiar. Este indicador é, por sua vez, apurado a partir do rendimento mensal líquido, e não do rendimento mensal bruto.

Para além desta importante alteração, este diploma torna admissível o não uso da habitação pelo arrendatário por um período máximo de dois anos, desde que o não uso seja comprovadamente motivado por: (i) doença regressiva e incapacitante de permanência na habitação; (ii) prestação de trabalho por conta de outrem no estrangeiro ou cumprimento de comissão de serviço público, civil ou militar, em ambos os casos por tempo determinado; (iii) detenção em estabelecimento prisional; ou (iv) prestação de apoios continuados a pessoas com deficiência com grau de incapacidade igual ou superior a 60%, incluindo a familiares. Dito isto, a obrigação geral de o arrendatário utilizar a habitação em permanência, não se ausentando por um período seguido superior a seis meses, mantém-se.

Este diploma aproveita, ainda, para densificar as obrigações que recaem sobre o arrendatário e o senhorio. De entre estas obrigações, destacamos: (i) a obrigação do arrendatário de restituir a habitação, no termo do prazo do respetivo contrato, *«no estado em que a recebeu e sem quaisquer deteriorações, salvo as inerentes a uma prudente utilização em conformidade com o fim do contrato e sem prejuízo do pagamento de danos, caso se verifiquem»*; e (ii) as obrigações do senhorio de realizar obras de conservação, de reabilitação e de beneficiação dos edifícios e frações, de garantir as condições de segurança e de assumir os encargos e despesas referentes à administração, conservação e fruição das partes comuns.

Relativamente ao acesso ao arrendamento apoiado, o mesmo continua a estar vedado a quem seja proprietário, usufrutuário ou detentor a outro título de prédio urbano ou de fração autónoma de prédio urbano destinado a habitação, mas só nos casos em que este imóvel esteja localizado no mesmo concelho ou em concelho limítrofe e *«desde que este seja adequado a satisfazer o fim habitacional do agregado e não constitua residência permanente de terceiros com direitos legais ou contratuais sobre o mesmo»*. Ademais, o acesso encontra-se também vedado a quem usufrua de apoios financeiros públicos para fins habitacionais, ou seja titular, cônjuge ou unido de facto com o titular de uma habitação pública já atribuída.

Dito isto, este último impedimento não se aplicará aos indivíduos e agregados familiares que se encontrem em situação de necessidade habitacional urgente e ou temporária, esclarecendo o diploma que estas situações se verificarão em casos de desastres naturais e calamidades ou de outras situações de vulnerabilidade e emergência social e perigo físico ou moral para as pessoas, incluindo as relativas a violência doméstica. A este propósito, importa notar que, a partir da data de entrada em vigor deste diploma, o impedimento relativo a um dos membros do agregado familiar deixou de ser extensível aos restantes.

Por fim, chamamos à atenção para os prazos dos contratos de arrendamento apoiado. Assim, os mesmos são celebrados, em regra, por prazos de 10 anos, renovando-se automaticamente por igual período, e já não por períodos sucessivos de dois anos.

Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados

Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 (JO L119/132, de 4 de maio de 2016)

Foi publicado a 4 de maio de 2016 o Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (o «Regulamento»). Este Regulamento vem substituir a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995, atualmente em vigor, e será diretamente aplicável em todos os Estados-Membros a partir de 25 de maio de 2018.

A aprovação deste Regulamento representa um passo muito significativo na criação de um quadro normativo uniforme entre os Estados-Membros da União Europeia em matéria de proteção de dados. Com efeito, apesar de o Regulamento conter muitos princípios, regras gerais, direitos e obrigações que já constam da Diretiva 95/46/CE, a verdade é que vem introduzir alterações importantes ao regime atualmente aplicável, de entre as quais se destacam as seguintes.

(i) Alargamento do âmbito de aplicação territorial: O Regulamento passa a aplicar-se não apenas aos responsáveis pelo tratamento ou subcontratantes estabelecidos na União Europeia, mas também a responsáveis pelo tratamento ou subcontratantes não estabelecidos na União Europeia quando os tratamentos de dados que efetuam se encontrem relacionados (i) com a oferta de bens ou serviços dirigidas a residentes no território da União ou (ii) com o controlo do seu comportamento (por exemplo através de cookies).

(ii) Reforço das condições aplicáveis ao consentimento: Reforçam-se os requisitos e as condições para a obtenção do consentimento do titular dos dados, passando a exigir-se que o mesmo seja livre e revogável a todo o tempo e que se traduza numa indicação inequívoca da sua vontade, através de uma declaração ou de uma ação afirmativa. Fixam-se também novas regras para o consentimento de crianças em relação aos serviços da sociedade de informação.

(iii) Princípio da responsabilidade (*Accountability*): As empresas passam a ter a obrigação de demonstrar que os tratamentos que efetuam são realizados em conformidade com as normas do Regulamento. Neste âmbito, o Regulamento estabelece a obrigação de as empresas implementarem, tanto no momento de definição dos meios de tratamento como no momento do próprio tratamento, as medidas técnicas e organizativas adequadas destinadas a aplicar com eficácia os princípios da proteção de dados (*privacy by design*), devendo ainda ser assegurado que, por defeito, só sejam tratados os dados pessoais necessários para cada finalidade (*privacy by default*).

Também se salienta a obrigação de notificação do responsável pelo tratamento à autoridade nacional de uma violação de dados pessoais até 72 horas após o conhecimento da mesma. Em determinados casos, também o titular dos dados deverá ser notificado.

Acresce ainda que, apesar de desaparecerem as obrigações de notificação às autoridades nacionais de um tratamento ou conjunto de tratamentos de dados pessoais, o Regulamento vem impor aos responsáveis pelo tratamento uma obrigação de registo interno de todas as atividades de tratamento sob a sua responsabilidade ou, no caso dos subcontratantes, um registo de todas as categorias de atividades de tratamento realizadas por conta de um responsável pelo tratamento. A informação que deve constar do registo interno não difere substancialmente do conteúdo das notificações que são apresentadas atualmente à Comissão Nacional de Proteção de Dados

(iv) Nomeação de um Encarregado da proteção de dados (*Data Protection Officer*): o Regulamento introduz a obrigação de nomeação de um encarregado da proteção de dados para exercer competências ao nível da avaliação e promoção da implementação de mecanismos de cumprimento da legislação em matéria de proteção de dados, prestação de aconselhamento e cooperação com a autoridade de controlo, em relação à qual atuará como ponto de contacto. A designação de um encarregado da proteção de dados será obrigatória sempre que: (i) o tratamento seja efetuado por uma autoridade ou organismo público, excetuando os tribunais; (ii) as atividades principais do responsável pelo tratamento consistam em operações que, devido à sua natureza, âmbito e/ou finalidade, exijam um controlo regular e

sistemático dos titulares dos dados em grande escala; ou (iii) as atividades principais do responsável pelo tratamento consistam em operações de tratamento em grande escala de categorias de dados sensíveis (por exemplo, dados de saúde) ou de dados relativos a condenações e infrações. O encarregado da proteção de dados pode ser um trabalhador do responsável pelo tratamento ou exercer as suas funções em regime de prestação de serviços e ter conhecimentos especializados no domínio do direito e das práticas de proteção de dados.

(v) Mecanismo de balcão único (*One-stop shop*): O Regulamento introduz o princípio «*one-stop-shop*» que permite que a autoridade nacional do local onde a empresa, responsável pelo tratamento ou subcontratada, tiver o seu estabelecimento principal atue na qualidade de autoridade de controlo principal para o tratamento transfronteiriço e assumir competências de coordenação de procedimentos relativos a infrações ao Regulamento. Sem prejuízo, este princípio não exclui a competência das autoridades de controlo locais para tratar reclamações que lhes sejam apresentadas ou para analisar eventuais violações do Regulamento se a matéria se relacionar com o estabelecimento no seu Estado-Membro ou se afetar substancialmente titulares de dados apenas no seu Estado-Membro. Este princípio é particularmente relevante para empresas que tenham vários estabelecimentos na União Europeia.

(vi) Direitos dos titulares dos dados: Para além dos tradicionais direitos de acesso, retificação, cancelamento e oposição, o Regulamento cria novos direitos que protegem os cidadãos, como por exemplo o direito à portabilidade dos dados, e regula direitos específicos tais como o direito à limitação do tratamento, o direito ao esquecimento e o direito de não ficar sujeito a atividades de definição de perfis (*profiling*).

(vii) Sanções: Por último, é importante referir que os montantes das coimas aumentam substancialmente em relação aos valores previstos na Lei da Proteção de Dados. Passa a prever-se que as violações ao Regulamento podem ser puníveis, consoante o caso, com coimas (i) até € 10.000.000,00 ou, no caso de uma empresa, até 2% do seu volume de negócios anual a nível mundial, consoante o montante mais elevado; ou (ii) até € 20.000.000,00 ou, no caso de uma empresa, até 4% do seu volume de negócios anual a nível mundial, consoante o montante mais elevado.

Tratamento de dados pessoais para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais

Diretiva 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 (JO L119/132, de 4 de maio de 2016)

A Diretiva 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 do Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia vem estabelecer novas regras em relação à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados e, ao mesmo tempo, revogar, com efeitos a partir de 6 de maio de 2018, a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho, que é o instrumento legal que atualmente regula a proteção de dados pessoais tratados no âmbito da cooperação policial e judicial em matéria penal.

Esta Diretiva apresenta um enquadramento jurídico próximo do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, aprovado pelo Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, introduzindo, no entanto, regras específicas relacionadas com a prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e prevenção de ameaças à segurança pública, designadamente uma limitação ao exercício do direito de acesso do titular quando o mesmo ponha em causa a segurança pública e nacional, ou prejudique procedimentos e diligências judiciais no âmbito das finalidades objeto da Diretiva. Também a informação relativa à recusa de proceder à retificação e apagamento dos dados ou à limitação de tratamento poderá ser total ou parcialmente limitada, com base nos mesmos fundamentos.

Os Estados-Membros deverão implementar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias à transposição da referida Diretiva até 6 de maio de 2018.

Utilização de dados dos registos de identificação dos passageiros (PNR) para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave

Diretiva 2016/681 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 (JO L119/132, de 4 de maio de 2016)

A Diretiva 2016/681 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativa à utilização dos dados dos registos de identificação dos passageiros («PNR») para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave visa criar um enquadramento jurídico para a transferência, pelas transportadoras aéreas, dos dados dos registos de identificação dos passageiros de voos extra-União Europeia, bem como o tratamento desses mesmos dados, incluindo a sua recolha, utilização e conservação pelos Estados-Membros, e o respetivo intercâmbio entre Estados-Membros. Os Estados-Membros poderão decidir aplicar as disposições da Diretiva a voos intra-União Europeia, mediante notificação à Comissão Europeia.

Será criada em cada Estado-Membro uma unidade de informação de passageiros («UIP») responsável pela recolha dos dados PNR junto das transportadoras aéreas e pela sua conservação e tratamento, bem como pelo intercâmbio de dados PNR com UIP de outros Estados-Membros, com as autoridades competentes e, quando se justifique, com a Europol.

Os dados recolhidos serão tratados com o finalidade de prevenir, detetar, investigar e reprimir infrações terroristas ou de criminalidade grave. Cada Estado-Membro será responsável pela elaboração de uma lista de autoridades habilitadas a receber e tratar os dados PNR, dentro das suas atribuições e com respeito pela finalidade mencionada.

Às transportadoras aéreas é imposta a obrigação de transferência dos dados PNR, através da exportação dos mesmos com base nos meios estabelecidos na Diretiva.

Em determinadas circunstâncias, poderão os dados ser transferidos para países terceiros à UE, desde que cumpridas as garantias estabelecidas na Diretiva.

Todos os passageiros têm assegurados os mesmos direitos à proteção dos seus dados pessoais, designadamente os direitos de acesso, retificação, apagamento e limitação, e os direitos a indemnização e recurso judicial, nos termos do direito da União e do direito nacional. Por outro lado, o tratamento de dados PNR que revelem a raça ou origem étnica da pessoa, as suas opiniões políticas, religião ou convicções filosóficas, filiação sindical saúde, vida ou orientação sexual deverão ser imediatamente apagados.

Os Estados-Membros deverão implementar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias à transposição da referida Diretiva até 25 de maio de 2018.

Diretiva relativa à proteção de know-how e informações comerciais confidenciais

Diretiva 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2016 (JOUE L 157/1, de 15 de junho de 2016)

A Diretiva 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2016 vem estabelecer novas regras relativas à proteção contra a aquisição, a utilização e a divulgação ilegais de know-how e de informações comerciais que cumulativamente: (i) sejam secretas (i.e. não conhecidas pela pessoas que lidam habitualmente com o tipo de informação em questão); (ii) tenham valor comercial pelo facto de serem secretas; e (iii) tenham sido objeto de diligências razoáveis para serem mantidas secretas pelas pessoas que legalmente exercem o seu controlo.

Este diploma tem como principal objetivo a harmonização do nível de proteção que o know how e as informações confidenciais devem beneficiar em todo o território da União Europeia. A criação de um novo quadro jurídico para esta temática assume toda a relevância na medida em que os segredos comerciais são cada vez mais importantes para a competitividade das empresas, para a investigação e o desenvolvimento e para o desempenho relacionado com a inovação.

A Diretiva identifica, desde logo, os casos em que a aquisição, utilização e divulgação do segredo profissional é legal, e bem assim, os casos em que esta mesma aquisição, utilização e divulgação é ilegal. Destaca-se também a relevância que é dada aos acordos de confidencialidade e às cláusulas contratuais que imponham deveres de confidencialidade, cuja violação importa a ilegalidade da utilização ou divulgação do segredo comercial contratualmente protegido.

Cabe aos Estados-Membros, nos termos da Diretiva, a determinação das medidas, procedimentos e vias de reparação necessárias, devendo assegurar não apenas as vias cíveis de reparação,

mas também medidas provisórias e cautelares que produzam a cessação ou proibição de utilização ou divulgação do segredo e medidas inibitórias e/ou corretivas no âmbito das decisões judiciais que decidam sobre o mérito da causa.

O novo enquadramento jurídico vem ainda impor obrigações de confidencialidade aos agentes forenses no âmbito dos processos judiciais (incluindo advogados), no sentido de limitar e/ou impedir o acesso, uso e divulgação dos segredos comerciais que sejam objeto de discussão nos processos.

Os Estados-Membros devem agora implementar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias à transposição da referida Diretiva até 9 de junho de 2018.

Lei das Comunicações Eletrónicas - Proteção dos consumidores nos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas no período de fidelização

Lei n.º 15/2016 (DR 115 SÉRIE I de 2016-06-17)

A Lei n.º 15/2016 de 17 de junho de 2016 vem alterar o regime jurídico das comunicações eletrónicas, aprovado pela Lei 5/2004, de 10 de fevereiro, no que diz respeito à proteção dos consumidores nos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas com períodos de fidelização.

Este diploma introduz um novo conceito de fidelização, impõe deveres reforçados de informação a disponibilizar pelas empresas de comunicações aos consumidores e assinantes, nomeadamente nos seus sítios de Internet, e também exige que determinados requisitos adicionais passem a constar dos contratos a celebrar, de onde se destacam as referências aos períodos de fidelização e as contrapartidas oferecidas por essa fidelização, os encargos com portabilidade e os encargos decorrentes da cessação antecipada do contrato durante o período de fidelização.

No que diz respeito aos contratos celebrados por telefone ou através de outro meio de comunicação à distância, o prestador do serviço passa a ter a obrigação de facultar ao consumidor, antes da celebração do contrato, sob pena de nulidade deste, todas as informações elencadas na lei, ficando o consumidor vinculado apenas depois de assinar a proposta contratual ou enviar o seu consentimento escrito ao fornecedor de bens ou prestador de serviços, exceto nos casos em que o primeiro contacto telefónico seja efetuado pelo próprio consumidor.

Esta Lei vem ainda proibir expressamente os prestadores de serviços de comunicações eletrónicas de se oporem à denúncia, com fundamento na existência de um período de fidelização, ou exigirem quaisquer encargos por incumprimento de um período de fidelização.

De referir também que a duração total do período de fidelização nos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas não pode ser superior a 24 meses, podendo ser, excepcionalmente, renovado por adicionais períodos de fidelização até ao limite de 24 meses.

Por último, destaca-se a obrigação que as empresas que prestam serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público passam a ter de oferecer a todos os utilizadores a possibilidade de celebrarem contratos sem qualquer tipo de fidelização, bem como contratos com 6 e 12 meses de período de fidelização, devendo publicitar essa informação apropriadamente, incluindo a relação custo/benefício associada às diferentes ofertas comerciais.

O diploma entra em vigor 30 dias após a sua publicação.

Taxas supletivas de juros moratórios em vigor no 2.º semestre de 2016

Aviso n.º 8671/2016 (DR 132 SÉRIE II de 2016-07-12)

De acordo com este Aviso, as taxas supletivas de juros moratórios a vigorar no 2.º semestre de 2016 são as seguintes:

- (i) A taxa supletiva de juros moratórios relativamente a créditos de que sejam titulares empresas comerciais, singulares ou coletivas, nos termos do §3.º do artigo 102.º do Código Comercial é de 7%;
- (ii) A taxa supletiva de juros moratórios relativamente a créditos de que sejam titulares empresas comerciais, singulares ou coletivas, nos termos do §5.º do artigo 102.º do Código Comercial e do Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio, é de 8%.

Programa Capitalizar *Resolução do Conselho de Ministros n.º 42/2016, de 2016-07-14*

De acordo com esta Resolução, o Conselho de Ministros aprovou o Programa Capitalizar, qualificado como programa estratégico de apoio à capitalização das empresas, à retoma do investimento e ao relançamento da economia, com o objetivo de promover estruturas financeiras mais equilibradas, reduzindo os passivos das empresas economicamente viáveis, ainda que com níveis excessivos de endividamento, bem como de melhorar as condições de acesso ao financiamento das pequenas e médias empresas.

O Programa Capitalizar está estruturado em cinco eixos estratégicos de intervenção: (i) Simplificação Administrativa e Enquadramento Sistémico, (ii) Fiscalidade, (iii) Reestruturação Empresarial, (iv) Alavancagem de Financiamento e Investimento e (v) Dinamização do Mercado de Capitais, integrando já um conjunto de 64 medidas, com base nas propostas constantes do relatório da EMCE (Estrutura de Missão para a Capitalização de Empresas, entidade criada através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 100/2015, de 23 de dezembro) apresentado a 16 de junho de 2016, que visam promover o cumprimento dos objetivos fixados.

Esta Resolução determinou ainda, *inter alia*, a análise das restantes medidas propostas no relatório da EMCE, com vista à avaliação da oportunidade e relevância da sua implementação, bem como do respetivo impacto orçamental, e que até 31 de dezembro de 2016 devem ser elaborados os anteprojetos de diplomas relativos às ações com natureza legislativa e sem impacto orçamental no ano de 2017 que visam implementar medidas do Programa Capitalizar.

**Assembleia geral -
quórum deliberativo****+Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13 de julho de 2016**

Em análise neste Acórdão estava, em particular, a natureza (dispositiva ou imperativa) do artigo 386.º do Código das Sociedades Comerciais, que estabelece as regras de quórum deliberativo das assembleias gerais das sociedades anónimas.

Neste caso, os estatutos da sociedade (ré e requerida nos autos) previam, como regra geral, que as deliberações dos acionistas teriam de ser aprovadas por maioria superior a 75% dos votos correspondentes à totalidade do capital social da sociedade.

No entanto, foi considerada aprovada (e posteriormente registada) uma deliberação de alteração dos estatutos aprovada com apenas cerca de 70% dos votos correspondentes ao capital social (o autor e recorrente, acionista minoritário da sociedade, titular de cerca de 30% do capital social da sociedade, havia votado contra), e depois de o presidente da mesa da assembleia geral (o próprio autor e recorrente) ter declarado a sessão encerrada e de os demais acionistas terem designado um presidente *ad hoc* e prosseguido os trabalhos.

De um lado, o autor e recorrente alegou a não aprovação da deliberação de alteração estatutária, com base na referida regra constante dos estatutos. De outro lado, a sociedade alegou a natureza imperativa do artigo 386.º, n.º 3, do Código das Sociedades Comerciais, referindo que para a alteração de estatutos bastariam, por esse motivo, 2/3 dos votos emitidos. Alegou ainda a sociedade que a aprovação da deliberação ocorreria em segunda convocação, motivo pelo qual sempre se aplicaria o disposto no número 4 do artigo 386.º do Código das Sociedades Comerciais, e não a referida disposição estatutária.

O Tribunal da Relação de Coimbra veio a concluir pela natureza dispositiva do artigo 386.º do Código das Sociedades Comerciais, quer na regra geral constante do seu número 1 (tal como decorre do seu sentido literal), quer nos seus números 3 e 4.

Assim, dispondo os estatutos da sociedade que as alterações estatutárias apenas podem ser aprovadas com votos correspondentes a mais de 70% do capital social (não se especificando regra distinta para as deliberações adotadas em segunda convocatória), sobrepõe-se esta regra às regras previstas no artigo 386.º do Código das Sociedades Comerciais, que apenas valem como regras gerais, caso não haja regra legal ou estatutária especial.

A decisão do Tribunal da Relação de Coimbra vem ainda esclarecer que não era legítima a designação de um presidente *ad hoc* para dirigir a assembleia, que já se iniciara sob a direção

de um presidente da mesa permanente, sendo de considerar nulas as deliberações «*aprovadas depois do encerramento da assembleia pelo presidente, ainda que outrem venha a assumir, depois disso, o cargo de presidente*».

Segurança das Redes e da Informação na União Europeia

Diretiva 2016/1148 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de julho de 2016 (JOUE L 194, de 19 de julho de 2016)

O Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia aprovaram a Diretiva 2016/1148 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de julho de 2016, relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de segurança das redes e da informação em toda a União (a «Diretiva»).

A Diretiva vem estabelecer um conjunto de medidas destinadas a alcançar um nível comum de segurança das redes e dos sistemas de informação em todos os Estados Membros com a finalidade de melhorar o funcionamento do mercado interno. Em particular, a Diretiva (i) estabelece a obrigação de os Estados Membros adotarem uma estratégia nacional de segurança das redes e dos sistemas de informação, (ii) cria um grupo de cooperação que apoia e facilita a cooperação estratégica e o intercâmbio de informações entre os Estados Membros, (iii) cria igualmente uma rede de equipas de resposta a incidentes de segurança informática («CSIRT»), (iv) estabelece requisitos de segurança e de notificação para os operadores de serviços essenciais e para os prestadores de serviços digitais, (v) estabelece os requisitos de segurança e de notificação para os operadores de serviços essenciais e para os prestadores de serviços digitais e ainda (vi) a obrigação de os Estados Membros designarem as autoridades nacionais competentes, os pontos de contacto únicos e as CSIRT com atribuições relacionadas com a segurança das redes e dos sistemas de informação.

A fim de cobrir todos os incidentes e todos os riscos relevantes, a Diretiva aplica-se tanto aos operadores de serviços essenciais nos setores da energia, transportes, banca, infraestruturas do mercado financeiro, saúde, fornecimento e distribuição de água potável e infraestruturas digitais, que devem ser identificados pelos Estados-Membros onde se encontrem estabelecidos até 9 de novembro de 2018, como aos prestadores de serviços digitais nos mercados em linha, motores de pesquisa em linha e computação em nuvem.

Todas estas entidades devem implementar as medidas técnicas e organizativas adequadas e proporcionadas para gerir os riscos no âmbito da segurança das redes e dos sistemas de informação que utilizam nas suas operações ou no contexto da sua oferta de serviços. Os operadores de serviços essenciais e prestadores de serviços digitais devem também tomar medidas adequadas para evitar que os incidentes afetem a segurança das redes e dos sistemas de informação utilizados para a prestação dos seus serviços essenciais ou serviços digitais, por forma a reduzir ao mínimo o seu impacto e a fim de assegurar a continuidade desses serviços. Nesta medida, as autoridades competentes em matéria de segurança das redes e dos sistemas de informação (designadas por cada um dos Estados Membros) são responsáveis por controlar a aplicação da Diretiva a nível nacional e, nessa medida, dotadas de poderes e meios para exigir que os operadores de serviços essenciais forneçam as informações necessárias para avaliar a segurança das suas redes e sistemas de informação, incluindo a documentação relativa às suas políticas de segurança, bem como provas da aplicação efetiva das políticas de segurança, tais como os resultados de uma auditoria de segurança efetuada pela autoridade competente ou por um auditor qualificado e que, no último caso, facultem os resultados dessa auditoria, incluindo os elementos de prova subjacentes, à autoridade competente.

A Diretiva vem ainda impor a estas entidades uma obrigação de notificação, sem demora injustificada, às autoridades competentes em matéria de segurança das redes e dos sistemas de informação ou às CSIRT, dos incidentes que tenham um impacto relevante na continuidade dos serviços por si prestados. Estas notificações incluem informações que permitam às autoridades competentes ou às CSIRT determinar o impacto transfronteiriço dos incidentes. Para as demais entidades não abrangidas nas categorias de operadores de serviços essenciais ou prestadores de serviços digitais, a notificação de incidentes é voluntária. Sobre esta matéria, é ainda de ressaltar que, no caso dos prestadores de serviços digitais, a obrigação de notificar um inciden-

te só se aplica se os mesmos tiverem acesso às informações necessárias para avaliar o impacto desse incidente, nos termos previstos na Diretiva.

De referir também que no âmbito das obrigações de notificação de incidentes, após consulta ao operador de serviços essenciais notificante ou ao prestador de serviços digitais em causa, a autoridade competente ou a CSIRT podem entender informar o público sobre incidentes específicos, caso seja necessário sensibilizá-lo para evitar um incidente ou para tratar um incidente em curso.

A Diretiva deverá ser transposta pelos Estados Membros até 9 de maio de 2018. As disposições legislativas, regulamentares e administrativas adotadas no âmbito da transposição da Diretiva deverão ser aplicáveis a partir de 10 de maio de 2018.

Escudo de Proteção da Privacidade UE-EUA (EU-US Privacy Shield)

Decisão de Execução 2016/1250 da Comissão, de 12 de julho de 2016 (IOUE L 207, de 1 de agosto de 2016)

A Comissão Europeia adotou, a 12 de julho de 2016, o «Escudo de Proteção da Privacidade UE-EUA» (o «Escudo de Proteção de Privacidade») que estabelece um novo enquadramento jurídico para a realização de transferências de dados pessoais da UE para os Estados Unidos da América («EUA»).

Este novo mecanismo de transferência de dados é consequência da sentença proferida pelo TJUE no dia 6 de outubro de 2015, no caso *Schrems vs Data Protection Commissioner* (Processo C-362/14) (a «Sentença»), que declarou que os princípios de Porto Seguro (*Safe Harbour*) não asseguravam um nível de proteção adequado, porque não garantiam a segurança dos dados e a privacidade dos cidadãos europeus e, nessa medida, deixaram de ser considerados como fundamento legítimo para transferir dados pessoais da UE para empresas sedeadas nos EUA.

Com efeito, nos termos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, a transferência de dados pessoais para um país terceiro só pode realizar-se, regra geral, se o país terceiro em questão assegurar um nível de proteção adequado. O Escudo de Proteção de Privacidade vem assim responder à necessidade criada pela Sentença de encontrar mecanismos alternativos àqueles princípios que oferecessem mais garantias de segurança jurídica às empresas e aos cidadãos no âmbito das transferências internacionais de dados pessoais. Nesta medida, o Escudo de Proteção de Privacidade vem estabelecer maiores obrigações para as empresas americanas que importem dados pessoais dos Estados Membros e uma capacidade mais forte de monitorização e de fiscalização em relação ao cumprimento das regras de privacidade pelo Departamento de Comércio dos EUA (*Federal Trade Commission*) através da cooperação com as autoridades europeias de proteção de dados. O Escudo de Proteção de Privacidade inclui ainda compromissos de segurança e transparência por parte dos EUA em relação ao acesso a informação pessoal que seja importada para aquele país, limitando, através dos princípios da necessidade e proporcionalidade, o acesso generalizado e a monitorização massiva por parte das suas entidades públicas e governamentais. Os cidadãos europeus passam também a ter mais garantias de proteção dos seus dados e de exercício efetivo dos seus direitos através de diversos mecanismos de resolução de litígios. Por outro lado, apesar de a decisão de adotar o Escudo de Proteção de Privacidade ser da Comissão Europeia, a verdade é que as autoridades de controlo de cada Estado Membro podem, se para tal tiverem fundamento, decidir a suspensão ou proibição definitiva de fluxos de dados para uma organização nos EUA que conste da lista de entidades certificadas ao abrigo do Escudo de Proteção da Privacidade.

Para que as transferências de dados se possam fazer ao abrigo deste mecanismo será necessário que as empresas americanas enviem um pedido de certificação para o Departamento de Comércio dos EUA, o qual deve verificar se as respetivas políticas de proteção de privacidade estão em conformidade com as normas e princípios de proteção de dados plasmados no Escudo de Proteção da Privacidade.

A Comissão Europeia acompanhará continuamente o funcionamento do Escudo de Proteção da Privacidade, avaliando anualmente a sua adequação em relação aos princípios relacionados com a proteção de dados aplicáveis na União Europeia.

Informação Pré-Contratual e Contratual no Âmbito das Comunicações Eletrónicas***Regulamento da Autoridade Nacional de Comunicações n.º 829/2016 (DR 161 SÉRIE II de 2016-08-23)***

Foi publicado a 23 de agosto o Regulamento n.º 829/2016, aprovado pela Autoridade Nacional de Comunicações a 14 de julho de 2016, que determina os requisitos aplicáveis à informação pré-contratual e contratual a prestar pelas empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público e que aprova o glossário de terminologia comum a utilizar na informação pré-contratual e contratual a disponibilizar pelas empresas aos utilizadores finais (o «Regulamento»).

Uma das principais novidades do Regulamento prende-se com a substituição da divulgação das condições de oferta dos serviços por uma Ficha de Informação Simplificada («FIS»). A FIS obedece a um modelo único e uniforme, que se encontra publicado como Anexo I ao Regulamento, e deve ser apresentada aos utilizadores finais antes da celebração do contrato, veiculando a informação essencial sobre cada oferta, de forma simples e concisa, para possibilitar a correta formação da vontade dos interessados durante a fase de prospeção de mercado e de negociação com as empresas. Após a celebração do contrato, a FIS desempenhará um papel determinante para a gestão informada da relação contratual.

A FIS deve ser disponibilizada pelas empresas nas páginas na Internet que utilizam na sua relação com o público e onde publicam as suas ofertas, bem como em todos os pontos de venda, incluindo os dos seus agentes, a pedido de qualquer interessado, por meio de consulta às referidas páginas na Internet ou mediante entrega de exemplar em papel ou, se o interessado concordar, noutro suporte duradouro adequado. O Regulamento prevê ainda regras específicas em relação à disponibilização da FIS no caso da contratação à distância ou fora do estabelecimento comercial.

Também os contratos para a oferta de redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público são objeto de uniformização nos termos do Regulamento, devendo respeitar o modelo previsto no Anexo II.

No mesmo sentido concorre a harmonização de terminologia a usar em todos os instrumentos informativos, através da utilização dos termos do glossário que consta como Anexo III ao Regulamento, que visa facilitar a compreensão da informação prestada aos utilizadores finais pelos vários agentes do mercado.

As obrigações previstas no Regulamento devem ser implementadas no prazo máximo de seis meses após a sua publicação.

Participações Qualificadas***Norma Regulamentar da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões n.º 3/2016-R, de 31 de Maio de 2016***

A presente norma regulamentar vem estabelecer os elementos e as informações que devem acompanhar a comunicação prévia dos projetos de aquisição, de aumento e de diminuição de participação qualificada em empresa de seguros ou de resseguros e em sociedade gestora de fundos de pensões, bem como a comunicação da constituição de ónus ou encargos sobre participação qualificada em empresa de seguros ou de resseguros e em sociedade gestora de fundos de pensões.

Reserva de Conservação de Fundos Próprios***Aviso do Banco de Portugal n.º 6/2016, de 31 de Maio de 2016***

O presente Aviso veio revogar o Aviso do Banco de Portugal n.º 1/2015 que estabelecia a antecipação da aplicação da reserva de conservação de fundos próprios das instituições de crédito, prevista no artigo 138.º-D do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro), exigindo a aplicação daquela reserva a partir do dia 1 de Janeiro de 2016.

Prestação de Informação por parte das Empresas de Seguros e Resseguros

Norma Regulamentar da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões n.º 8/2016-R, de 16 de agosto (DR 165, SÉRIE II, de 29 de agosto de 2016)

Esta norma vem regular, complementar e operacionalizar a prestação de informação decorrente do regime «Solvência II», previsto no Regulamento Delegado (UE) n.º 2015/35 da Comissão, de 10 de outubro de 2014, bem como a prestação de informação de índole contabilística, estatística e comportamental, conforme previsto no novo regime jurídico de acesso e exercício da atividade seguradora e resseguradora, aprovado pela Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva 2009/138/CE («RIASR»). A presente norma regulamentar é aplicável às empresas de seguros e de resseguros com sede em Portugal, bem como às sociedades gestoras de participações no setor dos seguros e as companhias financeiras mistas que prestem informações à ASF ao abrigo do RIASR, e, no que respeita à prestação de informação de índole contabilística, estatística e comportamental aplica-se ainda às sucursais de empresas de seguros, com sede noutro Estado Membro da UE (no que se refere à atividade exercida em território português), bem como às empresas de seguros com sede noutro estado membro da UE (quanto à atividade exercida em território português em regime de livre prestação de serviços).

2 · JURISPRUDENCIA

[Espanña]

Modificaciones estatutarias. Objeto social y convocatoria del Consejo

Resolución de 4 de abril de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 2 de junio de 2016)

Se rechaza la inscripción de una escritura de modificación de estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada debido a que (i) no se identifica a cuál de las diversas actividades que integran el objeto social corresponde el código de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) que consta como su actividad principal; y (ii) no consta el plazo de convocatoria de las reuniones del Consejo de Administración.

En relación con el primer defecto, la DGRN afirma que la inscripción de la constitución de una sociedad o la inscripción de la modificación de su objeto social deben contener necesariamente el código de actividad correspondiente a la principal que desarrolle la sociedad, código que debe ser el que «*mejor la describa y con el desglose suficiente*», sin que se exija transcribir el epígrafe de la CNAE a que se corresponde dicho código ni especificar la actividad incluida en la definición de objeto social que constituye la actividad principal (ya que esta queda claramente especificada por la mera indicación del código expresado). Por ello, la DGRN estima el recurso en lo relativo a este punto y revoca la calificación impugnada.

En relación con el segundo de los defectos señalados por el registrador, la DGRN afirma que es cierto que, como alega el recurrente, el artículo 245.1 de la Ley de Sociedades de Capital se limita a exigir, cuando entre los modos de organizar la administración se haya previsto un consejo de administración, que en los estatutos se establezca su régimen de organización y funcionamiento, que deberá comprender, en todo caso, las «reglas de convocatoria», sin precisar que entre ellas deba incluirse necesariamente el plazo. Sin embargo, recuerda la DGRN que en su Resolución de 5 de octubre de 1998 se estableció que «*por lo que al plazo se refiere no existe un límite legal mínimo, de suerte que tan sólo estará condicionado por el que impone la racional posibilidad de concurrir en tiempo y situaciones normales al lugar de la reunión*». Esta exigencia de fijación de un plazo de convocatoria debe entenderse cumplida si en los estatutos se establece, junto a un concreto plazo temporal de convocatoria, la previsión de que el Consejo pueda ser convocado excepcionalmente por razones de urgencia con la antelación suficiente que permita a los miembros del Consejo reunirse, lo cual no está incluido en la previsión estatutaria calificada negativamente. Por ello, La DGRN desestima el recurso en lo relativo a este punto.

**Escritura de
apoderamiento.
Autocontratación**

Resolución de 11 de abril de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 2 de junio de 2016)

Se discute, entre otras cuestiones, si se puede inscribir en el Registro Mercantil una cláusula contenida en una escritura de otorgamiento de poderes generales otorgados por la administradora de una sociedad de responsabilidad limitada a un tercero, con el siguiente contenido: «*Tercero.—Autocontratación. El administrador, aquí compareciente, como el órgano de representación social, por entrar en el ámbito propio o impropio de sus facultades, faculta al apoderado para realizar, si fuera necesario, todas las facultades contenidas en este poder consigo mismo o con personas físicas o jurídicas cuya representación también ostente, aunque exista conflicto de interés, en los mismos términos que tales actos (con él o sus personas vinculadas), los podría ejecutar válidamente el administrador poderdante sin precisar autorización o dispensa de la Junta general, prestando desde este momento su consentimiento o dispensa anticipada a tales actos, sin perjuicio de la correspondiente rendición de cuenta a aquel (...)*».

La DGRN considera que, según la jurisprudencia, la doctrina científica mayoritaria y el criterio de dicho centro directivo, el apoderado solo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por su principal o cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede «*manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato*».

Concluye la DGRN que el defecto invocado por el registrador debe ser confirmado, y aclara que no se trata de dilucidar si el órgano de administración puede conferir por vía de poder voluntario una facultad, sino de afirmar que no existe la facultad de actuar por cuenta del principal en situación de conflicto de intereses. El poderdante no puede atribuir una facultad de la que carece, ya que solo el principal, es decir, la sociedad, puede dispensar la situación de conflicto de intereses sanando así la ausencia de actuación representativa que esta implica conforme a la continua doctrina del Tribunal Supremo. De la misma forma, el órgano de administración no puede otorgar una dispensa que solo compete a su principal, la sociedad, que la ha de prestar por medio del órgano de expresión de su voluntad, es decir, la Junta General.

**Dimisión de un
administrador
mancomunado**

Resolución de 12 de abril de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 2 de junio de 2016)

Se suspende la inscripción de una escritura de dimisión de uno de los dos administradores mancomunados de una sociedad de responsabilidad limitada, otorgada por el propio administrador que dimite y por el otro administrador, quien, en tal cualidad, se da por notificado de la dimisión porque, según expresa el registrador en su calificación, el domicilio del administrador que se da por notificado de la dimisión no coincide con el que consta inscrito en el Registro.

La DGRN estima el recurso al entender que no puede afirmarse que exista propiamente un error o una discordancia a efectos de la inscripción de la escritura calificada por el hecho de que el administrador que comparece únicamente para darse por notificado de la dimisión del otro administrador exprese un domicilio distinto al que consta en el Registro. La DGRN afirma que es cierto que la indicación del domicilio del administrador tiene consecuencias legales que están vinculadas a él, como resulta del artículo 235 de la Ley de Sociedades de Capital, según el cual «*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, a efectos de notificaciones del nombramiento de un nuevo titular de un cargo con facultad certificante. Pero tal circunstancia no puede impedir una inscripción como la solicitada en el presente caso, relativa a la dimisión de un administrador, en la cual no ha de hacerse constar —respecto del otro administrador que se da por notificado— ninguna de las circunstancias a las que se refiere el artículo 38 del Reglamento del Registro Mercantil.

**Nombramiento y cese
de liquidadores**

Resolución de 13 de abril de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 2 de junio de 2016)

La registradora suspende la inscripción solicitada de los acuerdos adoptados el día 20 de octubre de 2015 por la Junta General de una sociedad de responsabilidad limitada en liquidación,

de cese de los anteriores liquidadores y nombramiento de liquidador único por estar pendiente de tramitación y resolución el expediente de separación y cese de los liquidadores solidarios inscritos en el Registro Mercantil solicitado por otra socia el día 8 de octubre de 2015 al amparo de lo dispuesto en el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital.

La DGRN considera que el derecho de los socios establecido en el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital, en virtud del cual «*transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación sin que se haya sometido a la aprobación de la junta general el balance final de liquidación, cualquier socio o persona con interés legítimo podrá solicitar del juez de lo mercantil del domicilio social la separación de los liquidadores*», no puede ser menoscabado por la presentación posterior de un acuerdo de la Junta General nombrando nuevos liquidadores. De admitirse el nombramiento de liquidadores acordado por la Junta General, sería necesario el trascurso de otros tres años para que cualquier socio pudiera ejercitar de nuevo el derecho que le confiere el mencionado artículo 389, con el consecuente perjuicio causado.

Por todo ello, la DGRN ha acordado desestimar el recurso presentado al entender que, solicitado con carácter previo al registrador mercantil el nombramiento de liquidador en virtud de lo establecido en el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital y, en tanto no sea resuelto dicho expediente por el registrador mercantil (expediente en el que debe darse audiencia a los liquidadores), no procede la inscripción del nombramiento del liquidador designado por la Junta General de socios de la sociedad, pues ello iría en contra de la finalidad de las normas contenidas en los artículos 380.2 y 389 de la Ley de Sociedades de Capital.

**Depósito de cuentas.
Informe de auditor**

Resolución de 18 de abril de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 2 de junio de 2016)

Se discute si es o no fundada la negativa del registrador a practicar el depósito de cuentas de una sociedad de responsabilidad limitada porque, según expresa en su calificación, debe aportarse el informe del auditor de cuentas, toda vez que, a instancia de un socio minoritario, se ha nombrado un auditor de cuentas de la sociedad cuyo nombramiento ha sido inscrito en el Registro Mercantil.

La DGRN desestima el recurso al entender que la situación registral al tiempo de llevar a cabo la calificación objeto del expediente es la de existencia de auditor nombrado e inscrito a instancia de la minoría, por lo que, de conformidad con la doctrina de dicho centro directivo, no cabe llevar a cabo el depósito de las cuentas si la solicitud no se acompaña precisamente del preceptivo informe de auditoría realizado por el auditor nombrado e inscrito en el Registro Mercantil. Mientras que la inscripción de nombramiento de auditor a instancia de la minoría continúe vigente, el registrador debe calificar en función de su contenido de conformidad con las reglas generales.

**Escritura de
apoderamiento. Inicio
de operaciones de
una sociedad**

Resolución de 21 de abril de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 2 de junio de 2016)

Se rechaza la inscripción de un poderamiento otorgado el día 17 de diciembre de 2015 por el administrador único de una sociedad de responsabilidad limitada, constituida el mismo día con número inmediatamente anterior de protocolo, en cuyos estatutos sociales se fija como fecha de comienzo de las operaciones sociales la del 1 de enero de 2016, porque, a juicio del registrador, «*los apoderados que se nombran no pueden actuar con fecha anterior a la fecha de comienzo de las operaciones*».

La DGRN considera que no se puede pretender que los actos de tráfico encaminados a realizar el objeto social queden totalmente suspendidos hasta la fecha de inicio de operaciones sociales (que, como en su día precisó la DGRN, es la «*mera determinación del momento en que los constituyentes convienen en dar inicio a la actividad social en el sentido amplio de esta expresión*»); equivaldría a impedir que la sociedad pudiera ir realizando las actuaciones necesarias que son presupuesto e incluso condición esencial para que esta pueda llevar a cabo posteriormente la actividad que realmente constituye su objeto social, y que muchas veces requiere de actos preparatorios que deben ser realizados por los representantes de la sociedad.

Por todo ello, la DGRN acuerda estimar el recurso al compartir además la opinión del recurrente de que la expresión «*fecha de comienzo de operaciones*» no debe considerarse, a la luz de la legislación vigente, como condición indispensable de la que se hace depender la eficacia de la actuación de los órganos de representación social, porque tal actuación no solo será en muchas ocasiones necesaria, sino que además será válida sin perjuicio de la responsabilidad en la que en su caso puedan incurrir los administradores (esto siendo por completo ajeno a las funciones del Registro Mercantil).

Convocatoria de junta de una S.L. *Resolución de 25 de abril de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 6 de junio de 2016)*

El registrador deniega la inscripción de un acuerdo de la Junta General de una sociedad de responsabilidad limitada porque la convocatoria, que fue realizada por correo certificado con acuse de recibo a cada uno de los socios, se llevó a cabo con base en el artículo correspondiente de los estatutos sociales de la sociedad, el cual, según el registrador, es contrario al artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto los estatutos establecen que «*la Junta General será convocada mediante anuncio en el Diario de Burgos, o mediante carta certificada con acuse de recibo dirigida al domicilio de cada uno de los socios que figure en el Libro Registro de Socios*». El registrador considera que la ley no permite sistemas alternativos de convocatoria de Junta que queden al arbitrio del órgano que debe convocar, sino que los estatutos deben establecer claramente el sistema concreto de convocatoria, y que el referido artículo estatutario ha quedado tácitamente derogado al ser contrario al artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital, debiéndose convocar de nuevo la Junta en la forma legalmente establecida.

La DGRN considera que, si bien los socios debieron modificar los estatutos sociales en 2011 (eliminando la referencia al diario de Burgos como posible forma de convocar la Junta General) cuando entró en vigor la reforma de la Ley de Sociedades de Capital que suprimió la posibilidad de que los estatutos establezcan, en sustitución del sistema legal supletorio, la determinación de un concreto diario como forma de convocatoria de la Junta General de una sociedad limitada, al no hacerlo se produjo la llamada «adaptación legal» que supone la derogación de los artículos de los estatutos contrarios a las normas legales imperativas. La DGRN afirma que dicha derogación no afecta a la totalidad del artículo estatutario cuestionado, sino solamente a la parte que se encuentra en clara contradicción con el texto legal vigente. En este sentido, la convocatoria se ha hecho con base en la parte no derogada del artículo de los estatutos (cuestión distinta sería si el administrador, en uso de lo permitido por dicho artículo, hubiera realizado la convocatoria por el otro medio alternativo incluido en los estatutos).

Por todo ello, la DGRN estima el recurso al entender que el artículo de los estatutos en que el administrador se basa para hacer la convocatoria solo ha quedado afectado parcialmente por la modificación operada en la regulación legal y que, en virtud de los principios de conservación del negocio jurídico, de no necesidad de adaptación si la norma estatutaria está ajustada a la ley y en virtud de que debe interpretarse la normativa en la forma más favorable para que surta sus efectos, se debe estimar que la convocatoria ha sido realizada por un medio que, aparte de ser el previsto estatutariamente, pues el otro ha quedado tácitamente derogado, es conforme con la regulación legal vigente.

Estatutos sociales de una S.L. Poder de representación de administradores mancomunados *Resolución de 28 de abril de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 6 de junio de 2016)*

Se rechaza la inscripción de una disposición de los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada que establece que en el caso de que la administración de la sociedad se organice por el sistema de varios administradores con facultades mancomunadas (cuyo número se determinará por la Junta General sin que pueda ser inferior a dos ni superior a seis), el poder de representación se ejercerá mancomunadamente por al menos dos de ellos, porque considera el registrador que la expresión «al menos» deja indeterminada en los estatutos sociales la forma en que los

administradores mancomunados, en caso de que sean más de dos, han de ejercer el poder de representación.

La DGRN estima el recurso al entender que la cláusula debatida se ajusta a los términos literales empleados por el legislador en el artículo 233.2.c) de la Ley de Sociedades de Capital, que establece que «en la sociedad de responsabilidad limitada, si hubiera más de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma determinada en los estatutos». La disposición estatutaria cuestionada exige la actuación de un número de administradores igual o superior a dos, sin que tal circunstancia ofrezca ninguna duda según los términos literales de la disposición ni comporte incertidumbre alguna respecto de los terceros y, en general, para la seguridad del tráfico jurídico.

Depósito de cuentas anuales. Informe de auditor

Resolución de 28 de abril de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 6 de junio de 2016)

Se rechaza practicar el depósito de las cuentas anuales de una sociedad de responsabilidad limitada debido a que el registrador considera que no se pueden entender auditadas las cuentas anuales cuando el auditor manifiesta no poder expresar una opinión sobre dichas cuentas, pues el objetivo de la ley es obtener mediante el informe del auditor una opinión técnica expresada en forma clara y precisa sobre las cuentas de la sociedad, bien sea favorable, con salvedades, desfavorable o denegada.

La DGRN estima el recurso al entender que denegar el depósito de cuentas privaría a los destinatarios de la publicidad del Registro Mercantil de una información difícil de obtener por otros cauces, de forma que se frustraría la finalidad perseguida por la legislación societaria. Una denegación del depósito de cuentas fundada en el contenido del informe del auditor debe admitirse con carácter restrictivo, puesto que solo de forma excepcional se puede privar de la información a quienes tienen derecho a conocer el contenido de las cuentas y, en tales casos, la decisión debería necesariamente estar dirigida a proteger un interés concreto (como sería el caso de los socios, por ejemplo, cuando la sociedad pretende burlar su derecho no suministrando información al auditor). Además, ello determinaría al mismo tiempo un cierre registral por falta de depósito de las cuentas con las importantes consecuencias que ello conlleva.

Retribución de administradores

Resolución de 10 de mayo de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 6 de junio de 2016)

Se suspende la inscripción de una cláusula estatutaria que establece que «El cargo de Administrador no será retribuido. No obstante, lo anterior, desde el 24 de marzo de 2015 se acuerda retribuir a la administradora doña L. E. M. G. por los trabajos dependientes que realiza para la empresa», por considerar la registradora que, si el cargo de administrador no es retribuido, es contradictorio establecer una retribución específica a doña L. E. M. G. por los trabajos dependientes que realiza para la sociedad porque son derivados de su condición de administradora.

La DGRN estima el recurso y considera que debe admitirse una cláusula estatutaria que, a la vez que establezca el carácter gratuito del cargo de administrador, con la consecuencia de que no perciba retribución alguna por sus servicios como tal, añada que se le retribuirá por la prestación de otros servicios o por su vinculación laboral para el desarrollo de otras actividades ajenas al ejercicio de las facultades de gestión y representación inherentes al cargo de administrador. Lo importante —insiste la DGRN— es que conceptualmente se separen los dos supuestos: el de retribución de funciones inherentes al cargo de administrador y el de retribución de funciones extrañas a dicho cargo.

Continúa la DGRN afirmando que, al interpretar la cláusula en su conjunto y del modo más adecuado para que produzca efecto, resulta indubitado que el cargo de administrador es gratuito para todos los administradores de la sociedad, sin perjuicio de la retribución que se reconoce a determinada administradora, cuyo nombre y apellidos se detallan en la misma disposi-

ción estatutaria, por los trabajos dependientes que se reconoce está realizando para la sociedad. No cabe sino entender que la relación entre la referida administradora y la sociedad es una relación laboral en régimen de dependencia y, por ende, ajena a las facultades inherentes al cargo de administrador, sin que nada se exprese que conduzca a concluir, como hace la registradora en su calificación, que esos trabajos son derivados de su condición de administradora.

Nombramiento de administrador persona jurídica

Resolución de 18 de mayo de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 9 de junio de 2016)

Se discute en este caso a quién compete la designación del representante persona física del administrador persona jurídica. La DGRN recuerda que según ha establecido reiteradamente la doctrina de dicho centro directivo, (i) es la persona jurídica designada administrador, y no la sociedad administrada, quien tiene la competencia para nombrar a la persona física que ejercita las funciones propias del cargo; y (ii) que por exigencias prácticas y operativas ha de ser una única la persona física designada, no siendo válida la designación de varios representantes ni aunque existan administradores solidarios o mancomunados de la administradora.

Asimismo, la DGRN afirma que la doctrina es mayoritariamente favorable al entendimiento de que la designación de la persona física compete al órgano de administración de la persona jurídica administradora, ya que se trata de un acto de gestión que, además, supone el ejercicio del poder de representación de la sociedad frente a un tercero, cual es la sociedad administrada.

Elevación a público de acuerdos sociales

Resolución de 18 de mayo de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 9 de junio de 2016)

Se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de los acuerdos sociales adoptados por la Junta General de una sociedad de responsabilidad limitada en virtud de los cuales se acepta la renuncia del administrador único de la sociedad y se nombra a otra persona para dicho cargo —el socio único de la sociedad—, debido al cierre de la hoja registral de la sociedad por no haber sido depositadas las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2012 a 2014 y por constar en los asientos registrales la baja provisional de la sociedad en el Índice de Entidades de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Respecto de las consecuencias que se derivan del incumplimiento de la obligación de depositar las cuentas anuales, la DGRN afirma que el artículo 282 de la Ley de Sociedades de Capital y otras disposiciones aplicables contienen un claro mandato normativo: transcurrido más de un año desde la fecha del cierre del ejercicio social sin que se haya practicado en el Registro Mercantil el depósito de las cuentas anuales debidamente aprobadas, no puede inscribirse ningún documento en la hoja registral de la sociedad salvo las excepciones expresamente previstas y, entre ellas, la relativa al cese o dimisión de administradores (aunque no el nombramiento de quienes hayan de sustituirles en dicho cargo). Sin embargo, aunque conforme a las mencionadas normas procedería la inscripción de la dimisión del administrador único, ello no es posible por constar inscrita la baja provisional de la sociedad en el Índice de Entidades de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, lo cual supone un cierre registral prácticamente total del que tan solo queda excluida la certificación de alta en dicho índice. La DGRN distingue claramente las dos causas de cierre de la hoja registral de una sociedad y, por lo expuesto anteriormente, confirma la calificación del registrador en relación con la negativa a inscribir la renuncia del administrador.

Modificación estatutaria. Transmisión de participaciones sociales

Resolución de 20 de mayo de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 9 de junio de 2016)

Se rechaza la inscripción de una cláusula estatutaria de una sociedad de responsabilidad limitada en la que, después de disponer que cualquier transmisión inter vivos de las participaciones sociales quedará sometida al consentimiento de la sociedad, que se expresará mediante acuerdo de la junta general, se añade que «la sociedad podrá bien denegar la autorización para transmitir; bien autorizar la transmisión de forma incondicional; o bien autorizarla condicionada a que el comprador ofrecido por el socio que proponga transmitir las participaciones acepte comprar también las del resto de los socios que también se ofrezcan a transmitir», y que «en cual-

quier caso en que se deniegue al socio la autorización para transmitir, éste podrá separarse de la sociedad dentro del plazo de un mes a contar desde la recepción por dicho socio de notificación fehaciente de la denegación de la autorización remitida por la sociedad», porque, a juicio del registrador, no cabe la mera negativa de la sociedad a la solicitud de transmisión de las participaciones sin que esta comunique la identidad de adquirentes alternativos de conformidad con lo previsto en el artículo 107.2.f) de la Ley de Sociedades de Capital.

La DGRN estima el recurso al entender que no cabe rechazar la inscripción de la cláusula debatida, en cuanto atribuye al socio el derecho de separación para el caso de denegación de la autorización para transmitir sus participaciones, de modo que no perturba la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable, y no puede considerarse que rebase los límites generales a la autonomía de la voluntad.

Aportaciones no dinerarias al capital social de una sociedad limitada

Resolución de 7 de junio de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 28 de junio de 2016)

Se suspende la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada cuyo capital social es desembolsado con aportaciones no dinerarias, entre las cuales se incluyen determinados grupos de chapas denominadas «Chapas Perit», que se describen con sus medidas, color y especificación de modelo. Para cada grupo de chapas aportadas se expresa el valor que se le asigna (sin especificar cuántas chapas componen cada grupo aportado), así como el número y la numeración de las participaciones que se asignan al aportante de cada grupo de chapas. La registradora suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, es necesario que la descripción de tales bienes concrete el número de chapas descritas.

La DGRN recuerda que la exigencia de que en la escritura correspondiente (de constitución o de aumento de capital) deban inscribirse las aportaciones no dinerarias con sus datos registrales, la valoración, así como la numeración de las participaciones atribuidas obedece al régimen de responsabilidad por la realidad y valoración de los bienes aportados.

Según el artículo 190.1 del Reglamento del Registro Mercantil, se describirán en la escritura los bienes o derechos objeto de la aportación, con sus datos registrales si existieran, el título o concepto de la aportación, la valoración en euros que se le atribuya, así como la numeración de las participaciones asignadas en pago. En principio, la identificación de las aportaciones no dinerarias debe realizarse por cada uno de los bienes aportados y no por el conjunto de ellos, salvo que se trate de bienes de la misma clase o género que se aporten como un todo formando un grupo o conjunto. La razón es que, siendo la aportación de los bienes individual, individual es la responsabilidad que se genera respecto de cada uno de ellos en cuanto al título y valoración. Pero siendo la aportación conjunta, conforme al artículo 1532 del Código Civil, el que aporte alzadamente o en globo la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos, cumplirá con responder de la legitimidad del todo en general; pero no estará obligado al saneamiento de cada una de las partes de que se componga, salvo en el caso de evicción del todo o de la mayor parte. Por tanto, cuando se trata de aportaciones de conjuntos de bienes que no son considerados en su estricta individualidad, sino que son contemplados en globo, la norma debatida ha de ser aplicada con suficiente flexibilidad, atendiendo a su espíritu y finalidad. Por todo ello, la DGRN acuerda estimar el recurso.

Nombramiento voluntario de auditor

Resolución de 20 de junio de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 21 de julio de 2016)

Se discuten dos cuestiones en el presente caso: (i) si puede inscribirse el nombramiento de un auditor con carácter voluntario una vez concluido el ejercicio a auditar (teniendo en cuenta que el artículo 264.1 de la Ley de Sociedades de Capital establece que el auditor deberá ser nombrado «antes de que finalice el ejercicio a auditar»); y (ii) si es o no preciso que dicho nombramiento se efectúe por el plazo mínimo de tres años establecido en el mencionado artículo 264.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

La DGRN subraya que hay que distinguir entre las sociedades que están legalmente obligadas a auditar sus cuentas y las que no tienen obligación de hacerlo. Con base en este argumento y en la redacción del artículo 264.1 de la Ley de Sociedades de Capital, que se refiere a la persona que «deba» verificar las cuentas, en relación con el artículo 263 que establece los casos en los cuales las cuentas anuales deben ser auditadas, la DGRN acuerda estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador al considerar que los requisitos establecidos en la Ley de Sociedades de Capital para las sociedades legalmente obligadas a auditar sus cuentas no pueden imponerse a aquellas sociedades que no tienen esa obligación.

Sociedad en liquidación concursal. Presentación de cuentas anuales

Resolución de 6 de julio de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 12 de agosto de 2016)

Se debate en este caso la cuestión de si estando una sociedad obligada a auditar sus cuentas, una vez abierta la fase de liquidación y declarada su disolución en un proceso concursal, sigue siendo exigible que sus cuentas estén debidamente auditadas, así como que se acompañe la correspondiente certificación de que las cuentas presentadas se corresponden con las auditadas.

La DGRN desestima el recurso por entender que subsiste la obligación de auditoría de las cuentas en fase de liquidación, y ello, dada la naturaleza esencialmente reversible de la sociedad en liquidación, cuya personalidad jurídica subsiste en tanto no se haya procedido al reparto del activo sobrante entre los socios y, una vez extinguida, a la cancelación de sus asientos en el Registro Mercantil.

Disolución y liquidación de S.L. Aumento de capital

Resolución de 7 de julio de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 9 de agosto de 2016)

Se discute en este caso la inscripción de una escritura de elevación a público de un acuerdo de aumento de capital de una sociedad de responsabilidad limitada concurriendo las siguientes circunstancias: (i) haberse presentado con anterioridad una escritura de elevación a público de acuerdos de disolución y liquidación de la sociedad, la cual fue calificada con el defecto de no coincidir la cifra de capital que constaba en el pasivo del balance de liquidación con la que figuraba inscrita; (ii) presentarse la escritura de ampliación de capital, señalándose el defecto de hallarse la hoja de la sociedad cerrada por falta de depósito de cuentas; y (iii) haberse presentado nuevamente la escritura de elevación a público de acuerdos sociales de disolución y liquidación (y por tanto, extinción) de la sociedad en la que se señalaba la pendencia de la escritura de ampliación de capital.

La DGRN afirma que, en principio, el cierre registral establecido en el artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil ha de aplicarse a todo documento distinto de los exceptuados expresamente en dicho artículo. Sin embargo, también considera la DGRN que con el cierre de la hoja de la sociedad se pretende tanto la suspensión de los efectos de la publicidad registral como, en los casos de sociedad disuelta, impedir que puedan realizarse otras actuaciones distintas de las encaminadas a la liquidación ordenada de su patrimonio. Por lo tanto, una vez llevada a cabo la liquidación de la sociedad, no tiene sentido condicionar la inscripción de la extinción de la sociedad al cumplimiento de requisitos previstos para sociedades «vivas».

Por lo tanto, concluye la DGRN que, teniendo en cuenta que el registrador, una vez inscrito el aumento de capital puede proceder a constatar la extinción de la sociedad (no existiendo ningún otro defecto para la inscripción de dicha extinción), no es aceptable exigir a la sociedad el depósito de las cuentas, considerando incluso que la obstaculización del debido reflejo de la extinción de la sociedad distorsionaría la publicidad registral.

La DGRN estima el recurso por entender que la inscripción del aumento de capital es requisito para la inscripción de la disolución, y si bien el cierre del Registro Mercantil por falta del depósito de cuentas se aplica a la ampliación de capital, debe exceptuarse el caso en que sea título previo para la inscripción de otro título posterior del que no se produce el cierre, como es el caso de la disolución.

Reducción de capital. Operación acordeón *Resolución de 8 de julio de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 12 de agosto de 2016)*

Se debate si es o no inscribible la decisión del socio único de una sociedad de responsabilidad limitada por la que se reduce el capital social (de 748.000 euros a cero) para restablecer el equilibrio entre él y el patrimonio contable disminuido como consecuencia de pérdidas, con el simultáneo aumento del capital (a 3.000 euros), cuando del balance utilizado a tal fin resulta la existencia de una partida positiva («Resultados del ejercicio» por importe de 109.341 euros).

La DGRN considera que la reducción de capital a efectos meramente contables para compensar pérdidas está sometida al cumplimiento de unas garantías básicas que buscan evitar que, a través de operaciones de este tipo, se lesionen los intereses legítimos de socios y acreedores. Por ello, dada la función de garantía que desempeña el capital social, las exigencias legales previstas en los supuestos de reducción de capital deben observarse rigurosamente, por cuanto se pueden perjudicar las expectativas de cobro de los acreedores sociales, riesgo que también existe cuando tal reducción tan solo persigue el restablecimiento del equilibrio entre aquel y el patrimonio, pues, si bien en este caso el activo social no varía, sí que posibilita que se puedan distribuir los beneficios futuros entre los socios en lugar de ir destinados necesariamente a cubrir las pérdidas acumuladas.

Por todo ello, la DGRN acuerda desestimar el recurso presentado y confirmar la calificación impugnada.

[Portugal]

Arrendamento urbano: junção de documentos comprovativos de regimes de exceção

Acórdão do Tribunal Constitucional 277/2016 de 4 de maio de 2016

No presente processo, os senhorios intentaram uma ação declarativa contra o arrendatário, pedindo que fosse decretada a resolução do respetivo contrato de arrendamento e a restituição do locado livre de pessoas e bens.

O Tribunal da Comarca do Porto julgou a ação procedente em primeira instância. No entanto, o arrendatário recorreu, invocando a inconstitucionalidade dos artigos 30.º, 31.º e 32.º do NRAU, segundo a qual, no âmbito dos processos de transição para o NRAU e de atualização de rendas, relativamente a contratos habitacionais celebrados antes da vigência do RAU e a contratos não habitacionais celebrados antes do Decreto-Lei n.º 275/95, de 30 de setembro, «os inquilinos que não enviem os documentos comprovativos dos regimes de exceção que invoquem (seja quanto aos rendimentos, seja quanto à idade ou ao grau de deficiência) ficam automaticamente impedidos de beneficiar das referidas circunstâncias, mesmo que não tenham sido previamente alertados pelos senhorios para a necessidade de juntar os referidos documentos e das consequências da sua não junção», dado que tal «constitua uma medida desproporcional que afeta o princípio constitucional da proteção da confiança». Este argumento não foi acolhido pelo TRP, que negou provimento ao recurso.

No acórdão em apreço o TC acabou por julgar inconstitucional a supra citada norma, conforme extraída dos artigos 30.º, 31.º e 32.º do NRAU, por violação do princípio da proporcionalidade inerente ao princípio do Estado de direito democrático, conforme consagrado no artigo 2.º da CRP.

PROCESAL CIVIL*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda

Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda (BOE de 30 de junio de 2016)

El pasado 16 de junio de 2016 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda, que ha sido aprobada por el Parlamento de Andalucía (la «Ley 3/2016»). Esta norma se enmarca dentro de las competencias del Parlamento andaluz en materia de defensa de los derechos de los consumidores (artículo 58.24.º del Estatuto de Autonomía de Andalucía). La Ley 3/2016 entró en vigor el 16 de septiembre de 2016.

El objeto de la Ley 3/2016 es, según indica su artículo 1, garantizar la protección de las personas consumidoras y usuarias, regulando la transparencia y el acceso a la información que se les debe facilitar en la suscripción de préstamos o créditos hipotecarios sobre una vivienda celebrada en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

El Título I de la Ley 3/2016 regula el régimen de información a los consumidores y usuarios en la fase precontractual del préstamo hipotecario. En particular, se tratan las siguientes cuestiones:

- (i) Las «explicaciones adecuadas» (artículo 6) dadas a los prestatarios consumidores y a sus garantes deberán ser sencillas y comprensibles, evitando el uso de tecnicismos, y se adaptarán a las circunstancias personales y económicas del destinatario. Además, debe quedar constancia por escrito de la identificación del empleado de la entidad prestamista que facilite la información precontractual.
- (ii) Las comunicaciones comerciales y la publicidad deben incluir una información básica que se detalla en el artículo 7. Entre ella, destaca el tipo de interés (junto con la existencia de una cláusula suelo), una relación de los productos o servicios accesorios o el riesgo de pérdida de la vivienda en caso de incumplimiento.
- (iii) La documentación preceptiva que debe ser entregada a los consumidores y usuarios (artículo 8): el Índice de Documentación de Entrega Preceptiva (IDEP), en el que se relacionan los documentos que deben ser entregados al consumidor o usuario, la Ficha de Información Precontractual (FIPRE), el Documento de Información Precontractual Complementaria (DIPREC) y el Documento de Información Personalizada Complementaria (DIPERC). El contenido de esos documentos se regulan en los artículos 9 y 10.
- (iv) Los gastos derivados de los servicios preparatorios, cuyo coste corre a cargo del consumidor o usuario (artículo 11). El consumidor o usuario tiene el derecho a concertar la prestación de esos servicios con la entidad que elijan de mutuo acuerdo con la entidad prestamista. Si es la entidad prestamista quien concierta o efectúa directamente esos servicios a cargo del consumidor o usuario, deberán contar con su aceptación previa y expresa y facilitar el desglose del coste correspondiente.
- (v) El consumidor o usuario no estará obligado a contratar productos o servicios accesorios no solicitados (artículo 12), tales como la contratación de seguros, tarjetas de crédito o

* Esta sección ha sido coordinada por Eduardo Trigo Sierra y Cristina Ayo Ferrándiz, y en su elaboración han participado Jorge Azagra Malo, Sonia Borges Fernández, Miguel Ángel Cepero Aranguéz, Guillermo García Berdejo, David García Martín, Adrián Jareño Torrente, Tatiana Llorente de María, Juan Carlos Martínez, Efrén Pérez Borges, Álvaro Rifá Brun, Nuria Rodríguez, Laura Salas Gómez, Javier Sánchez-Lozano Velasco, Alba Solano Avelino, Gonzalo Urcelay Delgado y Xuan Wu Zhuo, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

débito, apertura de cuentas, planes de pensiones, etc. Se regulan los conceptos de ventas vinculadas y combinadas junto con la necesidad de detallar el beneficio que obtiene el consumidor o usuario con ellas.

(vi) El consumidor o usuario tiene el derecho de información sobre la evaluación de su solvencia y, en particular, a conocer el resultado junto con los motivos que han llevado a la concesión o no del crédito (artículo 13).

El Título II regula el derecho de información en el ámbito de la Notaría y el Registro. Por su parte, el Título III crea el Tribunal Arbitral Andaluz para Ejecuciones Hipotecarias y Desahucios en el ámbito de la Junta Arbitral de Consumo de Andalucía con el fin de facilitar la resolución de disputas en materia de contratación hipotecaria y desahucios.

Además, la Ley 3/2016 regula la obligación de la entidad prestamista de conservar toda la documentación contenida en sus disposiciones durante toda la vigencia del contrato y los cuatro años siguientes a su finalización. Establece, también, la obligación de informar de cualquier circunstancia modificativa o extintiva del contrato, de su transmisión y del cobro de los intereses de demora.

Atribución del conocimiento de diversas materias, con carácter exclusivo, a determinados Juzgados de lo Mercantil de Barcelona

Acuerdo de 26 de mayo de 2016, del Pleno del Consejo General de Poder Judicial, por el que se atribuye el conocimiento de diversas materias, con carácter exclusivo, a determinados Juzgados de lo Mercantil de Barcelona (BOE de 29 de junio de 2016)

El pasado 26 de mayo de 2016 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el Acuerdo de 26 de mayo de 2016, del Pleno del Consejo General de Poder Judicial, por el que se atribuye el conocimiento de diversas materias, con carácter exclusivo, a determinados Juzgados de lo Mercantil de Barcelona (el «Acuerdo»).

En virtud del Acuerdo, se atribuyen respectivamente a los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona el conocimiento, con carácter exclusivo, de los siguientes asuntos:

- (i) A los Juzgados de lo Mercantil números 1, 4 y 5, los asuntos relativos a patentes, diseño industrial y modelos de utilidad.
- (ii) A los Juzgados de lo Mercantil números 2, 6, 8 y 9, los asuntos relativos a marcas, reclamaciones en materia de propiedad intelectual que no procedan de entidades de gestión y homologación de acuerdos de refinanciación.
- (iii) A los Juzgados de lo Mercantil números 3, 7 y 10, los asuntos relativos a la competencia desleal, publicidad, defensa de la competencia y los concursos consecutivos.

Esta medida de reparto de asuntos se implementará desde el 1 de julio de 2016. De este modo, los asuntos de las mismas materias que los que son objeto del Acuerdo y de los que estuvieran conociendo los Juzgados de lo Mercantil se continuarán hasta su conclusión, sin verse afectados por el Acuerdo hasta su conclusión por resolución definitiva.

2 · JURISPRUDENCIA

El Tribunal Constitucional estima parcialmente el recurso contra las tasas judiciales

Sentencia 140/2016 del Pleno del Tribunal Constitucional, de 21 de julio de 2016

El Pleno del Tribunal Constitucional estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados contra la Ley 10/2012, de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, y declara inconstitucionales y nulos varios de varios de los preceptos de la referida ley.

En concreto, el Tribunal Constitucional anula, por un lado, las cuotas fijas siguientes: (i) la de 200 euros para interponer el recurso contencioso-administrativo abreviado y la de 350 euros para interponer el recurso contencioso-administrativo ordinario; (ii) la de 800 euros para promover recurso de apelación y de 1.200 euros para los recursos de casación y extraordinario por

infracción procesal, en el orden civil; (iii) la de 800 euros para el recurso de apelación y 1.200 euros para el recurso de casación en cualquiera de sus modalidades, en el orden contencioso-administrativo; (iv) la nulidad de la tasa de 500 euros para el recurso de suplicación y 750 euros para el de casación en cualquiera de sus modalidades, ambos del orden social (incisos del artículo 7.1 de la Ley 10/2012). Igualmente, el Pleno anula la cuota variable de la tasa para las personas jurídicas (artículo 7.2 de la Ley 10/2012).

En esta resolución el Tribunal constitucional concluye que, si bien el establecimiento de tasas no vulnera, en sí mismo, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, la cuantía de las tasas (tanto la cuota fija como la variable) establecida en los preceptos anulados resulta desproporcionada y puede producir un efecto disuasorio en los ciudadanos a la hora de acudir a los Tribunales de Justicia en el ejercicio de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Es de destacar que las tasas afectadas por esta resolución son solo las exigidas a las personas jurídicas, en tanto que la reforma de la Ley 10/2012 introducida mediante el Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, ya había eximido del pago de las tasas a las personas físicas, por lo que el Pleno declara la pérdida sobrevenida del objeto del recurso en lo que se refería a estas tasas.

El Tribunal Supremo fija doctrina jurisprudencial sobre el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de dos años previsto en el artículo 23 de la Ley del Contrato de Seguro para reclamar daños a la aseguradora

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de marzo de 2016

La Audiencia Provincial de Madrid —confirmando la decisión del Juzgado de instancia— desestimó el recurso de apelación interpuesto por el asegurado sobre la base de que la acción ejercitada había prescrito, en tanto que habían transcurrido más de dos años entre el momento en que el asegurado había tenido conocimiento de la demanda interpuesta contra él por el perjudicado —momento en que la Audiencia Provincial fijó el inicio del cómputo del plazo de prescripción— y la comunicación que remitió a la compañía aseguradora informando acerca de dicha demanda.

El Pleno, casando la resolución de la Audiencia Provincial, declara como doctrina jurisprudencial que, en aquellos casos en que haya existido reclamación judicial, el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de dos años establecido en el artículo 23 de la Ley 50/1980, del Contrato de Seguro, para el seguro de daños respecto de la reclamación del asegurado a su aseguradora, es el de la notificación de la resolución que determina la firmeza de la sentencia que condena al asegurado a indemnizar al perjudicado.

Consumo. El Abogado General propone al Tribunal de Justicia descartar la infracción del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 y declarar la conformidad al Derecho de la Unión Europea de la limitación de los efectos retroactivos adoptada por el Tribunal Supremo en sus sentencias sobre la nulidad de las cláusulas suelo

Conclusiones del Abogado General Mengozzi de 13 de julio de 2016 en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15

Las conclusiones traen causa de varias cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Provincial de Alicante y el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada en relación con la conformidad al Derecho de la Unión Europea de la doctrina jurisprudencial fijada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, que limita los efectos restitutorios en el tiempo de la declaración nulidad de las cláusulas suelo.

Según esta doctrina jurisprudencial, las entidades de crédito que hubieran utilizado cláusulas suelo nulas por falta de transparencia no estarían obligadas a restituir las cantidades cobradas en aplicación de estas cláusulas con anterioridad a la fecha de publicación de la primera sentencia del Tribunal Supremo que dispuso esa nulidad por falta de transparencia y los criterios de enjuiciamiento de esas cláusulas (9 de mayo de 2013).

Los tribunales españoles plantearon al Tribunal de Justicia si esta doctrina jurisprudencial podría contravenir el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, que establece que las cláusulas abusivas «no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales».

En las conclusiones, el Abogado General propone al Tribunal de Justicia descartar la infracción del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 y declarar la conformidad al Derecho de la Unión Europea de la limitación de los efectos retroactivos adoptada por el Tribunal Supremo en sus sentencias sobre la nulidad de las cláusulas suelo.

En síntesis, el Abogado General concluye que la limitación de la retroactividad es conforme al Derecho de la Unión Europea porque (i) el Derecho de la Unión Europea no ha armonizado el

Consumo. La relevancia del suministro de información precontractual y sus consecuencias jurídicas en materia de contratación financiera

régimen de sanciones derivadas del carácter abusivo (tan solo dispone que debe respetarse el principio de no vinculación de los consumidores por estas cláusulas sin especificar la categoría de ineficacia que debe aplicarse y que la declaración de abusividad ha de tener efecto disuasorio) ni tampoco las condiciones en las que un órgano jurisdiccional supremo puede limitar los efectos de sus sentencias, cuestiones que se rigen por el ordenamiento interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal; y (ii) la limitación de efectos establecida por el Tribunal Supremo satisface las exigencias del principio de equivalencia y de efectividad.

Sentencias del Tribunal Supremo n.º 310/2016 de 11 de mayo de 2016, n.º 359/2016 de 1 de junio, n.º 411/2016 de 17 de junio de 2016, y sentencias n.º 460/2016 de 5 de julio de 2016 y n.º 479/2016 de 13 de julio de 2016

En fechas recientes, la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha pronunciado de nuevo en varias resoluciones sobre los deberes de información de las entidades financieras para con sus clientes, que abordamos conjuntamente.

Así, el Alto Tribunal, siguiendo la misma línea jurisprudencial que ya había establecido, entre otras, en su sentencia 840/2013 de 20 de enero de 2014 y en la más reciente, 359/2016 de 1 de junio de 2016, en la que calificó el contrato de permuta financiera impugnado como un producto complejo tipo *swap*, ha advertido de que el cumplimiento de los deberes de información por parte de las entidades financieras implica proporcionar a los clientes una descripción general sobre la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros que, en todo caso, debe incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de sus riesgos inherentes, información que, además, debe ser lo suficientemente detallada como para permitir que los clientes puedan tomar decisiones de inversión de manera fundada en función de su clasificación como clientes minoristas o profesionales.

En aplicación de dicha doctrina jurisprudencial, el Tribunal Supremo estimó un recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona al concluir que la Audiencia había presumido la inexistencia de un consentimiento viciado —omitiendo pronunciarse específicamente acerca del cumplimiento de las obligaciones de información de la entidad financiera— sobre la mera base de la formación empresarial de la parte actora (sentencia 310/2016, de 11 de mayo de 2016), obviando el enjuiciamiento del cumplimiento por parte de la entidad financiera de sus obligaciones de información.

A juicio de la Sala, si bien el incumplimiento de estos deberes informativos, por sí mismo (i) no debe conllevar necesariamente la apreciación del error como vicio del consentimiento, aunque la propia previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas; (ii) sí puede incidir en la apreciación del error, de modo que si la entidad financiera, sobre la que pesa la carga de probar el cumplimiento de estos deberes, no logra hacerlo, el error en la contratación del producto por parte del cliente puede presumirse.

A la misma conclusión llegó el Tribunal en su sentencia 411/2016 de 17 de junio de 2016, en la que, tras calificar también el producto objeto de aquella *litis* (bonos convertibles en acciones) como un producto complejo, advirtió, como ya lo había hecho en la sentencia 102/2016, de 25 de febrero, que para concluir sobre la existencia de una relación de asesoramiento entre la entidad financiera y el cliente no es un requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado *ad hoc* para la prestación de este servicio ni que las inversiones impugnadas puedan subsumirse en un contrato de gestión de carteras suscrito por las partes, sino que basta con que la iniciativa en la contratación del producto financiero en cuestión haya partido de la entidad financiera, y que haya sido esta la que haya ofrecido el producto al cliente, recomendándole su adquisición.

No obstante, y pesar de las anteriores consideraciones sobre el impacto del incumplimiento de los deberes informativos en la apreciación del error, en las sentencias 460/2016 y 479/2016, de 5 y 13 de julio, respectivamente, el Tribunal Supremo declaró que (i) la omisión en el suministro de información no puede equipararse, de forma inmediata, a un supuesto de dolo omisivo, sino que para ello deberá acreditarse que la omisión de información se ha empleado como medio de engaño para lograr obtener el consentimiento del cliente, y que (ii) teniendo en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 30 de mayo de 2013 (asunto

C-604/11 , Genil 48, S.L. y Comercial Hostelera de Grandes Vinos, S.L., contra Bankinter, S.A. y BBVA, S.A.) estableció que las consecuencias contractuales del incumplimiento de la normativa MIFID deberían ser determinadas por cada Estado miembro, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno. Por lo que, bajo el derecho civil español, debe concluirse que, si bien la inobservancia de las obligaciones legales de información puede servir como base para la estimación de una acción de anulabilidad o nulidad relativa por error, no pueden servir como fundamento de una acción tendente a la resolución de contrato.

Consumo. Confirma la sentencia que desestima excepción de caducidad de una acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento de un contrato financiero a plazo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de Junio de 2016

Confirmando la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén, el Tribunal Supremo reitera el criterio establecido en la sentencia de fecha 12 de enero de 2015, en virtud de la cual el *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad de las acciones dirigidas a instar la nulidad de «relaciones contractuales complejas como son con frecuencias las derivadas de contratos bancarios, financieros, o de inversión [...] no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo».

Aplicando el referido criterio al caso enjuiciado, el Tribunal Supremo concluye que la Audiencia Provincial no vulneró el artículo 1301 del Código Civil al considerar que la fecha de suscripción de un contrato financiero a plazo no puede ser tenida en cuenta como fecha de consumación a los efectos indicados en el párrafo anterior.

Consumo. Condiciones generales de la contratación. El Tribunal Supremo considera que el control de transparencia no se extiende a la contratación bajo condiciones generales en que el adherente no tiene la condición legal de consumidor. Voto particular de D. Francisco Javier Orduña Moreno

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de junio de 2016

El Tribunal Supremo resuelve la cuestión jurídica que se ha planteado en el recurso de casación que, en síntesis, radica en determinar si las condiciones generales incluidas en los contratos con adherentes que no ostenten la condición de consumidores pueden someterse al denominado segundo control de transparencia o control de transparencia cualificado.

El Alto Tribunal confirma en la sentencia comentada que no puede realizarse el control de transparencia cualificado en aquellos contratos en los que el adherente no tenga la condición de consumidor. Considera que este control está reservado, única y exclusivamente, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores. Así, concluye que ni la legislación europea ni la española regulan una protección adicional al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil genera sobre el respeto a la buena fe y el justo equilibrio de prestaciones.

D. Francisco Javier Orduña Moreno formula un voto particular al fallo dictado por la Sala, al entender que el control de transparencia a la contratación bajo condiciones generales debe extenderse también a los contratos en los que el adherente tenga la condición de empresario, sin que puedan asimilarse los conceptos de transparencia y abusividad. En este sentido, considera que el presupuesto para la aplicación de este control no es otro que el carácter predispuesto de la reglamentación y posición de inferioridad del adherente, con independencia de que este último tenga la condición de empresario o consumidor.

Así, el voto particular concluye que la legislación civil y mercantil general no tiene por objeto el control de legalidad y la posible ineficacia de las cláusulas acordadas. Solo mediante el control de transparencia cualificado puede ofrecerse una respuesta contra un clausulado que pueda resultar injusto y vulnerar bienes jurídicos que deben ser titulados en el tráfico patrimonial de la contratación bajo condiciones generales.

Consumo. El Tribunal Supremo considera nula por abusiva una cláusula que establece unos intereses moratorios del 19 % en un contrato de préstamo hipotecario

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de junio de 2016

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo declara nula por abusiva una cláusula de intereses moratorios del 19 % contenida en un préstamo hipotecario. El crédito hipotecario inicial de 295.000 euros fue concedido en el año 2004 con la finalidad de que los demandantes adquirieran su vivienda habitual. Posteriormente, en el año 2005, el préstamo se amplió en 5.000 euros, sin que haya quedado acreditado que este importe se destinase a finalidades propias del tráfico mercantil.

El Alto Tribunal considera, contrariamente al criterio seguido por la Audiencia Provincial de Madrid, que, aunque la posterior ampliación del préstamo hubiera sido destinada a una actividad propia del tráfico mercantil (circunstancia que no habría quedado acreditada), ello no impide que pueda aplicarse la normativa sobre protección de consumidores para declarar la abusividad de la cláusula de intereses moratorios. Asimismo, concluye que no consta acreditado que la cláusula controvertida haya sido negociada individualmente, por lo que debe considerarse una cláusula predispuesta.

Para realizar el control de abusividad, la Sala tiene en cuenta la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea según la cual el límite legal previsto en el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria no puede servir de parámetro para determinar la ausencia de carácter abusivo de la cláusula. Así pues, la Sala concluye que debe declararse el carácter abusivo de la cláusula que fija los intereses de demora del préstamo hipotecario, al considerar que un interés de demora del 19 % es manifiestamente superior al interés remuneratorio incrementado en 2 puntos.

Finalmente, el Alto Tribunal considera que la consecuencia de la declaración de abusividad de la referida cláusula es su eliminación total, pero sin que ello suponga la supresión del interés remuneratorio, cuya cláusula no puede declararse abusiva y sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución.

Consumo. La Audiencia Provincial de Pontevedra declara la nulidad, por abusivas, de la cláusula que toma como base para el cálculo de los intereses el año comercial de 360 días y la cláusula que prohíbe al prestatario hipotecar, gravar, vender o arrendar el bien hipotecado sin el consentimiento del prestamista

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sala de lo Civil, de 5 de mayo 2016

En el marco de un procedimiento en el que se solicitaba que la declaración de nulidad, por abusivas, de determinadas cláusulas contenidas en un contrato de préstamo hipotecario, la Audiencia Provincial de Pontevedra ha declarado la nulidad de (i) la cláusula que tomaba como base para el cálculo de los intereses el año de 360 días en lugar del año de 365 días; y (ii) la cláusula que prohibía al prestatario hipotecar, gravar, vender o arrendar el bien hipotecado sin el consentimiento del prestamista, confirmando así la sentencia que el Juzgado Mercantil n.º 2 de Pontevedra había dictado en primera instancia.

Por lo que respecta a la cláusula que toma como referencia el año comercial de 360 días para calcular los intereses, la Sala argumenta, por un lado, que se trata de una cláusula cuyas consecuencias económicas negativas únicamente afectan al prestatario, generando, por tanto, «un desequilibrio importante e injustificado en los derechos y obligaciones de las partes que perjudica siempre a la misma parte, el prestatario», y, por el otro, que no consta acreditado que el prestatario y consumidor fuera informado acerca de dicha circunstancia.

Y en relación con la cláusula de prohibición de hipotecar, gravar, vender o arrendar el inmueble hipotecado sin el consentimiento del prestamista, la Audiencia ha declarado su nulidad con base en que la prohibición que contiene es «genérica y absoluta», lo que provoca la práctica anulación de las facultades que integran el dominio, generando, por tanto, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes que, de nuevo, únicamente afectaría al prestatario.

Consumo. El Tribunal Supremo se pronuncia sobre varios supuestos en los que no es posible apreciar de oficio la nulidad de un contrato

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de junio 2016

En el marco de un recurso de casación, la Sala se pronuncia sobre tres concretas cuestiones planteadas por el recurrente: (i) si cabe la apreciación de oficio de la nulidad por error vicio; (ii) si el incumplimiento de los deberes legales de información en la comercialización de productos financieros complejos previstos en el artículo 79 bis LMV constituye un supuesto de nulidad absoluta, que pueda ser apreciada de oficio; y (iii) finalmente, si en el caso enjuiciado cabía apreciar de oficio la nulidad de las cláusulas relativas al derivado implícito de un préstamo por falta de transparencia, conforme a la doctrina contenida en la Sentencia 241/2013, de 9 de mayo.

Respecto de la primera cuestiones planteadas, el Alto Tribunal estima que el régimen legal de la nulidad por error vicio impide que pueda ser apreciado de oficio por el juez. Ello en virtud de la doctrina del término anulabilidad, que para que pueda ser declarada debe (i) haber sido solicitada por quien esté legitimado legalmente (artículo 1302 Código Civil); (ii) instarse dentro del plazo de caducidad de cuatro años (artículo 1301 Código Civil); y (iii) el negocio afectado por el vicio pueda ser confirmado, en los términos previstos en los artículos 1309 y siguientes del Código Civil.

En relación con la segunda de las cuestiones analizadas, la Sala recuerda su doctrina jurisprudencial sentada desde su Sentencia 716/2014, de 15 de diciembre, conforme a la cual, la infracción de los deberes legales de información contenidos en el artículo 79 bis LMV, incorporados con la Ley 47/2007, de 15 de noviembre, que traspuso la Directiva MiFID, no vicia por sí de nulidad absoluta ex artículo 6.3 del Código Civil el contrato o negocio, y por ello tampoco puede ser apreciada de oficio.

Finalmente, la Sala resuelve que tampoco es posible apreciar de oficio la nulidad haber dedicado el recurrente el préstamo a financiar un negocio, con lo que no resultaba de aplicación la normativa de consumidores, único caso en el que cabría la aplicación de oficio del control de transparencia de cláusulas abusivas.

Consumo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que la regulación contemplada en la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite garantizar plenamente la protección del consumidor en la ejecución del procedimiento monitorio

Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de junio de 2016 (as.C-122/14)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea analiza, en el marco de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Cartagena, si los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan el procedimiento monitorio permiten garantizar los derechos que para el consumidor se derivan de la Directiva 93/13, tomando en consideración que (i) la normativa española no permite al juez que conoce del procedimiento monitorio entrar a valorar la presencia de cláusulas abusivas en el contrato de que se trate a menos que el deudor haya formulado la correspondiente oposición (artículos 815.1 y 816.1 LEC); y que (ii) el juez encargado de ejecutar el auto que da por concluido el procedimiento monitorio tampoco está facultado para realizar dicho examen atendiendo al efecto de cosa juzgada del que dicha resolución goza según el artículo 818.1 LEC. El Tribunal de Justicia ha concluido que dicha normativa no permite garantizar la protección del consumidor.

Por todo ello, concluye que la Ley de Enjuiciamiento Civil no es conforme al Derecho de la Unión Europea en tanto que no permite al juez que conoce de la ejecución de un auto de conclusión de un procedimiento monitorio analizar de oficio el carácter abusivo de una cláusula incluida en el contrato que haya motivado ese auto cuando, por falta de oposición del deudor al procedimiento monitorio, el juez que dictó el auto no estuviera facultado para realizar tal examen.

Societario. El plazo de ejercicio de la acción subsidiaria de exclusión de un socio por otro socio es de un mes aunque no esté recogido expresamente en el precepto legal

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 2016

La sentencia versa sobre la exclusión de una de las socias al 50 % de una entidad mercantil por infracción del deber de no competencia. El acuerdo de exclusión fue adoptado por la Junta General en diciembre de 2010, pero la sociedad no ejercitó la acción correspondiente en el plazo legal de un mes. A raíz de esa inacción, la otra socia al 50 % de la mercantil interpuso demanda solicitando la exclusión ya en mayo de 2013.

La demanda fue desestimada en primera instancia por entender el Juzgado de lo Mercantil que había caducado la acción. Por su parte, la Audiencia Provincial consideró que el artículo 352.3 de la Ley de Sociedades de Capital no establece ningún plazo de caducidad o prescripción, lo que conduciría a aplicar los previstos en el artículo 947 del Código de Comercio. En consecuencia, revocó la sentencia de primera instancia y estimó la demanda.

Frente a la sentencia de segunda instancia, la demandada interpuso recurso de casación. El Alto Tribunal comienza recordando que el proceso de exclusión de un socio es un procedimiento extrajudicial que, para el caso de socios con más del 25 % del capital, ha de ser ratificado judicialmente. Esta acción debe ser ejercitada, en principio, por la sociedad en el plazo de un mes desde la adopción del acuerdo, pero, en el caso de que no lo haga, podrá ejercitarla en su nombre cualquier socio que haya votado a favor del acuerdo.

Según el Tribunal Supremo, a falta de un plazo legal expresamente establecido, el plazo de ejercicio de la acción subsidiaria por el socio no puede ser, en buena lógica, más extenso al que tiene la propia sociedad. En cuanto al momento en que empieza a computar ese plazo de un mes, el Alto Tribunal lo fija en aquel en que el socio se percató de que no había sido ejercitada la acción por la sociedad.

En este sentido, recuerda el Alto Tribunal que la legitimación del socio en el ejercicio de esa acción no es «propia», sino subsidiaria y «en nombre de la sociedad». Por esa razón, el plazo de ejercicio,

aunque no se diga expresamente en el precepto, deberá ser el mismo. Considerando que ese plazo se había excedido en el caso de autos, estima el recurso y desestima la acción ejercitada.

Propiedad Horizontal. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2016

El Tribunal Supremo fija como doctrina que solo procederá el reembolso por la comunidad de propietarios al comunero que haya ejecutado unilateralmente obras en zonas comunes cuando se haya requerido previamente a la comunidad para su realización

La sentencia versa sobre la demanda interpuesta por una comunidad de propietarios a unos vecinos que habían ejecutado obras sobre el espacio bajo cubierta que, a su entender, suponía una alteración de un elemento común de la finca. En concreto, solicitaban que se restituyesen los elementos comunes alterados a su estado original y se aportase el proyecto visado que garantizase la seguridad de la obra, que consistió en eliminar un falso techo de la vivienda de estos vecinos e instalar en su lugar una estructura metálica que permitiese el acceso de las personas a la estructura.

Por su parte, los vecinos interpusieron demanda reconvenional solicitando a la comunidad de propietarios el abono de las cantidades satisfechas para realizar la obra (una vez deducida la cuota de participación en zonas comunes de los vecinos reconvinientes).

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda principal considerando que la obra afectaba a zonas comunes, que no había sido comunicada a la comunidad de propietarios y que no existía prueba de que hubiese sido necesaria y urgente. La Audiencia Provincial, aunque mantuvo la estimación de la demanda principal, también estimó la demanda reconvenional considerando que las obras afectaban a un elemento común y que se realizaron con carácter necesario y urgente.

La comunidad de propietarios interpuso recurso de casación con base en el artículo 7.1 de Ley de Propiedad Horizontal, según el cual solo procederá la devolución de los importes satisfechos por comuneros en obras unilaterales en zonas comunes cuando hayan requerido previamente al secretario-administrador o al presidente advirtiéndoles de su urgencia y necesidad.

El Alto Tribunal acoge el argumento de la comunidad y lo refuerza recordando que los vecinos han incorporado parte de la obra a su propia vivienda, por lo que no pueden pretender que la comunidad satisfaga los gastos de una obra que, además de haber sido ejecutada de forma contraria a la ley, les aprovecha en exclusiva.

De este modo, se fija como doctrina la siguiente:

«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. No quedará exonerada si la Comunidad muestra pasividad en las obras o reparaciones necesarias y urgentes».

Concurzal. El incumplimiento del contrato por parte del vendedor concede a la parte compradora legitimación para pedir la resolución del contrato o su cumplimiento, así como la indemnización de daños y perjuicios al amparo del artículo 1124 del Código Civil, sin que sea necesario acreditar un incumplimiento grave y esencial de las prestaciones del vendedor

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2016

La controversia trae causa de dos contratos privados de compraventa de viviendas en construcción suscritos en agosto de 2007. Se pactó que las obras debían terminar antes del 31 de agosto de 2008, y la entrega de llaves y firma de las escrituras públicas debían tener lugar en el plazo de un mes desde que el comprador recibiese notificación fehaciente del vendedor.

El certificado final de obras fue emitido el 13 de julio de 2008, sin que constase en autos si se habían otorgado las licencias de ocupación. Sin embargo, antes de esta fecha el vendedor fue declarado en concurso de acreedores. En el año 2011, el comprador interpuso demanda de incidente concurzal solicitando el cumplimiento del contrato y, por lo tanto, que se condenase al vendedor concursado a entregar las viviendas y otorgar las escrituras públicas correspondientes.

El Juzgado Mercantil núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife consideró que el comprador no había acreditado suficientemente que el vendedor hubiera incumplido los contratos. Sin embargo, acordó finalmente la resolución de esos contratos en interés del concurso y condenó al vendedor a devolver las cantidades entregadas como anticipo del precio.

Dado que ninguna de las partes había solicitado la resolución de los contratos en interés del concurso, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife revocó la sentencia de

primera instancia por incongruencia. Sin embargo, desestimó igualmente la demanda, al entender que no existía incumplimiento del vendedor, ya que la falta de obtención de la licencia de ocupación no puede considerarse un incumplimiento esencial que deba conllevar la resolución del contrato, salvo que así se hubiese pactado en él, lo que no ocurría en autos.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el comprador porque, a pesar del tiempo transcurrido desde la terminación de las obras, el vendedor no había requerido al comprador para la elevación a escritura pública de los contratos. El Alto Tribunal declara que para ejercitar la acción de cumplimiento contractual no hace falta acreditar la existencia de un incumplimiento grave y esencial de las prestaciones del vendedor, sino que resulta bastante con que la obligación del vendedor sea exigible, que en el caso de autos lo era, para pedir el cumplimiento, y ello sin perjuicio de que lleve consigo también el pago de la parte del precio pendiente por el comprador.

Concursal. La resolución de un contrato de tracto único determina la obligación de las partes de restituir lo recibido —contra la masa— aunque no venga expresamente previsto en el artículo 62.4 de la Ley Concursal

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2016

El comprador de una parcela interpuso demanda de juicio ordinario solicitando la resolución del contrato de compraventa con posterioridad a que se hubiese aprobado judicialmente un convenio en el seno del concurso de acreedores del vendedor. La controversia residía en si la restitución de las cantidades entregadas a cuenta por el comprador debía realizarse con cargo a la masa o estaba sujeta a los términos y condiciones establecidos en el convenio por tratarse de un crédito concursal.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la restitución de las cantidades entregadas por entender que, como el contrato de compraventa estaba pendiente de cumplimiento por ambas partes cuando se declaró el concurso, el crédito del comprador habría nacido una vez resuelto el contrato con posterioridad a la declaración de concurso y debía, por lo tanto, satisfacerse contra la masa.

La Audiencia Provincial de A Coruña estimó el recurso de apelación interpuesto por el vendedor y determinó que la restitución de prestaciones debía llevarse a cabo bajo la disciplina y convenio de la Ley Concursal porque, al haberse efectuado el último pago antes de la declaración de concurso, sería un crédito concursal. En todo caso, la Audiencia Provincial recuerda que el crédito fue reconocido como crédito concursal contingente y la lista de acreedores no fue impugnada por el comprador, por lo que la devolución estaría afecta al convenio en virtud del artículo 134 de la Ley Concursal.

Finalmente, el Tribunal Supremo declara que, aunque el efecto restitutorio de los contratos de tracto único no venga expresamente previsto en el artículo 64.2 de la Ley Concursal, ello no significa que no resulte de aplicación, dado que es un efecto connatural al carácter recíproco de las obligaciones y se acomoda mejor a la previsión contenida en el artículo 61.2 de la Ley Concursal, que califica como crédito contra la masa aquellas obligaciones que, al tiempo de la declaración de concurso, estaban pendientes de cumplimiento por la concursada. Por ello, al margen de analizar si debía o no resolverse el contrato porque el incumplimiento era anterior a la declaración en concurso, si hay resolución, el efecto restitutorio se aplica indistintamente a todos los contratos y el crédito restitutorio de la parte *in bonis* debe considerarse como contra la masa.

No obstante todo lo anterior, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el comprador por entender que, en todo caso, este está vinculado por su actuación en el marco del concurso. En este caso, el comprador comunicó el importe de la restitución de las cantidades entregadas a cuenta como crédito concursal, reconociéndose en la lista de acreedores como crédito concursal contingente, lista de acreedores que, al no impugnarse por el comprador, devino firme y condiciona las pretensiones del comprador, máxime si se tiene en cuenta que un tribunal distinto del que tramita el concurso carece de competencia para calificar un crédito como concursal o contra la masa.

Concurzal. Alcance y objeto de la sección de calificación en caso de acordarse su reapertura como consecuencia del incumplimiento o de la imposibilidad de cumplimiento del convenio

Sentencia de del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2016

El Alto tribunal estima el recurso de casación interpuesto por los administradores de una entidad concursada frente a la decisión de la Audiencia Provincial de Las Palmas que declaró culpable un concurso que había sido, inicialmente, calificado como fortuito. Tras el incumplimiento del convenio y la reapertura de la sección sexta, tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal solicitaron la calificación culposa del concurso. Esta pretensión fue rechazada por el juzgado, pero estimada, en sede de apelación, por la Audiencia Provincial.

El Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida y confirma la del juzgado de primera instancia sobre la base de las siguientes consideraciones:

- (i) La calificación tras la reapertura de la sección sexta por incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento del convenio debe ser enjuiciada únicamente desde la perspectiva de los artículos 164.2.3.º, 167.2, 168.2 y 169.3 de la Ley Concursal. Esto implica que no deben ser tenidas en cuenta por la administración concursal y el Ministerio Fiscal todas las causas de calificación previstas en la Ley Concursal para la propuesta de calificación que presenten tras la reapertura de la sección sexta, sino que deben limitarse necesaria y exclusivamente a determinar si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado.
- (ii) Las normas sobre calificación del concurso deben ser interpretadas, en todo caso, de manera restrictiva y desde la perspectiva de los artículos mencionados con anterioridad.
- (iii) No es posible la aplicación del artículo 165.1.º de la Ley Concursal al retraso en la solicitud de la liquidación, puesto que no está previsto de forma expresa como causa de culpabilidad ni se establece el deber de solicitarla en los dos meses siguientes al momento en que el concursado prevea que no cumplirá el convenio. Admitir lo contrario supondría una analogía *in malam partem* expresamente vedada en nuestro Derecho.

Por todo lo anterior, la Sala fija la siguiente doctrina jurisprudencial: «*La calificación tras la reapertura por incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento del convenio debe ser enjuiciada únicamente desde la perspectiva de los arts. 164.2.3.º, 167.2, 168.2 y 169.3 LC. Lo que supone que, respecto de las causas de calificación, el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se ciñe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado*».

Concurzal. Posibilidad de compensar créditos una vez aprobado el convenio concursal y antes de que se dicte resolución respecto de su cumplimiento o incumplimiento

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

El Tribunal Supremo define la situación de concurso yacente como aquella «*en que se encuentra provisionalmente el procedimiento entre la fecha de la aprobación judicial del convenio y el auto firme que lo declara cumplido o caducadas las acciones de incumplimiento (provisionalidad que puede extenderse en el tiempo en conexión con los plazos de espera acordados)*».

Tomando como punto de partida que la quita concursal no supone una condonación ni una novación extintiva de la deuda, sino una novación modificativa, al implicar la renuncia de los acreedores a exigir al deudor el pago íntegro de su crédito, la Sala analiza tres posibles escenarios:

- (i) que el convenio se incumpla, en cuyo caso los efectos de la quita desaparecerán;
- (ii) que el convenio se cumpla parcialmente, lo que supondrá que en la liquidación se tengan por legítimos los pagos parciales efectuados, salvo que se pruebe la existencia de fraude, contravención del convenio o alteración de la *par conditio creditorum*; o,
- (iii) que el convenio se cumpla íntegramente, dando lugar a la extinción definitiva de los créditos.

La Sala de lo Civil concluye, por tanto, que durante la situación de concurso yacente, esto es, mientras no haya declaración de cumplimiento o incumplimiento del convenio, es posible la compensación de las cantidades novadas por aplicación de la quita y, en todo caso, vencidas, sin que ello afecte a la igualdad de trato entre acreedores.

Concursal. Necesidad de una «justificación añadida» para condenar a los administradores sociales a la cobertura total del déficit concursal

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de junio de 2016

La sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto conjuntamente por los administradores de una sociedad en concurso de acreedores y por la propia mercantil concursada, en el que se alegaba, entre otros motivos, la infracción de la doctrina jurisprudencial según la cual la condena a cubrir el déficit concursal no es consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable.

En concreto, en el desarrollo de este motivo, se ponía de manifiesto que, tanto en primera instancia como en sede de apelación, se había impuesto una condena a los administradores sociales a la cobertura del déficit, en su totalidad, sin valorar la gravedad objetiva de la conducta determinante de la calificación del concurso y la específica participación en ella de los administradores.

Tras analizar la jurisprudencia que interpreta el artículo 172.3 de la Ley Concursal, en la redacción anterior a la modificación operada por el Decreto Ley 4/2014, el Tribunal Supremo concluye que el pronunciamiento que condena a los administradores sociales a la cobertura de la totalidad del déficit concursal debe ser revocado. Y ello, con base en los siguientes argumentos:

(i) La condena de los administradores sociales de una sociedad concursada a pagar a sus acreedores, ya sea en todo o en parte, no puede deducirse de un modo automático de la calificación culpable del concurso, sino que requiere de una justificación añadida. Es decir, se exige una razón adicional relacionada con el objeto de condena que lo justifique.

(ii) Deben valorarse, conforme a criterios normativos y a fin de fundar el reproche necesario, los elementos objetivos y subjetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que haya determinado la calificación del concurso culpable.

(iii) No se corresponde con la lógica de la regulación concursal condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que sea ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social y que dio lugar a la calificación del concurso culpable.

Aplicando lo anterior al supuesto enjuiciado, el Tribunal Supremo considera que la sentencia recurrida, así como la de primera instancia, no valoran la gravedad de las conductas determinantes de la condena en atención a los criterios normativos de las causas de calificación del concurso como culpable, sino que se limitan a justificar que los administradores intervinieron en aquellas conductas.

Por todo ello, el Alto Tribunal revoca el pronunciamiento de condena y reprocha la existencia de un salto lógico en el razonamiento de ambas instancias, ya que no exponen (i) las circunstancias objetivas, relacionadas con los criterios normativos a que responden las distintas causas de culpabilidad apreciadas, que justificaran la condena a la cobertura del déficit concursal, y la condena a la cobertura total de dicho déficit; ni (ii) las subjetivas relativas a la imputación a los condenados de tales circunstancias que justificaban la condena a la cobertura parcial o total del déficit. En definitiva, concluye la sentencia, que resulta imprescindible una «justificación añadida».

Concursal. Validez y eficacia de una cláusula del convenio aprobado judicialmente que supedita el pago de los aplazamientos convenidos a que los acreedores comuniquen en un plazo de tres meses la cuenta corriente en la que deben realizarse las transferencias, de tal forma que si no hacen se entiende que renuncian a ese pago

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

El Tribunal Supremo analiza en esta sentencia la validez y eficacia de la cláusula contenida en el convenio de una sociedad, en la que se imponía a los acreedores la carga de comunicar la cuenta donde efectuar el pago de sus créditos, en el plazo de tres meses desde la firmeza de la aprobación del convenio, y se establecía que, de no realizarse la comunicación en plazo, se entendería que el acreedor renunciaba automáticamente y sin necesidad de comunicación o formalidad alguna al primer pago. No a los siguientes, siempre y cuando se realizara la comunicación dentro de los tres primeros meses del período de pago correspondiente.

A este respecto, el Tribunal Supremo razona que, si estuviéramos fuera del ámbito concursal, no siendo ilícito lo convenido, afectaría a las partes que prestaron su consentimiento libre y no viciado. Pero en el ámbito concursal, indica la sentencia, surge la duda de si el control judicial al tiempo de la aprobación del convenio, conforme a lo establecido en el artículo 131.1 de la Ley Concursal, permitiría aminorar el rigor de los efectos del incumplimiento de aquella carga de comunicación.

A este respecto, razona la sentencia que ni los acreedores ni el juez, de oficio, advirtieron que el convenio fuera contrario a las normas legales sobre su contenido del artículo 100 de la Ley Concursal.

De hecho, considera el Alto Tribunal que el problema planteado no afecta al alcance de la novación de los créditos propuesta y aceptada por los acreedores, sino que se limita a (i) si pueden pactarse formas de realizar los pagos; (ii) si puede imponerse a los acreedores la carga de comunicar una cuenta bancaria para recibir los pagos oportunos; y (iii) si el incumplimiento de este deber puede conllevar la pérdida del derecho al cobro del correspondiente fraccionamiento de pago.

Y, en este sentido, la sentencia concluye que esta previsión convencional no incumple los límites que respecto del contenido del convenio recoge el artículo 100 de la Ley Concursal ni infringe normas de carácter imperativo que permitan tenerla por no puesta y aplicar la norma imperativa.

Por consiguiente, el Tribunal Supremo considera que la cláusula es válida y que no existe impedimento alguno al hecho de que las partes se comprometan a comunicar la cuenta en la que realizar el pago dentro de un plazo razonable y aceptar que, de no hacerse, se entienda que han renunciado al cobro de esos pagos.

PROCESAL PENAL*

1 · JURISPRUDENCIA

[España]

Condena a un futbolista y a su padre por tres delitos contra la Hacienda Pública derivados de la omisión en las declaraciones del IRPF de las rentas procedentes de la explotación de los derechos de imagen del futbolista, aparentemente cedidos a terceras sociedades

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8.ª), de 5 de julio de 2016

La Audiencia condena a un futbolista como autor de tres delitos contra la Hacienda Pública (artículo 305 del Código Penal) por omitir en su declaración del IRPF de los ejercicios 2007, 2008 y 2009 los ingresos derivados de la explotación de sus derechos de imagen, siendo de aplicación el tipo agravado por ser las cuotas defraudadas en los tres ejercicios superiores a los 600.000 euros. Por otra parte, el tribunal condena al padre del futbolista como cooperador necesario de los tres delitos.

La sentencia considera acreditado que el futbolista cedió sus derechos de imagen primero a una sociedad radicada en Belice y posteriormente a una sociedad domiciliada en Uruguay, en ambos casos controladas por el propio acusado o por su familia. El régimen legal vigente en esos países en el momento de los hechos permitía (i) mantener la opacidad en relación con la titularidad de las sociedades y (ii) que las rentas obtenidas en el resto del mundo quedasen exentas de tributación. El tribunal entiende probado que el acusado, sirviéndose de otras sociedades interpuestas radicadas en Reino Unido y Suiza, obtuvo rentas procedentes de la explotación de sus derechos de imagen, que fueron a su vez derivadas a las sociedades de Belice y Uruguay, quedando allí exentas de tributación y permaneciendo ocultas para la Hacienda española.

La Audiencia entiende que las cesiones de los derechos de imagen a las referidas sociedades de Belice y Uruguay fueron negocios jurídicos simulados con la única finalidad de defraudar a la Hacienda española, dado que (i) la contraprestación recibida por el acusado fue irrisoria (50.000 dólares en el caso de la primera cesión, nada en el caso de la segunda) en comparación con los importes de los contratos celebrados posteriormente entre las sociedades cesionarias y los patrocinadores del futbolista, y (ii) el acusado siguió siendo el perceptor último de las rentas derivadas de la explotación de sus derechos de imagen. Además, el acusado siguió firmando, como persona física, algunos de los contratos suscritos con los patrocinadores, y ello a pesar de la cesión formal de los derechos de imagen.

* Esta sección ha sido coordinada por Ismael Clemente, y en su elaboración han participado Mario Montes Santamaría, Elisa Llop Cardenal, Pablo López Ferrer y Marta Barceló Moyano, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

La sentencia, asumiendo la tesis de los actuarios de Hacienda sobre la simulación, concluye que los rendimientos procedentes de la explotación de los derechos de imagen debieron integrarse en la base imponible del IRPF del futbolista como rendimiento del capital mobiliario, habida cuenta de que la ley fiscal española impone la obligación a los residentes fiscales en España de tributar por todas las rentas obtenidas en cualquier parte del mundo.

Por otra parte, la condena al futbolista como autor de los tres delitos contra la Hacienda Pública lo es por dolo eventual, en aplicación de la doctrina jurisprudencial de la ignorancia deliberada. Así, el tribunal entiende que, a pesar de su carencia de conocimientos fiscales, el acusado debió conocer que existía una sospecha justificada acerca de la procedencia de los ingresos derivados de la explotación de sus derechos de imagen. Y ello es así porque el acusado conocía la cesión de sus derechos de imagen a las sociedades de Belice y Uruguay, puesto que ratificó ante notario la primera de las cesiones (efectuada inicialmente por sus padres cuando aún era menor de edad) y firmó la segunda como administrador de la sociedad uruguaya. Y, a pesar de ello, nunca le extrañó que fuese él quien seguía percibiendo los ingresos derivados de la explotación de los derechos en cuestión, si bien a través de las referidas sociedades de Belice y Uruguay, países con los que —destaca el tribunal— el acusado no mantenía ningún tipo de relación ni de residencia ni de nacionalidad.

Por último, la Audiencia aprecia la concurrencia de la circunstancia atenuante de reparación del daño (artículo 21.5 del Código Penal), con carácter de muy cualificada, debido a que el acusado procedió al pago de la cuota defraudada y de los intereses con anterioridad a la celebración del juicio. Se procede, por tanto, a la rebaja de la pena en dos grados, imponiendo una pena de prisión de 7 meses por cada uno de los delitos, hasta un total de 21 meses.

Aunque la duración del procedimiento sea excesiva y el órgano judicial que determina los señalamientos del juicio oral finalmente se repunte incompetente para enjuiciar los hechos, las resoluciones por él dictadas no pueden ser consideradas intrascendentes a efectos de interrumpir la prescripción

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 10 de marzo de 2016

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por el acusado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de mayo de 2015 que había acordado condenarlo por un delito de apropiación indebida por hechos que tuvieron lugar en los meses de abril, mayo y junio de 1993. En esas fechas, el acusado, que era socio y administrador de una agencia de viajes, vendió billetes de avión que habían sido entregados por Iberia a esa agencia en calidad de depósito, y dejó de ingresar posteriormente a la compañía aérea la cuantía correspondiente al importe de los billetes, una vez deducida la comisión de agencia que le correspondía.

La Audiencia condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito continuado de apropiación indebida, con la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, pues desde el auto de apertura del juicio oral ante el Juzgado de lo Penal de 13 de julio de 2009 hasta el auto de 4 de febrero de 2015 en virtud del cual se elevan las actuaciones a la Audiencia Provincial transcurrieron cinco años. Pero el ahora recurrente considera que el 13 de julio de 2014 habría prescrito el delito por falta de actuaciones de persecución, pues aunque se practicaron diligencias que ordenaban señalamientos del juicio oral a lo largo del año 2012, tales providencias no tienen la virtualidad de interrumpir la prescripción por tratarse de «*actos inocuos sin relevancia procesal*».

Señala el Tribunal Supremo que «*sólo tiene virtud interruptora de la prescripción aquellas resoluciones que ofrezcan un contenido sustancial, propio de una puesta en marcha del procedimiento, reveladoras de que la investigación o el trámite procesal avanza superando la inactivación y la parálisis. Únicamente cuando los actos procesales están dotados de auténtico contenido material puede entenderse interrumpida la prescripción*». En efecto, las resoluciones sin contenido sustancial no pueden ser tomadas en cuenta a efectos de interrupción, es decir, que solo tienen virtud interruptora las resoluciones que ofrecen un contenido sustancial propio de una puesta en marcha y prosecución del procedimiento, en definitiva, reveladora de que la investigación avanza, consumando sus sucesivas etapas.

Pero la prescripción no opera cuando la paralización del procedimiento se debe a que el Juzgado en cuestión tiene un volumen de trabajo tal que no puede señalar el juicio con anterioridad, pues esa espera no le es imputable. Por tanto, la resolución que señala la fecha del juicio, acordando así la espera para el señalamiento, sí tiene efectos interruptores del plazo prescriptivo.

En el caso de autos, el Juzgado de lo Penal, que inicialmente se creyó competente para el enjuiciamiento, dictó resoluciones cuya aptitud para interrumpir la prescripción hubiera sido indudable de haber sido dictados por la Audiencia Provincial, tales como autos de señalamiento y citación para el desarrollo de la vista (que fue suspendida en varias ocasiones debido a la incomparecencia de las partes). El que finalmente ese Juzgado no sea competente no puede hacer que las diligencias por él acordadas pierdan su carácter interruptivo del plazo prescriptivo, y ello porque (i) se han desplegado actuaciones que sirven para el desarrollo del juicio ante la Audiencia Provincial; y (ii) las actuaciones declaradas nulas en el proceso penal no pierden por ello la eficacia interruptiva que tuvieron en su momento.

En consecuencia, no ha transcurrido el plazo de prescripción señalado para el delito, pese a la efectiva duración excesiva del procedimiento, lo que debe dar lugar a la estimación de la atenuante de dilaciones indebidas apreciada como muy cualificada.

Delito alzamiento de bienes: el traspaso de la totalidad de bienes personales a una sociedad patrimonial no supone *per se* una imposibilidad o dificultad para la satisfacción del crédito ni tampoco una ocultación patrimonial

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 22 de junio de 2016

El Tribunal Supremo estima los recursos de casación interpuestos por los tres acusados contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 31 de julio de 2015, que condenó a los dos primeros por la comisión de un delito de alzamiento de bienes y al tercer acusado, por la comisión de un delito de estafa por doble venta de inmueble.

El relato de hechos probados de la sentencia recurrida describe cómo los dos primeros acusados, a través de una sociedad promotora de su propiedad, vendieron diversos pisos y plazas de *parking* de un edificio que proyectaban construir. Para poder financiar la obra, las partes acordaron en el contrato de compraventa que, además del precio abonado, los vendedores podrían hipotecar el piso y plaza de *parking* vendidos, con la condición de que las cargas fueran canceladas al finalizar las obras, comprometiéndose uno de los acusados a avalar el precio abonado por la compra del inmueble.

De acuerdo con lo anterior, la sociedad promotora de los acusados suscribió con una entidad financiera un préstamo hipotecario sobre el piso y la plaza de *parking* vendidas al denunciante, que poco después fue ampliado. La sociedad promotora dispuso del precio y del préstamo hipotecario, dejando de atender las cuotas de este que le llegaban, razón por la cual no elevó a público la escritura de finalización de las obras ni tampoco entregó de manera efectiva el inmueble al denunciante.

Una vez finalizada la obra, los acusados, con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones, constituyeron una nueva sociedad a la que aportaron la totalidad de sus bienes personales. Poco después, transmitieron las participaciones de la sociedad promotora al tercer acusado, quien a cambio pagó un precio simbólico. Finalmente, el tercer acusado, en representación de la sociedad adquirida, cedió en dación en pago a una filial de la entidad financiera el piso y la plaza de *parking* vendidos al denunciante para saldar las deudas de la sociedad promotora.

El Alto Tribunal estima los motivos casacionales interpuestos por infracción de ley y vulneración de la presunción de inocencia, absolviendo a los acusados de los delitos por los que fueron condenados, sobre la base de los siguientes argumentos:

(i) Respecto del delito de alzamiento de bienes, el Tribunal Supremo sostiene que el relato de hechos describe cómo los acusados transmitieron los bienes inmuebles de su titularidad a una nueva sociedad, sin constar ninguna enajenación posterior de estos. Consecuentemente, la operación únicamente supuso la sustitución de los bienes por unas participaciones de una sociedad patrimonial solvente. Además de lo anterior, en la sentencia de instancia no existe ningún dato que permita concluir que con dicha aportación se produjo una imposibilidad o una seria dificultad para la satisfacción de la cantidad avalada, ni tampoco que supusiera una dificultad para localizar los activos, al constar las participaciones debidamente inscritas en el Registro Mercantil. Por otro lado, la dación en pago realizada a la sociedad filial de la entidad financiera tampoco reúne los elementos del tipo del delito de alzamiento de bienes, ya que para ello los bienes cedidos deberían tener un valor injustificado respecto de la deuda que se pretende cancelar, a lo que debe añadirse que el bien jurídico protegido

en el delito de alzamiento de bienes no es la prelación de créditos, sino el derecho de los acreedores a ver satisfecho su crédito a través del patrimonio del deudor.

(ii) Respecto del delito de estafa por doble venta por el que se condenó al tercer acusado, el Alto Tribunal sostiene que la tesis defensiva presenta la misma consistencia indiciaria que la de la acusación, por lo que no cabe concluir que se haya probado más allá de toda duda razonable que el acusado conocía y sabía la enajenación precedente del inmueble y de la plaza de *parking*.

La determinación de la cantidad exacta del gas contaminante emitido por los acusados no es necesaria para acreditar la concurrencia del tipo del art. 325 CP

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 31 de mayo de 2016

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los acusados contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de noviembre de 2015, en la que se les condenó por un delito contra el medio ambiente.

Los acusados ostentaban los cargos de administrador único y encargado de planta de una sociedad autorizada para descontaminar aparatos de refrigeración. Esta sociedad se dedicaba a extraer el gas contaminante que contienen estos aparatos, que no puede ser legalmente liberado a la atmósfera. La Audiencia consideró probado que, durante cuatro años, los acusados no realizaron correctamente la descontaminación de los aparatos de refrigeración, tratando la mayoría de los materiales como chatarra en una planta fragmentadora en lugar de hacerlo en la planta descontaminadora, permitiendo así la expulsión reiterada de los gases nocivos a la atmósfera.

El motivo único del recurso de los acusados contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza se funda en la vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, que habría sido producida por una valoración irracional de la prueba, particularmente en cuanto a la prueba testifical y pericial practicada. Así, el recurso de los acusados solo cuestiona la prueba practicada sobre la expulsión de los gases contaminantes a la atmósfera, sin atacar el elemento normativo consistente en la infracción administrativa ambiental o el resultado de grave peligro potencial para equilibrio de los sistemas naturales que también integran el tipo penal del art. 325CP.

El Tribunal Supremo trae a colación en su sentencia la reiterada jurisprudencia sentada sobre valoración de la prueba en casación, según la cual, salvo en aquellos supuestos en los que constate irracionalidad o arbitrariedad, no puede suplantar la valoración directa de la prueba hecha por el Tribunal sentenciador. Para ello, la Sala debe examinar (i) que la prueba de cargo sea suficiente y válida, y (ii) que se haya valorado razonablemente por el juez *a quo*.

El Alto Tribunal desestima el motivo casacional planteado, al considerar que la valoración probatoria de la Sala sentenciadora es plenamente razonable y no se puede apreciar en ella arbitrariedad alguna. Dicha decisión se basa en los siguientes argumentos:

(i) La prueba testifical plural, que incluyó a trabajadores de la empresa y a agentes policiales especializados del SEPRONA, junto con el análisis de unas fotografías obrantes en las actuaciones y con muestras de materiales recogidos *in situ*, permiten concluir de forma razonada y razonable que el tratamiento dado por los acusados a los aparatos de refrigeración provocó la emisión de gases contaminantes a la atmósfera. Se realizó así la acción típica subsumible en el artículo 325 CP.

(ii) La prueba pericial cuya valoración se cuestiona por los acusados ha tendido a determinar la cuantía de las emisiones, siendo incuestionable su realidad. Sin embargo, según el Alto Tribunal, la determinación de la cantidad exacta del gas contaminante emitido a la atmósfera no es necesaria para acreditar la aplicabilidad del tipo del artículo 325 CP, puesto que la prueba testifical practicada bastó para acreditar que los acusados provocaron emisiones de gases contaminantes durante cuatro años y que estas emisiones procedían de un número muy elevado de aparatos frigoríficos. La acreditación de este hecho, junto con la elevada peligrosidad de estos gases para la atmósfera, permite estimar que estas emisiones continuadas constituyen un peligro potencial para el equilibrio de los sistemas naturales, concurriendo así los tres elementos del delito ecológico del artículo 325 CP.

En cualquier caso, y como la determinación del gas emitido solo se puede realizar mediante cálculos aproximados, el Tribunal emplea informes periciales aportados por la acusación para hacer un cálculo aproximado y razonado de estas cantidades, en beneficio del reo.

[Portugal]

Uniformização de Jurisprudência – Concurso Superveniente de Crimes

Acórdão n.º 9/2016 – Supremo Tribunal de Justiça (DR 111, Série I, de 2016-06-09)

No presente acórdão, o STJ foi chamado a pronunciar-se – em sede de recurso para uniformização de jurisprudência – sobre o momento temporal relevante para a determinação da existência de um concurso superveniente de crimes.

Em concreto, trata-se de aferir a partir de que momento se encontra excluída a possibilidade de considerar verificados os requisitos do concurso para efeitos de aplicação de uma pena única pela prática de vários crimes. Sendo certo que a alternativa à aplicação de uma pena única passa por aplicar penas individuais por cada crime, o que normalmente será mais gravoso para o arguido.

O STJ fixou jurisprudência no sentido de que o limite temporal a ter em conta para a verificação dos pressupostos do concurso de crimes, com conhecimento superveniente, é o do trânsito em julgado da primeira condenação por qualquer dos crimes em concurso.

PROPIEDAD INTELECTUAL*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Régimen jurídico de obras huérfanas en el marco de la Agenda Digital para Europa

Real Decreto 224/2016, de 27 de mayo, por el que se desarrolla el régimen jurídico de las obras huérfanas (BOE de 27 de mayo de 2016)

El Real Decreto desarrolla el artículo 37 bis del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual («TRLPI») y, en su virtud, se incorporan al Derecho español los aspectos de la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas, publicada en el marco de la Agenda Digital para Europa.

En su articulado, el reglamento regula los procedimientos de declaración de obra huérfana destinados a su digitalización y puesta a disposición en línea; de búsqueda diligente para la determinación de la condición de obra huérfana; de determinación del fin de dicha condición; y de la compensación equitativa correspondiente para los titulares de derechos de propiedad intelectual.

Asimismo, regula los usos autorizados de las obras huérfanas que suponen límites al derecho de reproducción y de puesta a disposición del público, en la forma establecida en el artículo 20.2.i) del TRLPI.

El texto se estructura en siete artículos organizados en torno a tres capítulos, además de cinco disposiciones adicionales y un anexo en el que se enumeran las fuentes a consultar para llevar a cabo un procedimiento de búsqueda diligente con el objeto de identificar y localizar al titular o titulares de los derechos de autor sobre la obra huérfana, para aquellos casos en los

* Esta sección ha sido coordinada por Agustín González. Para su elaboración ha contado con la colaboración de Nora Oyarzabal, María García y Teresa García-Barrero, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

que la obra no consta en la base de datos de obras huérfanas creada y administrada por la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea. Se trata de un procedimiento de obligado cumplimiento previo al uso de la obra y que debe realizarse de buena fe por las entidades beneficiarias.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

La difusión de emisiones de televisión mediante aparatos instalados en las dependencias de un centro de rehabilitación constituye un acto de comunicación al público

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 31 de mayo de 2016 (as. C-117/15)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») resuelve varias cuestiones prejudiciales que fueron presentadas en el marco de un litigio entre una sociedad que explota un centro de rehabilitación y GEMA, la entidad de gestión colectiva de derechos de autor del ámbito musical en Alemania, relativo al pago del canon por los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor correspondiente a la puesta a disposición de obras protegidas en las dependencias del centro de rehabilitación.

En concreto, el centro de rehabilitación permitía a personas víctimas de un accidente recibir en sus dependencias un tratamiento posoperatorio. Las dependencias de este contaban con televisores instalados en tres de sus salas, mediante los cuales se emitían obras protegidas sin que se hubiera solicitado autorización alguna a GEMA. Por este motivo, GEMA demandó al centro de rehabilitación al considerar que esta puesta a disposición constituye un acto de comunicación al público de obras incluidas en el catálogo que gestiona y solicitó el abono de una indemnización de daños y perjuicios. La acción fue estimada en primera instancia, decisión que fue recurrida en apelación por el centro de rehabilitación. El tribunal de apelación suspendió el procedimiento y planteó las cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

En este contexto, el TJUE examina si la difusión de emisiones de televisión mediante aparatos instalados por el explotador de un centro de rehabilitación, dirigidas a sus pacientes, constituye una comunicación al público al amparo de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, y la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. Asimismo, dilucida acerca de si el concepto de comunicación al público debe interpretarse de manera uniforme en ambos textos legales.

En primer lugar, la Sala establece que ambos textos normativos merecen una interpretación homogénea, de manera que el concepto de comunicación al público recogido en cada uno de ellos conlleva el cumplimiento de unos mismos requisitos, por lo que las dos Directivas resultan de aplicación al caso concreto.

A continuación, el TJUE recuerda su jurisprudencia relativa a los criterios de apreciación de una comunicación pública: que debe existir un acto de comunicación, que incluye toda transmisión de obras protegidas, con independencia del medio o proceso técnico utilizado, realizado deliberadamente por un usuario; que esa comunicación debe realizarse a un público, entendiendo por tal un número indeterminado de destinatarios potenciales que constituyan un número considerable de personas; y que, además, ese público debe ser nuevo, es decir, un público distinto a aquel pretendido inicialmente con la comunicación de origen de la obra por parte de su autor o sus derechohabientes.

En un caso como el del litigio principal, se transmiten obras protegidas deliberadamente a una clientela mediante aparatos de televisión instalados en varios lugares del establecimiento, por lo que debe considerarse que se realiza un acto de comunicación. Además, el círculo de personas constituido por los pacientes es lo suficientemente significativo como para constituir un público, y dicho público es distinto al inicialmente previsto por los titulares de derechos sobre

las obras y, por tanto, nuevo, ya que si las dependencias del centro no contasen con aparatos de televisión, los pacientes no tendrían acceso a aquellas.

Asimismo, se precisa que el carácter lucrativo de la comunicación ha de tenerse en cuenta para determinar la cuantía de la remuneración debida por la difusión. En el supuesto concreto, este carácter lucrativo se aprecia por el hecho de que la emisión de obras protegidas por parte del centro constituye una prestación de servicios adicional que, aun careciendo de interés médico, influye sobre su categoría y atractivo, proporcionándole por ello una ventaja competitiva.

El TJUE declara que el concepto de «intermediario» es aplicable tanto en el mercado electrónico como en el mercado físico

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de julio de 2016 (as. C-494/15)

El TJUE resuelve dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo checo en el marco de un litigio entre varias compañías que fabrican y distribuyen productos de marca y Delta Center —una sociedad que es arrendataria de un mercado cubierto de Praga y subarrienda a comerciantes los diferentes puntos de venta situados en dicho mercado— en relación con la obligación de los Estados miembros de garantizar a los titulares de derechos de propiedad intelectual la posibilidad de solicitar que se dicte un mandamiento judicial contra los intermediarios cuyos servicios hayan sido utilizados por terceros para infringir tales derechos (artículo 11 de la Directiva 2004/48/CE, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual).

En particular, las actoras, tras haber observado que en ese mercado se vendían falsificaciones de sus productos, interpusieron una demanda frente a Delta Center al considerar que no estaba tomando las medidas necesarias para salvaguardar los derechos de propiedad intelectual de las demandantes y solicitaron, entre otros, que se dictara un mandamiento judicial contra Delta Center destinado a impedir la continuación de la infracción de los derechos de propiedad intelectual que se estaba llevando a cabo en el mercado. Tanto el Tribunal de Primera Instancia como el de segunda desestimaron la solicitud de requerimiento judicial y las demandantes interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo checo.

En este contexto, el tribunal remitente plantea al TJUE, en esencia, si el artículo 11 de la Directiva 2004/48 debe interpretarse en el sentido de que (i) el concepto de «intermediario cuyos servicios hayan sido utilizados por terceros para infringir un derecho de propiedad intelectual», a efectos de dicha disposición, incluye al arrendatario de un mercado cubierto que subarrienda los diferentes puestos de venta situados en dicho mercado a comerciantes, alguno de los cuales utilizan su puesto para vender mercancías que constituyen falsificaciones de productos de marca; y (ii) los requisitos a los que está sometido un requerimiento judicial, a efectos de esta disposición, dirigido a un intermediario que presta un servicio de arrendamiento de puestos de venta en mercados cubiertos, son idénticos a los aplicables a los requerimientos judiciales que pueden dirigirse a los intermediarios en un mercado electrónico, enunciados por el TJUE en la sentencia de 12 de julio de 2011, L'Oréal y otros (asunto C-324/09).

El TJUE responde a ambas cuestiones en sentido afirmativo, aclarando que la distinción entre mercado electrónico o mercado físico carece de incidencia en la interpretación del artículo 11 de la Directiva 2004/48, ya que de la Directiva no se desprende que su ámbito de aplicación se limite al comercio electrónico.

Los tribunales nacionales pueden obligar a las entidades de gestión a concluir licencias de derechos de autor fijando la retribución a pagar si no se logra el acuerdo entre la entidad de gestión y el usuario durante un período de tiempo dilatado

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 12 de julio de 2016

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos («TEDH») resuelve mediante esta sentencia un recurso interpuesto por la entidad de gestión de derechos de autor letona AKKA/LAA frente al Gobierno de Letonia. En el año 2004, el Tribunal Supremo letón resolvió dos procedimientos que enfrentaban a la entidad de gestión con dos organismos de radiodifusión, uno privado y otro público, motivados por la falta de acuerdo respecto a la retribución que estos debían pagar a la entidad de gestión por la comunicación pública de las obras musicales de su repertorio en sus emisiones.

Entre sus reivindicaciones, la entidad instaba al cese en el uso de las obras musicales por parte de los organismos de radiodifusión y, con sus particularidades, en sendos procedimientos el alto

tribunal letón desestimó la pretensión y obligó a que las partes concluyeran licencias de uso a unos determinados precios considerados equitativos.

En esencia, la entidad de gestión argumenta frente al TEDH que los tribunales locales han restringido indebidamente los derechos de exclusiva de sus representados en la medida en que obligándoles a licenciar sus obras a unas se contraviene el derecho exclusivo del autor, protegido por el artículo 1 del Protocolo número 1 a la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (la «Convención»).

No obstante, el TEDH declara que, ante una situación como la enjuiciada, en la que se ha dilatado en el tiempo la falta de acuerdo entre una entidad de gestión de derechos de autor y una entidad usuaria de tales derechos por desencuentros en cuanto a las tarifas, los tribunales nacionales no vulneran el artículo 1 del Protocolo número 1 a la Convención si compelen a las partes a concluir un acuerdo de licencia y fijan las tarifas que se deben pagar. Para ello, las medidas adoptadas a efectos del acuerdo deben superar el test de ser legales, equilibradas y perseguir un fin legítimo, que se estima superado en el supuesto enjuiciado.

Asimismo, el TEDH determina que, en este tipo de enfrentamientos en los que hay una clara voluntad entre las partes de suscribir una licencia y el punto de desencuentro es la cuantía concreta a satisfacer por ella, ordenar el cese de la explotación de las obras no constituye una medida adecuada para satisfacer los intereses de los titulares de los derechos de autor. Dichos intereses comprenden la obtención del máximo beneficio posible por la explotación de sus obras y, con la medida de cesación, los autores se ven privados de cualquier ingreso con origen en esos usos.

Los establecimientos que ofrecen conexión Wi-Fi gratuita no son responsables por las infracciones de derechos de propiedad intelectual cometidas en su red por terceros, pero podrían verse obligados a implementar medidas de prevención, como contraseñas de acceso a la red

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de septiembre de 2016 (as. C-484/14)

Esta sentencia se dicta como consecuencia de un litigio surgido entre el señor McFadden, comerciante alemán propietario de un local de venta y alquiler de material de iluminación y sonido, y la productora de fonogramas Sony Music Entertainment Germany GmbH («Sony»). El señor McFadden ofrecía acceso libre y gratuito a una red Wi-Fi a sus clientes con el fin de aumentar el tráfico de su tienda *online* y, en esencia, con fines promocionales. En el año 2010, la red fue utilizada para poner a disposición del público, sin autorización, una obra musical cuyos derechos fonográficos ostenta Sony. Tras el oportuno requerimiento de cese e indemnización por parte de la multinacional discográfica, el señor McFadden interpuso demanda declarativa sobre su ausencia de responsabilidad en la infracción. Tras la oposición de Sony, el tribunal de primera instancia desestimó la demanda del Sr. McFadden y estimó las reconventiones de Sony. La resolución fue recurrida en apelación y, en esa instancia, el Tribunal Regional Civil y Penal de Múnich I (*Landgericht München I*), suspendió el procedimiento y planteó múltiples cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

En su resolución, el TJUE determina que ofrecer de manera gratuita, como venía haciendo el señor McFadden, una red Wi-Fi de acceso a internet con fines publicitarios, constituye un servicio de la sociedad de la información en el sentido del artículo 12, apartado 1 de la Directiva 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior y convierte al señor Mc. Fadden en prestador de servicios de mera transmisión sujeto al régimen jurídico de responsabilidad previsto en él.

Por tanto, para beneficiarse de la exención de responsabilidad prevista en el artículo 12.1 de la Directiva 2000/31 respecto a la infracción de derechos de propiedad intelectual denunciada, basta con que se cumplan los requisitos previstos en el precepto —esencialmente, que el prestador no haya iniciado la transmisión de los datos requerida por el usuario, que no haya elegido al receptor de dichos datos y que no haya intervenido en su contenido—. En resumen, los denominados servicios de «*mere conduit*» deben ceñirse a ofrecer un procedimiento técnico, automático y pasivo que garantice la ejecución de la transmisión de datos requerida por el receptor del servicio.

El TJUE recuerda que a esta modalidad de prestadores no le es exigible por analogía el requisito previsto para los prestadores de servicios de alojamiento de datos en el artículo 14, apar-

tado 1, letra b) de la Directiva 2000/31, de actuar con prontitud para retirar los datos o impedir el acceso a ellos en cuanto tienen conocimiento efectivo de que la información almacenada es ilícita.

Una vez analizado su régimen de responsabilidad, el TJUE se pronuncia respecto de las acciones que se ofrecen al titular de derechos de propiedad intelectual perjudicado frente al prestador de servicios de la sociedad de la información de mera transmisión. En línea con lo expuesto, el TJUE confirma que el perjudicado no puede reclamarle los daños y perjuicios sufridos con la infracción ni reivindicar el reembolso de los gastos relativos al requerimiento extrajudicial o las costas judiciales.

Sin embargo, el titular perjudicado sí puede instar las medidas previstas en el artículo 8.3 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, que permiten requerir la colaboración del prestador intermediario para lograr el cese de la infracción. Por su parte, el TJUE se pronuncia expresamente acerca de la posibilidad de que el perjudicado solicite el pago de los gastos inherentes al requerimiento extrajudicial y las costas judiciales cuando la medida resulte de la adopción de un requerimiento dictado por una autoridad o un tribunal nacional que prohíba al prestador continuar en la infracción.

Finalmente, el TJUE realiza una interpretación conjunta de los apartados 1 y 3 del artículo 12 de la Directiva 2000/31 tomando en consideración los derechos fundamentales enfrentados en el supuesto. El TJUE reconoce que existe un conflicto entre, por un lado, el derecho fundamental a la propiedad, que incluye el derecho a la protección de los intereses de Sony como productor fonográfico y, por otro lado, los derechos fundamentales de libertad de empresa del Sr. Mc Fadden y de libertad de información de los usuarios de la red Wi-Fi. Corresponde al tribunal remitente ponderar los derechos enfrentados velando por que se respete un justo equilibrio, pero el TJUE dispone que una medida como proteger la conexión a Internet mediante una contraseña de acceso no conculcaría el derecho fundamental a la libertad de empresa ni el derecho fundamental a la libertad de información. Resultaría, por tanto, una medida equilibrada.

[España]

Requisitos para la calificación de un proyecto empresarial como obra colectiva

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sala de lo Civil, de 19 de febrero de 2016

En esta sentencia, la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid se pronuncia acerca de los requisitos impuestos a las obras calificadas como «obras colectivas» en virtud del artículo 8 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual («TRLPI»). El procedimiento se inició con motivo de un enfrentamiento por el plagio del guion de un proyecto sobre protección de datos creado por la compañía demandante al detectar que una asociación dedicada a la defensa del derecho a la protección de datos personales había publicado un proyecto esencialmente análogo al suyo.

La actora, en calidad de titular de los derechos de explotación sobre el guion, ejercitó demanda declarativa de derechos, acción de cesación, remoción e indemnización de daños y perjuicios de conformidad con los artículos 138, 139 y 140 del TRLPI a la vista de que la demandada había accedido a una subvención de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y de que había suscrito un convenio de colaboración con la Agencia Española de Protección de Datos en cuya virtud se habían publicado varios manuales y guías en el sitio web de esta última coincidentes con su proyecto.

Desde un inicio, la asociación demandada asumió las irrefutables coincidencias entre los dos proyectos, pero, en defensa de su posición, adujo que el proyecto de la demandante era una mera aportación a una obra colectiva distinta, su proyecto, cuyos derechos ostentaba. La Audiencia Provincial rechaza las pretensiones de la demandada en ese sentido y falla que su proyecto no puede ser considerado como tal, recordando que el artículo 8 TRLPI impone tres criterios que se desatienden en este caso:

(i) en primer lugar, es preciso que haya una aportación de cada autor con la entidad suficiente para que no pueda confundirse con una mera colaboración o con un acto de ejecución del proyecto. Para medir esa «entidad suficiente», la Sala aclara que no se trata de una cuestión aritmética, sino que ha de atenderse al carácter necesario o decisivo de la aportación respecto del conjunto de la obra;

(ii) en segundo lugar, la obra ha de realizarse por iniciativa de un tercero, iniciativa que no equivale a la mera ideación, sino que ha de conectarse con la idea de impulso para la efectiva materialización del proyecto. Es decir, debe haber acciones concretas por parte de la persona física o jurídica que edita y divulga la obra para reunir los recursos necesarios en la creación; y

(iii) por último, la persona física o jurídica que edita y divulga la obra bajo su nombre debe demostrar una efectiva coordinación creativa, que puede concretarse, entre otros aspectos, en la definición del objeto de la obra, la conformación del equipo humano para su elaboración, el establecimiento de un plan de trabajo con asignación de tareas y la validación del resultado final.

Ninguno de los extremos anteriores fueron probados por la demandada. En concreto, la Sala destaca que no hay constancia documental de reuniones de la demandada o de borradores posteriores al proyecto de la actora hasta la aparición del proyecto plagiado.

Finalmente, la Audiencia concluye que, efectivamente, sí hay plagio del proyecto de la actora en el proyecto de la demandada y que, por tanto, debe indemnizarse y cesarse en la explotación del «resultado tangible del plagio». Sin embargo, a la vista de la naturaleza de «apuntes de orden general acerca de las características de una obra futura» del objeto plagiado, la obligación de cesación impuesta no alcanza a las obras que son el resultado de la implementación o la ejecución del proyecto de la demandada.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco acoge que el Gobierno Vasco pueda autorizar, sin contar con el Ministerio de Cultura, a aquellas entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual que actúen de forma exclusiva o mayoritaria en el ámbito de la Comunidad Autónoma

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de mayo de 2016

En esta resolución, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco («TSJPV») desestima un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Administración General del Estado frente a una resolución del departamento de educación, política lingüística y cultura del Gobierno Vasco en virtud de la cual se autoriza a la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual de ámbito autonómico Euskal Kulturgileen Kidego Ekki Federazioa («EKK») para actuar, de forma exclusiva o mayoritaria, en el ámbito del País Vasco.

En su reclamación, la Abogacía del Estado alega que el artículo 147 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual («TRLPI»), en relación con el artículo 149.1.9.^ª de la Constitución Española (competencia legislativa estatal en materia de propiedad intelectual), reserva al Ministerio de Cultura la competencia para autorizar a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.

Sin embargo, el TSJPV funda su resolución en la doctrina constitucional previa desarrollada en relación con el Estatuto de Autonomía de Cataluña, en cuya virtud se ha dispuesto que los actos de autorización y revocación de una entidad de gestión pueden albergarse dentro de la función ejecutiva de la legislación estatal en materia de propiedad intelectual que ostentan algunas Comunidades Autónomas a través de sus estatutos de autonomía (Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio).

En la medida en que compete al Estado legislar en materia de propiedad intelectual, este puede reservarse para sí mismo o delegar en las Comunidades Autónomas la autorización de entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual. Por tanto, mediante la aprobación de Estatutos de Autonomía como los de Cataluña y el País Vasco, en los que se incluye expresamente la autorización y la revocación de las entidades de gestión de ámbito autonómico entre las facultades de la Comunidad, el Gobierno empleó su facultad legisladora para conceder a las Comunidades Autónomas tal posibilidad.

Por tanto, el TSJPV concluye que la competencia atribuida al Ministerio de Cultura para otorgar las autorizaciones a las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual viene referida a aquellas que tengan un ámbito de actuación estatal o de ámbito de más de una Comunidad Autónoma, mientras que la Comunidad Autónoma del País Vasco es competente para autorizar entidades de gestión cuyo ámbito se ciñe al País Vasco.

Agotamiento de los derechos de explotación del titular de los programas de ordenador

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de junio de 2016

En esta resolución, el Tribunal Supremo («TS») resuelve un litigio entre las compañías Microsoft Corporation, Adobe Systems Incorporated y Autodesk Incorporated contra Bittia Comunicación, S.L. («Bittia»), originado con motivo de la instalación en las dependencias de esta última de programas de ordenador titularidad de las demandantes sin contar con licencia para ello. La demandada había obtenido las copias de dichos programas a través de una tercera compañía, Isastur, y, a su vez, había puesto a disposición de otras dos empresas copias adicionales sin autorización. En esas circunstancias, las demandantes instaron la declaración de sus derechos, la cesación en la conducta ilícita y la indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

Bittia, en su defensa, invocó el agotamiento del derecho de distribución de los programas de ordenador que recoge el artículo 99.c) párrafo segundo del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual («TRLPI»), que traspone el artículo 4 de la Directiva 2009/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador («Directiva 2009/24»). En su virtud, la primera venta en la Unión Europea de una copia de un programa de ordenador por el titular de los derechos o con su consentimiento, agota el derecho de distribución de dicha copia, salvo el derecho de controlar el subsiguiente alquiler del programa o de una copia suya. La defensa de Bittia no fue acogida y la demanda fue estimada íntegramente por el Juzgado de lo Mercantil de Gijón y esencialmente confirmada por la Audiencia Provincial de Oviedo, que únicamente estimó el recurso de Bittia en materia de costas.

En la resolución, el TS precisa bajo qué circunstancias se pueden entender cumplidos los requisitos de la figura del agotamiento en el marco de la explotación de programas de ordenador para concluir que las instancias previas acertaron al no detectarlas en este supuesto. Recuerda que, en consonancia con la jurisprudencia comunitaria en la materia —sentencia de 3 de julio de 2012, dictada en el asunto C-128/2011, UsedSoft GmbH y Oracle International Corp.— la concesión de una licencia de uso por tiempo indefinido, junto con la puesta a disposición del programa, ya sea en soporte material o inmaterial (*i. e.*, licencia *online*), supone una transferencia del derecho de propiedad de la copia del programa equiparable a la venta que, efectivamente, agota el derecho del titular en los términos expuestos.

El TS aboga por una interpretación amplia del término «venta» incluido en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, en el sentido de que engloba todas las modalidades de comercialización de un producto que se caracterizan por la entrega del derecho de uso de una copia de un programa de ordenador por tiempo indefinido a cambio del pago de un precio que permita al titular de los derechos de autor obtener la remuneración correspondiente al valor económico de la copia de la obra de la que es propietario.

Pero, aun con todo, concluye que en el supuesto no hay una venta que conlleve el agotamiento, dado que entre Isastur y Bittia no se produjo una venta, sino un alquiler de copias del programa. El razonamiento se funda en que la puesta a disposición de los programas en favor de Bittia realizada por Isastur no llevó aparejada la inutilización de las copias de los programas obrantes en manos de esta última. De hecho, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el adquirente inicial que procede a la reventa de una copia de un programa de ordenador respecto de la que se ha agotado el derecho de distribución debe inutilizar la copia descargada en su ordenador en el momento de revenderla, en aras de no vulnerar el derecho exclusivo a la reproducción del programa que corresponde a su titular de derechos de autor.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto y confirmó la vulneración de los derechos de autor de las sociedades demandantes.

Necesidad de recabar la autorización de las entidades de gestión para comunicar públicamente las obras de su repertorio, salvo en aquellos casos en los que se acredite la autorización del titular del derecho exclusivo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de julio de 2016

En el marco de un conflicto entre la sociedad de gestión de autores y editores («SGAE») con el Ayuntamiento de Telde, la SGAE interpuso una reclamación por la comunicación pública no autorizada de obras musicales de su repertorio, en el contexto de una serie de conciertos celebrados en las fiestas patronales de la localidad de Telde entre los años 2002 y 2008. Por su parte, el Ayuntamiento se opuso a la demanda en base a que la explotación de varias de las obras en cuestión había sido contratada directamente con sus propios autores, que reunían además la condición de artistas intérpretes de sus propias obras.

Tras agotar las instancias previas, la SGAE interpuso recurso de casación que el Tribunal Supremo estimó parcialmente. En su resolución el Supremo interpreta el artículo 150 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual («TRLPI»), y confirma la legitimación de las entidades de gestión para reclamar la remuneración correspondiente a la realización de actos de comunicación pública respecto de las obras bajo su custodia, sin necesidad de acreditar la representación de cada uno de sus miembros y asociados.

No obstante, el propio artículo establece que el demandado podrá fundar su oposición, entre otros, en la autorización del titular del derecho exclusivo. El Alto Tribunal aclara que no puede considerarse que el contrato de gestión excluya la autorización del autor como excepción a la reclamación de la entidad de gestión, ya que lo contrario vaciaría de contenido la previsión normativa. Por tanto, se reconoce la posibilidad de oponer tal excepción, aunque la carga de la prueba relativa a la autorización del autor recae sobre el obligado al pago. Ordinariamente, la autorización será expresa y estará documentada, pero no es estrictamente necesario que se haya realizado por escrito. En los casos en que los propios autores titulares en exclusiva de una obra musical son quienes la interpretan, se entiende tácitamente que están de acuerdo con el acto de comunicación pública y que la remuneración que han recibido incluye la adeudada por ese concepto. No obstante, corresponderá al obligado al pago probar cuáles fueron las obras interpretadas por tales artistas que reúnen a su vez la condición de autores.

Por todo ello, la acción de la SGAE prospera respecto de aquellas obras interpretadas por quienes no son sus titulares exclusivos de derechos de autor. Como consecuencia, se ordena al Ayuntamiento de Telde a cesar de la comunicación pública de las obras del repertorio de la SGAE, salvo respecto de aquellas obras directamente interpretadas por sus titulares exclusivos de derechos de propiedad intelectual.

SALUD Y ALIMENTACIÓN*

JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Aplicabilidad del Reglamento 1924/2006/CE a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en comunicaciones dirigidas a profesionales sanitarios

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 14 de julio de 2016

La sentencia resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Regional Civil y Penal de Múnich I al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relativa a la interpretación del artículo 1, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 1924/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006 relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos (el «Reglamento»). Este precepto establece que «el Reglamento se aplicará a las

* Esta sección ha sido coordinada por Beatriz Cocina, y redactada por Ruth Trullenque, Santiago Punte y Alejandro Abad, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

declaraciones nutricionales y de propiedades saludables efectuadas en las comunicaciones comerciales, ya sea en el etiquetado, la presentación o la publicidad de los alimentos que se suministren como tales al consumidor final».

Gira, pues, la sentencia en torno al ámbito de aplicación del Reglamento, analizando en particular si la prohibición de declaraciones de propiedades saludables no autorizadas conforme al artículo 10, apartado 1, se extiende a aquellas declaraciones contenidas en comunicaciones comerciales no dirigidas a consumidores finales, sino exclusivamente a profesionales de la salud.

En primer lugar, el TJUE acude al artículo 2, letra f), de la Directiva 2000/31/CE, sobre el comercio electrónico, que define la comunicación comercial como «*todas las formas de comunicación destinadas a promocionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o de profesiones reguladas*». A la luz de esta definición, que se reproduce en el artículo 4, punto 12 de la Directiva 2006/123, relativa a los servicios en el mercado interior, el Tribunal considera que el Reglamento sí resulta de aplicación a las declaraciones contenidas en comunicaciones dirigidas exclusivamente a profesionales de la salud, máxime cuando el propio Reglamento no contiene precisión alguna sobre quién haya de ser el destinatario de las comunicaciones.

El TJUE refuerza su conclusión sosteniendo que uno de los objetivos del Reglamento es proporcionar un elevado nivel de protección a los consumidores, extremo que implica exigir a todas las declaraciones, incluidas las contenidas en comunicaciones comerciales dirigidas exclusivamente a profesionales de la salud, una fundamentación científica evaluada por la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria. De lo contrario —defiende el Tribunal— se correría el riesgo de que los explotadores de empresas alimentarias escaparan al cumplimiento de las obligaciones previstas por el citado Reglamento dirigiéndose al consumidor final a través de los profesionales de la salud, para que estos recomendaran sus productos a dicho consumidor.

En este contexto, añade que los profesionales de la salud, a pesar de disponer de conocimientos científicos superiores a los de los consumidores, también pueden verse inducidos a error a través de declaraciones nutricionales y de propiedades saludables falsas, ambiguas o engañosas. Por consiguiente, y de cara a evitar que tales profesionales transmitan, de buena fe, información errónea a sus pacientes, debe entenderse que el Reglamento resulta de aplicación a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables contenidas en comunicaciones dirigidas exclusivamente a profesionales de la salud.

Validez de la obligación de hacer constar determinadas menciones en el etiquetado de ciertos productos cárnicos (y no en otros) en el marco de los principios de libertad de empresa y no discriminación

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 30 de junio de 2016

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea da respuesta en esta sentencia a dos peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Sajonia (Alemania) en relación con la validez del artículo 4, apartado 4, letra b), del Reglamento (CE) n.º 543/2008 de 16 de junio de 2008, por el que se establecen normas del Reglamento (CE) 1234/2007 en lo que atañe a la comercialización de carne de aves de corral (el «Reglamento»). Conforme a este precepto, en el caso de carne de ave de corral fresca, «*deberán figurar también en el envase o en una etiqueta fijada a éste: [...] el precio total y el precio por unidad de peso para su venta al por menor*».

La primera petición de decisión prejudicial cuestiona la validez del citado precepto desde la perspectiva de las libertades de profesión y de empresa consagradas en los artículos 15.1 y 16, respectivamente, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El Tribunal descarta de primera mano una eventual vulneración de la facultad de «*ejercer una profesión libremente elegida*» (artículo 15.1), pero sí entra a valorar la posibilidad de una conculcación de la libertad de empresa (artículo 16). No obstante, destaca que «*la libertad de empresa no constituye una prerrogativa absoluta*», sino que «*puede quedar sometida a un amplio abanico de intervenciones del poder público que establezcan limitaciones*». En este sentido, el TJUE incide en que la obligación de etiquetado impuesta por el precepto en cues-

ción debe reputarse apta y proporcionada para la consecución de los objetivos perseguidos por la normativa de la Unión Europea en el sector de la carne de aves de corral, toda vez que resulta eficaz para garantizar una información fiable al consumidor e incitarle a comprar carne de aves de corral y, además, no resulta desmesurada para el empresario. Por este motivo, no puede sostenerse que tal obligación constituya una injerencia no justificada en la libertad de empresa.

La segunda cuestión prejudicial aborda el mismo asunto desde la perspectiva de la prohibición de discriminación contenida en el artículo 40 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En concreto, el TJUE entra a juzgar si la obligación de referencia implica un trato discriminatorio para el empresario del sector avícola, en tanto que en los sectores cárnicos de vacuno y porcino no rige tal obligación. En este contexto, el Tribunal recuerda que el «*principio de no discriminación exige que las situaciones comparables no sean tratadas de manera diferente y que las situaciones diferentes no sean tratadas de igual manera, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado*». En línea con ello, destaca que sectores agrícolas diferentes, como los aquí comparados, exigen (o cuanto menos permiten) un trato diferente, de suerte que no cabe apreciar en el artículo 5, apartado 4, letra b), del Reglamento un elemento discriminatorio que permita poner en tela de juicio su validez.

[España]

Reiteración de la competencia exclusiva del Estado para determinar las condiciones de dispensación de los medicamentos

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 18 de mayo de 2016

En esta sentencia, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de mayo de 2014, que confirmaba la nulidad de la Resolución 043/2010, de 22 de diciembre, del Director Gerente del Servicio Andaluz de Salud, que incluía determinados medicamentos dedicados a tratamientos extrahospitalarios (oncológicos y hormonales de la infertilidad) en la dispensación de los servicios de farmacia hospitalaria. Para ello, el Tribunal Supremo se remite a los argumentos expuestos en su sentencia de 2 de marzo de 2016, de idéntico objeto, y que fue reseñada en la pasada edición de *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (núm. 43).

Es, pues, ya doctrina reiterada que la competencia exclusiva del Estado sobre la «*legislación sobre productos farmacéuticos*» comprende lo relacionado con sus condiciones de dispensación y, en concreto, la determinación de los medicamentos que deben dispensarse en farmacia hospitalaria.

Condena al titular del medicamento genérico por utilizar la marca del medicamento de referencia en su publicidad

Sentencia del Juzgado de Marca de la Unión Europea n.º 1, de 15 de junio de 2016

Mediante esta sentencia, el Juzgado estima parcialmente la demanda que Merck Sharp & Dohme Corporation y Merck Sharp & Dohme España, S.A. (conjuntamente, «MSD») interpusieron contra Sandoz Farmacéutica, S.A. —división de medicamentos genéricos del grupo internacional Novartis— («Sandoz»), ejercitando, entre otras, acción declarativa de infracción marcaria, de competencia desleal y de resarcimiento de daños y perjuicios derivados de dichas infracciones.

Los hechos que dieron lugar a la demanda consistieron en el uso por Sandoz, en la publicidad de dos de sus medicamentos genéricos («*Montelukast Sandoz*» y «*Mometasona Sandoz*»), de las marcas de los correspondientes medicamentos de referencia, «*Singulair*» y «*Nasonex*», de las que MSD era titular.

Sandoz afirma que estaba legitimado para usar las marcas por hacerlo exclusivamente a título «descriptivo», indicando cuáles son los medicamentos de referencia de sus genéricos. MSD, por su parte, argumenta que la intención de Sandoz es, en realidad, adherirse al prestigio de la marca para lograr prescripciones y dispensaciones añadidas de su genérico, y defiende que la mención del medicamento de referencia quedaría limitada al procedimiento de registro del genérico, no pudiendo usarse posteriormente para competir en el mercado.

El debate se centra, pues, en determinar si la utilización de las marcas de MSD en la publicidad realizada por Sandoz es (a) a título meramente descriptivo e informativo de cuál es el medica-

mento de referencia de los medicamentos de Sandoz, o (b) a título de marca, con fines netamente publicitarios.

Para resolver la controversia, el Juzgado parte del hecho de que el público objetivo al que se dirige la publicidad controvertida, al tratarse de medicamentos de prescripción, está constituido por profesionales sanitarios, médicos y farmacéuticos, que identifican perfectamente los medicamentos por su principio activo, sin que sea necesario explicitar su marca comercial. Y entienden que no puede apreciarse que el uso de dichas marcas en la publicidad realizada por Sandoz tenga una finalidad meramente descriptiva, sino que se trata de un uso publicitario, por varias razones adicionales:

(i) porque si se tratara de signos descriptivos no hubieran podido ser objeto de registro como marca, puesto que así lo establece la legislación relevante;

(ii) porque el régimen general de prescripción médica contenido en el art. 87 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios es el de prescripción por principio activo, quedando la referencia a la denominación comercial únicamente reservada para algunos supuestos concretos; y finalmente

(iii) porque la indicación de la marca del medicamento de referencia en la publicidad no ofrece más información que el principio activo, ya que la marca no recoge la composición, la forma farmacéutica o la vía de administración y dosificación. En palabras del Juzgado, *«la marca del medicamento de referencia únicamente, como tal signo distintivo, puede condensar la reputación o prestigio de un producto o servicio, o indicar el origen empresarial de ese producto o servicio, o servir de instrumento para la fidelización de clientela, pero en ningún caso se ha reconocido a las marcas ninguna función condensadora de las características de un producto, y mucho menos de un medicamento»*.

Así, el Tribunal estima las acciones de infracción de marca y competencia desleal, y condena a Sandoz al resarcimiento de los daños y perjuicios causados. En todo caso, la sentencia enfatiza que de ella no pueden extraerse reglas generales, sino que ha de estarse a cada caso concreto.

La no intercambiabilidad de determinadas moléculas no conlleva que deban considerarse diferentes principios activos a efectos del sistema de precios de referencia

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 12 de julio de 2016

La sentencia resuelve un recurso contencioso-administrativo interpuesto por el laboratorio farmacéutico Merz Pharma España, S.L., contra la Orden 1225/2014, de 10 de julio, del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, por la que se procede a la actualización del sistema de precios de referencia de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud.

Sostenía la recurrente que, a efectos de la formación de los conjuntos, el medicamento que comercializa, Xeomin, cuyo principio activo es la toxina botulínica tipo A, había sido indebidamente incluido en el conjunto H75. En la práctica, la inclusión de Xeomin en dicho conjunto suponía una reducción de su precio en un 46 % (pasando de 159 euros a 85 euros, aproximadamente), lo que situaba el precio, según lo alegado por la recurrente, por debajo incluso del coste de producción.

En este sentido, con carácter general, la Ley 29/2006 entonces vigente establecía en su artículo 93 el sistema de precios de referencia que había de seguirse para la financiación pública de medicamentos. En el marco de este sistema, el precio de referencia será la cuantía máxima con la que se financiarán las presentaciones de medicamentos incluidas en cada uno de los conjuntos que se determinen, siempre que se prescriban y dispensen con cargo a fondos públicos. Los conjuntos incluirán todas las presentaciones de medicamentos financiadas que tengan el mismo principio activo e idéntica vía de administración.

El razonamiento sobre el que la recurrente construye la nulidad de la orden impugnada en cuanto incluye Xeomin en el conjunto H75 es que no es posible crear un conjunto de referencia con medicamentos que no tienen el mismo principio activo y, en este caso, los medicamentos incluidos en el conjunto H75 no lo tienen, puesto que incluyen diferentes toxinas botulínicas (toxina botulínica tipo A y toxina botulínica tipo B).

La cuestión se centra, así, en dirimir si las toxinas botulínicas tipo A y tipo B tienen principios activos diferentes, para determinar si el conjunto H75 puede incluir todas las toxinas botulínicas o únicamente aquellas de un determinado tipo.

El Tribunal admite, a la vista de la abundante prueba que obra en autos, que median entre la toxina botulínica tipo A y tipo B diferencias más o menos intensas respecto al peso molecular, efectos inmunológicos, indicaciones terapéuticas, potencia, efectos adversos y mecanismo de acción, entre otros. Sin embargo, el Tribunal también observa que las mismas diferencias existen entre las diferentes presentaciones de las toxinas tipo A. Por tanto, a juicio del Tribunal, la cuestión no estriba en determinar si existen o no diferencias, sino si tales diferencias determinan que han de considerarse principios activos diferentes.

La conclusión del Tribunal es que esas diferencias no resultan determinantes para llegar a la conclusión de que la toxina botulínica tipo A y tipo B tienen principios activos diferentes, puesto que no se exige una estricta identidad, sino únicamente un carácter *biosimilar*, y comparten además el mismo código en la clasificación anatómica desarrollada por la OMS y aceptada por el Ministerio de Sanidad (clasificación ATC). El Tribunal rechaza también la existencia del riesgo sanitario invocado por la recurrente por la existencia de diferentes dosis de administración y pautas a seguir según la composición y potencia del medicamento, observando que se trata exclusivamente de medicamentos de administración hospitalaria y, por tanto, sujetos al intenso control médico propio de este modo de administración.

Conformidad a Derecho de la resolución de la Dirección General de Farmacia que modifica las condiciones de financiación de los medicamentos asignando los porcentajes de aportación del usuario

Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 18 de julio de 2016 (rec. n.º 4117/2014 y rec. n.º 30/2015)

Las sentencias analizan la conformidad a Derecho de la Resolución de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia de 10 de septiembre de 2013, que modifica las condiciones de financiación de los medicamentos incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud mediante la asignación de aportación de usuario (la «Resolución»).

Mediante la Resolución se modifican las condiciones de financiación por el Sistema Nacional de Salud de determinados medicamentos que, sin tener la calificación de uso hospitalario, tienen establecidas reservas singulares en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, consistentes en limitar su dispensación a los pacientes no hospitalizados en los servicios de farmacia de los hospitales. Dichos medicamentos, relacionados en el Anexo 1 de la Resolución, quedan sujetos a aportación del usuario, bajo la modalidad de aportación reducida.

La Resolución se dicta al amparo de lo establecido en el Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social, que modificó la Ley 29/2006 de garantías y uso racional de los medicamentos, con la finalidad —expresada en su preámbulo— de «precisar la equivalencia existente entre la dispensación mediante receta médica y la dispensación mediante orden de dispensación hospitalaria» y eliminar «las desigualdades que está provocando la existencia de una diferente nomenclatura para el mismo acto de dispensación».

La Resolución fue impugnada tanto por la Comunidad Autónoma del País Vasco como por la de Canarias, que dirigieron a la Administración del Estado sendos requerimientos de anulación, por entender que se trataba de una disposición general no debidamente tramitada. Alegaban, en esencia, que la Resolución tenía vocación de ser aplicada reiteradamente, se dirigía a una pluralidad anónima e indeterminada de destinatarios, desarrollaba una norma legal, fijaba una fecha de entrada en vigor, fue publicada en el *BOE* en la sección de «disposiciones generales», se había dado audiencia en su elaboración a numerosos interesados y suponía una auténtica modificación del Anexo III del Real Decreto 1348/2003, efectuada en desarrollo de una norma con rango de ley. El requerimiento fue desestimado por la Administración General del Estado. Recurrida dicha desestimación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, fue confirmada mediante sendas sentencias contra las que se interpusieron los recursos de casación.

El debate giraba básicamente sobre si la Resolución era una disposición general de naturaleza reglamentaria (criterio sostenido por los Gobiernos autonómicos) o un puro acto administrativo (tesis de la Administración del Estado, asumida por las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid), en el bien entendido de que, de ostentar naturaleza de disposición general, sería nula por ausencia absoluta de los trámites legalmente previstos.

El Tribunal Supremo señala que la totalidad de los elementos que contiene la Resolución (prestación farmacéutica ambulatoria, aportaciones de los usuarios, grupos de aportación reducida, porcentajes o cuantías de aportación) estaban ya concretados en la Ley 29/2006 y en las disposiciones reglamentarias que la desarrollan. Confirma así lo apuntado por la Sala de instancia, que rechazaba que la Resolución tuviese naturaleza reglamentaria al constatar que se limita a «puntualizar y aclarar la situación puesto que a todos los efectos se había dispuesto la aportación de los particulares en medicamentos dispensados fuera de los supuestos de hospitalización». A juicio del Alto Tribunal, nos hallamos ante una mera concreción, en relación con determinados medicamentos, de conceptos plenamente acotados ya en el ordenamiento jurídico sin asociarles nuevos o distintos efectos a los ya previstos. Se trata, pues, de un acto administrativo de carácter general, referido a los específicos medicamentos que recoge, y no de una disposición reglamentaria.

El Tribunal Supremo llama también la atención sobre lo establecido en la disposición final cuarta, apartado segundo, del Real Decreto 1348/2003, de 31 de octubre, a cuyo tenor se faculta a la Dirección General «para que, en los casos de medicamentos que cumplan las condiciones para ser considerados de aportación reducida, y en tanto en cuanto no se actualice el Anexo III del Real Decreto 1348/2003, de 31 de octubre, por el que se adapta la clasificación anatómica de medicamentos al sistema de clasificación ATC, establezca motivadamente la aportación reducida de un determinado medicamento». Así, la concreción de los medicamentos sujetos a aportación del usuario y la modalidad de dicha aportación han sido efectuados en cumplimiento de una específica habilitación reglamentaria cuya legalidad no se cuestiona.

Por todo ello, el Tribunal Supremo desestima los recursos de casación, confirmando la conformidad a Derecho de la Resolución.

TRIBUTARIO*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

— *Reglamento de Ejecución 2016/481, de 1 de abril. Deroga el Reglamento 2454/93 por el que se fijan determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento 2913/92 por el que se Establece el Código Aduanero Comunitario (DOUE L 87/2016, publicado el 2 de abril)*

[España]

— *Resolución de 4 abril de 2016, de la Dirección General de Tributos, en relación con la deducibilidad de los intereses de demora tributarios, en aplicación de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE 83/2016, publicado el 6 de abril)*

* Esta sección ha sido coordinada por Jesús López-Tello y Miguel Bastida Peydro, y en su elaboración ha participado Susana Estevão Gonçalves, del Área de Derecho Fiscal de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

[Portugal]

Convenção entre Portugal e a Croácia para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento

Aviso n.º 16/2016, de 21 de abril de 2016 (DR 85, Série I, de 3 de maio de 2016)

O presente diploma torna público o cumprimento das formalidades constitucionais de aprovação da Convenção entre a República Portuguesa e a Geórgia para evitar a dupla tributação e evitar a evasão fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento.

O referido protocolo entrou em vigor em 18 de abril de 2015.

Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares («IRS») - Tabelas de Retenção na Fonte - Rendimentos do Trabalho Dependente e Pensões Auferidas

Despacho n.º 6201-A/2016, de 9 de maio de 2016 (DR 90, 1.º Suplemento, Série II, de 10 de maio de 2016)

O referido Despacho vem aprovar as tabelas de retenção na fonte sobre rendimentos do trabalho dependente e pensões auferidas em Portugal continental para vigorarem durante o ano de 2016.

Unidade dos Grandes Contribuintes - Critérios de Seleção dos Contribuintes

Portaria n.º 130/2016, de 10 de maio de 2016 (DR 90, Série I, de 10 de maio de 2016)

A Portaria em referência revoga a Portaria n.º 107/2013, de 15 de março, e define os critérios de seleção dos contribuintes cuja situação tributária deve ser acompanhada pela Unidade dos Grandes Contribuintes.

Declaração Modelo 38 - Comunicação das Operações Transfronteiras

Portaria n.º 137/2016, de 13 de maio de 2016 (DR 93, Série I, de 13 de maio de 2016)

A Portaria em apreço aprova um novo modelo e respetivas instruções de preenchimento da Declaração Modelo 38, também designada de Declaração de Operações Transfronteiras, para efeitos de cumprimento da obrigação, que impende sobre as instituições de crédito, sociedades financeiras e demais entidades que prestem serviços de pagamento, de comunicar todas as transferências que tenham como destinatário uma entidade localizada em país, território ou região com regime de tributação privilegiada mais favorável (com as exceções previstas na lei).

Contribuição sobre o Sector Bancário («CSB»)

Portaria n.º 165-A/2016, de 14 de junho (DR 112, 1.º Suplemento, Série I, de 14 de junho de 2016)

A Portaria em apreço procedeu à alteração da Portaria n.º 121/2011, de 30 de março, que regulamenta a CSB, tendo, na sequência das alterações ao âmbito subjetivo e objetivo da CSB introduzidas pela Lei do Orçamento do Estado de 2016, (i) alargado o âmbito subjetivo da contribuição sobre o sector bancário de modo a incluir as sucursais em Portugal de instituições de crédito com sede principal e efetiva fora do território português, (ii) alterado a taxa aplicável sobre o passivo sujeito de 0,85% para 0,110%, e (iii) aprovado um novo formulário de declaração modelo oficial n.º 26 e respetivas instruções de preenchimento.

Troca Automática de Informações Obrigatória sobre a Declaração por País

Diretiva 2016/881, de 25 de maio de 2016 (JOUE L 146/2016, de 3 de junho de 2016)

A referida Diretiva procede à alteração da Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade, alargando o âmbito da troca automática de informações por forma a incluir a troca de informações da declaração por país («Country-by-Country report») nos termos do modelo anexo à Diretiva.

A referida declaração por país deve ser apresentada pela sociedade mãe final de um Grupo de empresas multinacionais no prazo de quinze meses a contar do último exercício fiscal e contém: (i) «informações agregadas sobre o montante dos rendimentos, o lucro (perda) antes do imposto sobre o rendimento, o imposto sobre o rendimento pago, o imposto sobre o rendimento devido, o capital social, os ganhos acumulados, o número de empregados, e os ativos tangíveis que não sejam caixa nem equivalentes de caixa em relação a cada jurisdição em que

o Grupo de empresas multinacionais opera»; e (ii) «a identificação de cada Entidade constituinte do Grupo de empresas multinacionais que indique a jurisdição da residência fiscal dessa Entidade constituinte e, caso seja diferente da jurisdição da residência fiscal, a jurisdição por cujo ordenamento jurídico se rege a organização dessa Entidade constituinte, bem como a natureza da atividade empresarial principal ou atividades empresariais principais dessa Entidade constituinte».

A primeira declaração por país é comunicada relativamente ao exercício com início a 1 de janeiro de 2016 ou após esta data, sendo efetuada no prazo de 18 meses a contar do último dia desse exercício.

O prazo de transposição das alterações introduzidas pela Diretiva termina no dia 4 de junho de 2017 e as disposições em causa devem ser aplicadas pelos Estados Membros a partir de 5 de junho de 2017.

Isenção Parcial de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas («IRC») sobre Rendimentos da Propriedade Industrial

Decreto-Lei n.º 47/2016, de 22 de agosto (DR 160, SÉRIE I, de 22 de agosto de 2016)

Este Decreto-Lei vem introduzir algumas alterações ao regime de isenção parcial, sobre rendimentos de patentes e outros direitos de propriedade industrial, previsto no artigo 50.ºA do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas («CIRC»).

O principal propósito deste Decreto-Lei é o ajustamento do regime português às recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico («OCDE»).

Das alterações introduzidas resulta que aquele benefício se aplicará apenas na medida em que exista uma conexão direta entre os rendimentos provenientes da criação ou exploração de ativos de propriedade intelectual e as despesas em Investigação e Desenvolvimento que o contribuinte tenha efetuado e que contribuíram diretamente para a criação ou para o desenvolvimento desses ativos.

As alterações introduzidas aplicam-se imediatamente às patentes e aos desenhos ou modelos industriais registados em ou após 1 de julho de 2016. Relativamente às patentes e aos desenhos ou modelos industriais registados em ou após 1 de janeiro de 2014 que, em 30 de junho de 2016, preenchem as condições de aplicação do disposto no artigo 50.º -A do CIRC, na redação anterior à dada pelo Decreto-Lei em questão, verificando-se, nomeadamente, a essa data a vigência de contratos que tenham por objeto a cessão ou a utilização desses direitos de propriedade industrial, é aplicável regime decorrente dessa redação até 30 de junho de 2021.

Foreign Account Tax Compliance Act - Ratificação

Decreto do Presidente da República n.º 53/2016, de 5 de agosto (DR 150, SÉRIE I, de 5 de agosto de 2016)

Através do Decreto acima identificado, foi ratificado o acordo celebrado entre Portugal e os EUA, assinado em Lisboa, em 6 de agosto de 2015, relativamente à concretização da troca de informações e cooperação administrativa que decorre do Foreign Account Tax Compliance Act («FATCA»).

Concretização das Autorizações Legislativas Aprovadas pelo Orçamento do Estado para 2016

Decreto-Lei n.º 41/2016, de 1 de agosto (DR 146, SÉRIE I, de 1 de agosto de 2016)

Este Decreto-Lei veio concretizar algumas das autorizações legislativas aprovadas através do Orçamento do Estado para 2016, de entre as quais se destacam:

IRS – Inscrição como residente não habitual: o pedido de inscrição como residente não habitual passa a ser obrigatoriamente apresentado por via eletrónica, através da área reservada do Portal das Finanças dos contribuintes em questão.

O Ofício Circulado n.º 90023/2016, de 1 de agosto, contém um resumo do procedimento que deverá ser seguido para solicitar esta inscrição.

Imposto de Selo («IS») – Aquisição por usucapião: o valor tributável dos bens imóveis adquiridos por usucapião, para efeitos de liquidação do IS, é o correspondente a 20% do valor patrimonial tributário constante da matriz à data do nascimento da obrigação tributária.

IS – Transmissão gratuita de ações: é alterada a fórmula de cálculo do valor tributável das ações transmitidas gratuitamente, através do acréscimo de um spread de 4% ao fator de capitalização calculado com base na taxa de referência do Banco Central Europeu às suas principais operações de refinanciamento (esta taxa foi recentemente fixada em zero, o que criava distorções no apuramento do valor tributável, pois o fator de capitalização correspondia apenas à taxa de juro aplicada pelo Banco Central Europeu).

Imposto Municipal sobre Imóveis («IMI») e IS – Verba n.º 28 da Tabela Geral (prazos): os prazos para reclamação e impugnação das liquidações de IMI e do IS previsto na verba n.º 28 da Tabela Geral do IS passam a contar-se a partir do termo do prazo para pagamento da primeira ou da única prestação do imposto.

Região Autónoma da Madeira – Taxas de IRS e Tabela de Retenções na Fonte *Despacho n.º 301/2016, de 22 de julho de 2016 (Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira 128, SÉRIE II, de 22 de julho de 2016)*

Decreto Legislativo Regional n.º 33/2016/M, de 20 de julho de 2016 (DR 138, SÉRIE I, de 20 de julho de 2016)

O Despacho n.º 301/2016 aprova as tabelas de retenção na fonte em sede de IRS a aplicar aos rendimentos auferidos por titulares residentes na Região Autónoma da Madeira.

A nova tabela entrou em vigor no dia 21 de julho de 2016.

Através do Decreto Legislativo Regional acima referido, foi alterado o Decreto Legislativo Regional n.º 3/2001/M, de 22 de fevereiro, que aprovou o regime de redução das taxas do IRS aplicável aos residentes na Região Autónoma da Madeira.

As alterações introduzidas aplicam-se ao ano de 2016.

Acordos de Dupla Tributação («ADT's») – Costa do Marfim – São Tomé e Príncipe – Vietname – Sultanato de Omã -Reino da Arábia Saudita *Decreto do Presidente da República n.º 61/2016, de 22 de agosto (DR 160, SÉRIE I, de 22 de agosto de 2016)*

Decreto do Presidente da República n.º 52/2016, de 5 de agosto (DR 150, SÉRIE I, de 5 de agosto de 2016)

Decreto do Presidente da República n.º 40/2016, de 27 de julho (DR 143, SÉRIE I, de 27 de julho de 2016)

Decreto do Presidente da República n.º 36/2016, de 18 de julho de 2016 (DR 136, SÉRIE I, de 18 de julho de 2016)

Decreto do Presidente da República n.º 35/2016, de 18 de julho de 2016 (DR 136, SÉRIE I, de 18 de julho de 2016)

Através dos Decretos acima identificados são ratificados, respetivamente, os ADT's celebrados com a Costa do Marfim, São Tomé e Príncipe, Vietname, Sultanato de Omã e Reino da Arábia Saudita.

Estes ADT's entrarão em vigor quando forem publicados os avisos do Ministério dos Negócios Estrangeiros relativos à troca dos instrumentos de ratificação entre os Estados Contratantes.

Combate à Elisão Fiscal *Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016 (JOUE L 193/2016, de 12 de julho de 2016)*

A referida Diretiva, adotada no seguimento da iniciativa contra a erosão da base tributável e a transferência de lucros («BEPS») da OCDE, estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal para todos os Estados Membros da UE.

As regras previstas na Diretiva foram concebidas no contexto do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas e incluem matérias como: (i) limitações à dedutibilidade dos juros; (ii) tributação à saída; (iii) regra geral anti abuso; (iv) regras relativas às sociedades estrangeiras controladas; e ainda (v) regras sobre produtos e entidades híbridas.

A Diretiva entrou em vigor no dia 8 de agosto de 2016 e o seu prazo de transposição termina no dia 31 de dezembro de 2018, com exceção das normas relativas à tributação à saída, que poderão ser transpostas até ao dia 31 de dezembro de 2019.

As disposições de transposição a adotar até ao final de 2018 deverão aplicar-se a partir de 1 de janeiro de 2019 e as disposições de transposição sobre tributação à saída deverão aplicar-se a partir de 1 de janeiro de 2020.

Quanto às regras sobre a dedutibilidade de juros, a Diretiva estabelece que «os Estados-Membros que, em 8 de agosto de 2016, disponham de regras nacionais específicas destinadas a prevenir os riscos de BEPS que sejam igualmente eficazes para efeitos da regra da limitação dos juros estabelecida na presente diretiva podem aplicar essas regras específicas até ao final do primeiro exercício fiscal completo seguinte à data de publicação no sítio web oficial do Acordo entre os membros da OCDE sobre uma norma mínima no que diz respeito à Ação 4 do projeto BEPS e, o mais tardar, até 1 de janeiro de 2024.».

Adiamento do Prazo de Comunicação pelos Bancos das Informações Previstas no Regime de Comunicação de Informações Financeiras / FATCA

Despacho do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais n.º 150/2016 XXI – 30 de junho de 2016

Prorroga, para 30 de setembro de 2016, o prazo previsto no Regime de Comunicação de Informações Financeiras («RCIF») para comunicação, pelas instituições financeiras dos elementos e informações sobre as contas dos EUA.

O RCIF estabelece a obrigação das instituições financeiras de identificarem determinadas contas e comunicarem informações à AT, no quadro dos mecanismos de cooperação internacional e de combate à evasão fiscal previstos no Acordo de Dupla Tributação («ADT») celebrado entre Portugal e os EUA e no FATCA.

Benefícios Fiscais - Majoração dos Gastos com Combustíveis para as Empresas de Transporte

Decreto-Lei n.º 38/2016, de 15 de julho, de 30 de junho de 2016 (DR 135, SÉRIE I, de 15 de julho de 2016)

Este Decreto-Lei altera artigo 70.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais («EBF»), relativo à majoração dos gastos suportados pelas empresas de transporte de mercadorias, de transporte público de passageiros e de táxi, com a aquisição de combustíveis.

A principal alteração refere-se à subtração deste benefício ao limite previsto no Código de IRC que apenas admitia a aplicação do benefício até 10% do IRC a suportar pelos sujeitos passivos.

Este diploma entrou em vigor no dia 16 de julho de 2016.

Flexibilização do Pagamento de Dívidas à Segurança Social

Decreto-Lei n.º 35-C/2016, de 30 de junho de 2016 (DR 124, SÉRIE I, de 30 de junho de 2016)

O presente Decreto-Lei entrou em vigor no dia 1 de julho de 2016 e altera: (i) o Regime Especial de Execução de Dívidas ao Sistema de Solidariedade e Segurança Social, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 42/2001, de 9 de fevereiro; e (ii) o Regime de Celebração de Acordos de Regularização Voluntária de Contribuições e Quotizações devidas à Segurança Social, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 213/2012, de 25 de setembro.

Entre as alterações introduzidas, destacam-se, no âmbito do Regime Especial de Execução de Dívidas ao Sistema de Solidariedade e Segurança Social, a possibilidade de os contribuintes com dívidas à Segurança Social em execução fiscal efetuarem acordos de pagamento com um maior número de prestações e, no quadro do Regime de Celebração de Acordos de Regularização Voluntária de Contribuições e Quotizações devidas à Segurança Social, alarga-se o número de prestações até 12, mediante a verificação de um valor mais baixo de dívida.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La valoración autonómica del bien vincula a la Administración central

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 21 de diciembre de 2015

El Tribunal Supremo analiza si, en la determinación del precio de enajenación de los bienes inmuebles, la Administración del Estado queda vinculada por la valoración realizada por la Administración autonómica a efectos de un tributo cedido, como es el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.

La respuesta del Alto Tribunal es afirmativa. De esta manera, sostiene que para la determinación de la ganancia o pérdida patrimonial a efectos del IRPF derivada de la venta de unos bienes inmuebles resulta de aplicación el principio de unidad de la Administración para la fijación del precio de adquisición o de enajenación. El mencionado principio obliga a la Inspección de los Tributos a tomar en consideración el valor asignado por la Administración autonómica en relación con el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.

Esta obligación podría extenderse tanto al IRPF como al IS.

Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Ventajas fiscales de la empresa familiar

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 18 de enero de 2016

El Tribunal Supremo estudia los requisitos exigidos para la aplicación de la reducción prevista en el art. 20.2 c) de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en los casos de transmisión de empresas familiares.

El Tribunal Supremo flexibiliza el requisito relativo al ejercicio efectivo de funciones de dirección en la entidad, que exige que el sujeto pasivo o una persona de su grupo familiar perciba por dichas funciones una remuneración superior al 50 % de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal.

El Alto Tribunal considera que el requisito se entiende cumplido cuando las citadas funciones se desempeñen de manera efectiva, con independencia de la denominación del cargo y del vínculo que exista contra la entidad. Y ello porque, si se atendiera a meros formalismos, se estaría impidiendo la finalidad del precepto legal de aliviar la carga tributaria de la transmisión de las empresas familiares.

Impuesto sobre Sociedades. Dedución por doble imposición internacional

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de diciembre de 2015

En este supuesto se plantea a la Audiencia Nacional la posible contrariedad al Derecho comunitario del distinto tratamiento en relación con la doble imposición de los dividendos recibidos de entidades residentes y no residentes.

La Audiencia concluye que la legislación española rompe la equivalencia en el tratamiento fiscal de la doble imposición respecto de los dividendos, que el TJUE considera una exigencia del TFUE, ya que, dada la regulación del artículo 30 del RDL 4/2004, a las entidades residentes en España que perciben dividendos de otras entidades también residentes en España, en las que participan en porcentaje igual o superior al 5 %, se les aplica la deducción del 100 % de la cuota íntegra, lo que equivale a la exención impositiva; mientras que si, en las mismas circunstancias, los dividendos se perciben de una entidad no residente, como es el caso de autos, se aplica el sistema de imputación, y por ello, la deducción tan solo alcanza a lo efectivamente pagado, que lo es en un tipo notablemente inferior al que corresponde en España por el concepto de Impuesto de Sociedades.

Impuesto sobre Sociedades. Sociedades patrimoniales. Sociedad titular de valores poseídos con el fin de gestionar la participación

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de diciembre de 2015

En primer lugar, la Audiencia Nacional analiza los requisitos legalmente exigidos para considerar que nos encontramos ante una empresa patrimonial. La argumentación central gira en torno al requisito de la disposición de la correspondiente organización de medios materiales y personales.

La sentencia, siguiendo el criterio anteriormente mantenido por el TEAC, refrenda que cuando la gestión de las participaciones se encomienda a un miembro del órgano de administración, se entenderá que el obligado tributario dispone de los medios materiales y personales. Tal y como argumenta la Audiencia, la finalidad del citado requisito es asegurar el real ejercicio de los derechos de socios de las entidades participadas y la toma de decisiones respecto de la propia participación. Para el Tribunal, «... en la medida en que lo que la norma trata de asegurar es que los derechos inherentes a una participación significativa, de control, puedan ejercerse de forma que se concluya que tal control es efectivo, pues ello determina la afectación de las participaciones al ejercicio de una actividad económica que no es otra que la realizada por la entidad participada. Por consiguiente, en estos casos la sociedad no es patrimonial».

[Portugal]

IRC - Tributaçãõ Autónoma

Acórdão n.º 197/2016 - Tribunal Constitucional (DR 99, Série II, de 23 de maio de 2016)

No Acórdão em apreço, a Recorrente questionou a constitucionalidade do artigo 88.º, n.º 13, alíneas a) e b), do CIRC que impõe a tributaçãõ autónoma: (i) dos gastos ou encargos com compensações ou indemnizações atribuídas aos gestores, administradores ou gerentes, quando se verifique a cessaçãõ das suas funções ou a rescisãõ de contrato; e, (ii) das remunerações variáveis atribuídas aos gestores, administradores ou gerentes, quando representem uma parcela superior a 25% da remuneraçãõ anual e um valor superior a € 27.500,00, bem como do artigo 88, n.º 14, do CIRC, que impõe um agravamento em 10 pontos percentuais de todas as tributações autónomas, pelo simples facto de a sociedade incorrer em prejuízos fiscais, com fundamento em violaçãõ dos princípios constitucionais da proporcionalidade, da igualdade, da tributaçãõ segundo o rendimento real em conjugaçãõ com o princípio da capacidade contributiva, bem como dos princípios da iniciativa privada, da propriedade privada e da liberdade de gestão e organizaçãõ empresarial.

O Tribunal Constitucional («TC») veio entender que as referidas normas não violam: (i) o princípio da tributaçãõ das empresas pelo seu lucro real porquanto, na tributaçãõ autónoma, «o facto revelador de capacidade contributiva é a própria realizaçãõ de despesa»; (ii) o princípio da proporcionalidade e da propriedade privada, por a tributaçãõ autónoma não assumir natureza confiscatória atendendo a que a mesma «não [incide] sobre os rendimentos empresariais, mas sobre uma despesa que o contribuinte pôde realizar e que se contém na sua disponibilidade financeira»; (iii) o princípio da igualdade, por as normas em análise não serem arbitrárias e encontrarem fundamento bastante «na finalidade de desincentivar na finalidade de desincentivar as empresas a realizar despesas relativas a indemnizações ou a remunerações variáveis que, sendo excessivas e não justificadas do ponto de vista empresarial, têm efeitos desfavoráveis para a obtençãõ da receita fiscal»; e (iv) os princípios da iniciativa privada e da liberdade de gestão e organizaçãõ empresarial, por entender que «ao tributar essas despesas o Estado não está a criar qualquer obstáculo à liberdade de organizaçãõ e de gestão empresarial, mas a realizar o objetivo estritamente financeiro do sistema fiscal, que se traduz na obtençãõ de receitas para financiar as despesas públicas».

Mais entendeu o TC que o artigo 88.º, n.º 14, que prevê um agravamento da tributaçãõ autónoma nos casos em que a sociedade apure prejuízos fiscais, não viola o princípio da igualdade porquanto «A diferenciaçãõ encontra-se suficientemente justificada, visto que, se é censurável, do ponto de vista fiscal, a realizaçãõ de despesas que determinam desnecessariamente uma reduçãõ do rendimento tributável, mais o será se a empresa realiza essas despesas apesar de não conseguir sequer apurar um rendimento económico positivo».

Assim, o TC decidiu pela não inconstitucionalidade das normas contidas no artigo 88.º, n.ºs 13 e 14, do CIRC e pela improcedência do recurso apresentado.

Imposto sobre os Veículos («ISV») - Veículos Automóveis Usados Provenientes de Outros Estados-Membros

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 16 de junho de 2016 (Processo C-200/15)

O Acórdão em apreço foi proferido na sequência da instauração por parte da Comunidade Europeia («CE») de uma ação para cumprimento contra a República Portuguesa.

No entendimento da CE, a taxa de ISV aplicável a veículos usados provenientes de outros Estados Membros e admitidos em Portugal, por ser calculada em função de uma tabela de percentagens fixas, constitui um modelo desadequado dado que não considera qualquer desvalorização até o veículo ter mais de um ano de utilização, nem desvalorizações superiores a 52%, no caso de veículos com mais de cinco anos de utilização. A CE entendeu, assim, que a legislação portuguesa viola o artigo 110.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia («TFUE») por ser suscetível de gerar uma tributação mais elevada dos veículos provenientes de outros Estados Membros da União Europeia («UE») por comparação aos veículos adquiridos no mercado português e que a faculdade de o contribuinte requerer uma avaliação equitativa do veículo não é suficiente para afastar a violação do TFUE.

A República Portuguesa contrapôs a posição adotada pela CE afirmando que o método de cálculo do veículo baseado na avaliação acarreta grandes dificuldades a que acresce uma elevada carga burocrática. Mais acrescenta que a opção por um sistema misto de tributação dos veículos automóveis usados provenientes de outros Estados Membros tem subjacente razões de ordem prática, sendo sempre salvaguardada a possibilidade de os sujeitos passivos requererem a avaliação dos veículos.

O Tribunal de Justiça da União Europeia («TJUE»), no Acórdão em apreço, veio aderir à posição da CE, afirmando que a fórmula de cálculo do ISV, nos casos descritos, configura uma imposição discriminatória para produtos com origem em outros Estados Membros da UE, não podendo ser justificada por razões de ordem prática.

Mais acrescenta o TJUE que a faculdade de o sujeito passivo requerer uma avaliação equitativa dos veículos não é suficiente para afastar a natureza discriminatória do modelo adotado pelo Estado Português.

Assim, o TJUE decidiu que o Estado Português não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 110.º do TFUE, tendo julgado totalmente procedente a ação intentada pela CE contra a República Portuguesa.

Caberá agora ao Estado Português introduzir as alterações necessárias ao Código do ISV com vista a conformar-se com a jurisprudência do TJUE.

IS – Pagamento de Comissões – Mediador de Seguros – Banco

Acórdão de 15 de junho de 2016 (Processo n.º 0770/15) – Supremo Tribunal Administrativo

Acórdão de 29 de junho de 2016 (Processo n.º 01630/15) – Supremo Tribunal Administrativo

Em ambos os acórdãos, o Supremo Tribunal Administrativo («STA») considerou que a isenção de imposto do selo sobre comissões cobradas por instituições de crédito, sociedades financeiras e instituições financeiras a sociedades de capital de risco, bem como a sociedades ou entidades cuja forma e objeto preencham os tipos de instituições de crédito, sociedades financeiras e instituições financeiras não se aplica às comissões devidas por uma seguradora a instituições financeiras pela atividade de mediação/angariação de seguros em 2008.

O STA entendeu que a referida isenção apenas se aplica quando as comissões (assim como os juros e as garantias) forem cobradas no quadro de uma concessão de crédito.

Em especial e para sustentar a sua posição, o Tribunal recorre, no segundo dos acórdãos referidos, à alteração introduzida no Código de Imposto de Selo («CIS») pela Lei do Orçamento do Estado de 2016, à qual o legislador reconheceu eficácia retroativa e através da qual especificou que tanto os juros, como as comissões e as garantias só beneficiam da isenção de IS quando resultem de uma operação de concessão de crédito.

3 · RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

Recurso extraordinario de revisión. Documento de valor esencial. Acto de ejecución de la Administración que implica un mayor saldo a compensar de IVA en otro ejercicio

Resolución de 21 de enero de 2016 (reclamación 01997/2013)

El TEAC considera que es documento de valor esencial, a los efectos previstos en el artículo 244.1.a) de la LGT, el acto de ejecución dictado por la oficina gestora que, en ejecución de una resolución del TEAR, anula la liquidación provisional correspondiente al último período trimestral de un año e incrementa el saldo a compensar que se debe trasladar al primer período del año siguiente.

Con base en ello, el TEAC anula la liquidación provisional correspondiente a este primer período del año siguiente para ajustarse a los dictados del acuerdo de ejecución y del saldo a compensar en él reconocido.

Impuesto sobre Sociedades. Recuperación de valor

Resolución de 2 de marzo de 2016 (reclamación 05079/2012)

El TEAC analiza si la recuperación de valor a la que se refiere el artículo 19.6 del TRLIS (actual artículo 11.6 de la LIS) se debe integrar en la base imponible de la entidad que dedujo fiscalmente el deterioro o en la de la entidad que sea titular de los elementos patrimoniales en el momento en que se produzca dicha recuperación. En el caso concreto de la resolución, el deterioro se refería a acciones, y la entidad que era titular de dichos elementos en el momento de la recuperación de valor era una entidad residente en Holanda.

A juicio del TEAC, la finalidad del precepto es eminentemente elusoria, puesto que pretende evitar el «lavado» del ingreso por recuperación del valor y, por ello, resulta lógico que dicha recuperación de valor se integre en la base imponible de la entidad que practicó la corrección de valor o sufrió la pérdida por la transmisión del elemento. Así, si se integrase en la base imponible de la entidad vinculada titular del elemento en el momento de la recuperación, no se conseguiría evitar del todo el «lavado» del ingreso en el caso de que esta tributara a un tipo de gravamen inferior al de aquella o tuviese bases imponibles negativas pendientes de compensar.

La reclamante, por su parte, alegaba que la imputación de la recuperación de valor a la entidad residente implica una alteración de las competencias tributarias reguladas en el convenio para evitar la doble imposición firmado entre España y Holanda, que establece que las ganancias derivadas de la enajenación de acciones solo pueden tributar en el Estado de residencia de la entidad transmitente (en este caso, Holanda). Sin embargo, el TEAC no acepta este argumento porque entiende que en el caso planteado no se produce enajenación de acciones, sino recuperación de su valor, y no puede entenderse que la imputación de la recuperación de valor de las acciones equivalga en realidad a anticipar la ganancia.

Lo que no soluciona la resolución es si la imputación de la recuperación de valor de los elementos patrimoniales al sujeto pasivo que dedujo el deterioro implicaría también una actualización del valor de adquisición del titular para evitar así posibles escenarios de doble tributación.

Impuesto sobre el Valor Añadido. Rectificación de deducciones como consecuencia de resolución de contrato. Cambio de criterio

Resolución de 17 de marzo de 2016 (reclamación 00230/2013)

En el supuesto de hecho analizado por el TEAC se produce la rescisión parcial de un contrato de compraventa, operación gravada en su día por el IVA. En principio, y al quedar parcialmente sin efecto la operación, el sujeto pasivo de la operación debió rectificar las cuotas repercutidas de acuerdo con el artículo 89 de la Ley del IVA, y el destinatario, al tratarse de una minoración de las cuotas inicialmente soportadas, debe rectificar las deducciones en su día practicadas. Sin embargo, el referido destinatario no había rectificado las deducciones debido a que el sujeto pasivo no había cumplido con la obligación de expedir la factura rectificativa.

El TEAC se aparta del criterio mantenido en resoluciones anteriores y entiende que la minoración de las cuotas soportadas y deducidas, como consecuencia de una resolución de contrato, no es obligatoria en tanto el destinatario no haya recibido la factura rectificativa por la que se modifica la base imponible y la cuota repercutida. A juicio del TEAC, la Administración tributaria no puede trasladar al destinatario de la operación los efectos del incumplimiento de la norma por el sujeto pasivo de la operación.

4 · CONSULTAS A LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS

Diferimiento de las pérdidas resultantes de la transmisión intragrupo de préstamos con entidades vinculadas.

Consulta de 12 de febrero (V0596-16)

La DGT considera que la norma de diferimiento de pérdidas resultantes de transmisiones de préstamos entre entidades que forman parte del mismo grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio no se aplica en caso de transmisión de préstamos, dado que estos activos no se encuentran entre los enumerados en el citado apartado y, en particular, no se trata de «valores representativos de deuda».

La DGT alcanza esta conclusión sobre la base de que, según la NRV 9.º del PGC, el concepto «valores representativos de deuda» comprende activos tales como «obligaciones, bonos y pagarés», mientras que el préstamo encajaría en una categoría de activo contable diferente, como son los «créditos a terceros».

Consolidación fiscal. Requisitos para la consideración como dominante de una sociedad comanditaria por acciones calificada como sociedad de inversión en capital riesgo (SICAR) de acuerdo con la legislación luxemburguesa

Consulta de 17 de marzo (V1083-16)

La consultante es una sociedad comanditaria por acciones calificada como sociedad de inversión en capital riesgo (SICAR) de acuerdo con la legislación luxemburguesa. La intención de la consultante es adquirir participaciones mayoritarias en entidades españolas que serán superiores al 75 % del capital social.

El capital de la consultante está compuesto por distintos tipos de acciones. En particular, existe una acción de tipo especial, correspondiente al *general manager*, entidad que controla, gestiona y administra a la consultante y sus participadas. Esta entidad ejerce los derechos de voto en todas las entidades participadas por la SICAR y los derechos asociados, como firmar acuerdos, escrituras y documentos de cualquier tipo en relación con cualquier inversión de la consultante. Por último, también puede realizar cuantas actuaciones de gestión y disposición de activos sean convenientes para la SICAR y determinar los criterios de elegibilidad de los inversores.

La DGT considera que la consultante no cumplirá los requisitos establecidos en el artículo 58 de la LIS para tener la consideración de entidad dominante de un grupo de consolidación fiscal, al no poseer la mayoría de los derechos de votos de las entidades en las que participa, debido a que estos derechos residen en la figura del *general manager*.

Escisión total. Criterio de reparto de BIN en una escisión total

Consulta de 27 de enero de 2016 (V0327-16)

La entidad consultante es cabecera de un grupo cuya actividad principal es la prestación de servicios sanitarios y asistenciales. Durante los ejercicios 2014 y 2015 el grupo ha tomado participación en otras entidades que prestan servicios similares, así como en entidades que se dedican a prestar servicios de prevención de riesgos laborales. Se plantea realizar una reorganización societaria y corporativa en la que una de las entidades del grupo, después de absorber a su socio único y a las sociedades participadas por él, llevaría a cabo una escisión total.

En relación con las BIN de ejercicios anteriores, la DGT expone que las bases imponibles negativas que posee la entidad escindida deben ser objeto de asignación a cada una de las entidades beneficiarias de la escisión total. Tal y como señala el propio artículo 84.2 de la LIS, dicha asignación deberá realizarse en función de la actividad o actividades que las han generado. En el caso de que dicha asignación no pueda realizarse, total o parcialmente, se considera como criterio razonable de distribución aquel que se realiza tomando en consideración el valor de mercado de los patrimonios escindidos en relación con el valor de mercado total.

Escisión parcial de rama de actividad de un establecimiento permanente

Consulta de 5 de abril de 2016 (V1399-16)

Una sociedad alemana tiene una sucursal en España a través de la cual desarrolla dos proyectos inmobiliarios. Se consulta si una operación de escisión parcial de uno de los proyectos inmobiliarios en favor de una entidad española podría acogerse al régimen de neutralidad fiscal establecido en la LIS para determinadas operaciones de reorganización empresarial.

Con carácter preliminar, la DGT analiza la tributación que, con arreglo al régimen general, procedería en caso de realizar la operación proyectada. Así, considera que la ganancia de capital generada en la entidad alemana por la transmisión del negocio desarrollado por una de las sucursales estará sometida a gravamen en España y se deberá integrar en la base imponible del establecimiento permanente en España.

Respeto de la aplicación del régimen fiscal especial, la DGT entiende que la operación no puede calificarse como escisión parcial a efectos del IS puesto que en el establecimiento únicamente existe una rama de actividad.

Ganancias y pérdidas patrimoniales. Reglas especiales. Adquisición de acciones por una sociedad a su socio para su posterior amortización

Consulta de 8 de enero de 2016 (V0041-16)

Una sociedad no cotizada va a adquirir a uno de sus socios persona física 1.400 acciones propias. Estas acciones serán posteriormente amortizadas por la sociedad, mediante la correspondiente reducción de capital. En principio, la adquisición de estas acciones supondría para el socio persona física una ganancia o pérdida patrimonial en su IRPF.

La DGT considera que dicha adquisición de acciones propias no puede entenderse de forma independiente, dado que es un instrumento para una operación de reducción de capital con finalidad de devolución de aportaciones a los socios. En consecuencia, la adquisición por la sociedad de sus propias acciones será considerada para el socio persona física como una reducción de capital con devolución de aportaciones y resultará de aplicación el artículo 33.3.a) de la LIRPF.

Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Aplicación retroactiva de la disposición adicional segunda de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones a hechos imposables con devengo anterior a su fecha de entrada en vigor

Consulta de 14 de septiembre de 2015 (V2660-15)

El consultante y su hermano, dos personas físicas residentes en Bélgica, heredaron de su padre —también residente en Bélgica— el saldo de dos cuentas corrientes abiertas en una entidad bancaria española y, en concreto, en una sucursal situada en Marbella. Los consultantes presentaron autoliquidación por ISD en el ejercicio 2013 en concepto de sucesión *mortis causa* de su padre, cuyo fallecimiento tuvo lugar el 29 de diciembre de 2012 (fecha que determinó el devengo del ISD).

El consultante plantea a la DGT la aplicación de la disposición adicional segunda de la Ley de ISD, entendiéndolo que, toda vez que el causante era residente en un Estado miembro de la Unión, tendría derecho a la aplicación de la normativa aprobada por la Comunidad Autónoma donde se encuentre el mayor valor de los bienes y derechos del caudal relicto situados en España (en este caso, Andalucía). A estos efectos, el consultante y su hermano plantean la posibilidad de presentar escrito de rectificación de autoliquidación del ISD en el que aplicarían la normativa autonómica y solicitarían la devolución de las cantidades indebidamente ingresadas.

La DGT centra su análisis en el cumplimiento de las condiciones establecidas en la disposición adicional segunda en el supuesto concreto planteado por el consultante, sin entrar a valorar el hecho de que el devengo del ISD se produjo en un momento anterior a la entrada en vigor de dicha disposición (esto es, 1 de enero de 2015). No obstante, se desprende de la contestación que los consultantes tendrán derecho a presentar escrito de rectificación de la autoliquidación presentada.

Impuesto sobre el Patrimonio. Exención de participaciones en empresa familiar. Cumplimiento del requisito respecto de las retribuciones percibidas

Consulta de 6 de abril de 2016 (V1406-16)

La consultante es una persona física titular de las participaciones en una sociedad *holding* que a su vez participa en otras dos sociedades. Dicha persona física percibe una retribución satisfecha por la sociedad *holding* por el desempeño del cargo de administradora única y, además, percibe una remuneración como personal laboral por el ejercicio de labores directivas en las dos sociedades filiales, en las cuales no ostenta participación directa. La consultante plantea a la DGT la aplicación de la exención prevista en el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley de IP y, en concreto, la forma de cómputo del requisito relativo al porcentaje que representa la remuneración por ejercicio de funciones directivas.

La DGT entiende que el cálculo debe hacerse de forma separada (tal y como establece el artículo 5.2 del Reglamento de IP) únicamente respecto de las entidades en que se ostente participación directa, que serán aquellas que deberán declararse a efectos de IP. De esta manera, se

deduce que las remuneraciones que perciba la consultante de las sociedades filiales penalizarían el cálculo del requisito objeto de análisis en tanto que aumentaría sus rendimientos totales respecto de los que se debe determinar el porcentaje que representa la remuneración percibida por la sociedad *holding*.

Aplicación del régimen de diferimiento a las IIC extranjeras depositadas en una entidad bancaria extranjera

Consulta de 2 de febrero de 2016 (V0408-16)

La consulta analiza la posibilidad de aplicar el régimen de diferimiento por reinversión entre participaciones y acciones de instituciones de inversión colectiva previsto en el artículo 94 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, en relación con las IIC depositadas en una cuenta abierta en una entidad bancaria extranjera, pero con cierta intervención de su sucursal en España que sí figura inscrita como entidad comercializadora de dichas IICs en el correspondiente registro de la CNMV.

Las participaciones de las IIC en cuestión están inscritas en el registro de la sociedad gestora en una cuenta global a nombre de la casa central, sin que la sucursal española participe en la estructura jurídica de tenencia de los valores como titular por cuenta de terceros. En cambio, la intervención de la sucursal se materializa a través de un sistema técnico de cuentas internas y esta interviene en la autorización de los órdenes de operaciones.

La DGT entiende que el referido régimen de diferimiento sí puede resultar aplicable en las condiciones descritas en la consulta por cuanto el requisito previsto en el apartado 2.a.1.º del artículo 94 de la LIRPF se entendería cumplido en la medida en la que en el ámbito jurídico financiero todas las operaciones que puedan originar cualquier movimiento en la cuenta de valores serán necesariamente intermediadas por la sucursal consultante.

Calificación de los pagos realizados por una sociedad española a una no residente por la suscripción de un contrato complejo de hosting de una página web

Consulta de 29 de febrero de 2016 (V0799-16)

La sociedad consultante, residente fiscal en España, suscribe un contrato para el *hosting* de una página web con una empresa residente fiscal en Estados Unidos. En virtud de dicho contrato, la sociedad no residente pone a disposición de la entidad consultante *hardware* y *software* de su propiedad, así como la formación al personal de la sociedad residente fiscal en España.

La consultante plantea cómo deben calificarse, a los efectos del CDI EEUU-España, los pagos realizados a la sociedad americana.

La DGT establece que, a pesar de la observación realizada por España a los Comentarios al Modelo Convenio de la OCDE, los pagos deben calificarse como beneficios empresariales, en la medida en la que la entidad no residente no ha creado ningún *software*, *hardware* o programa para la sociedad consultante y la sociedad española no tiene autorización para modificar o copiar el código fuente, siendo irrelevante a estos efectos que la sociedad española pueda adaptar la aplicación con los anagramas e identidad corporativa.

Asimismo, la DGT considera que la formación prestada por el personal de USCo a la sociedad consultante no debe considerarse como cesión de *know-how* ni como asistencia técnica y, por tanto, la parte de remuneración relativa a ese servicio no puede considerarse a los efectos del CDI EEUU-España como cánones, siempre y cuando la formación se limite a la transmisión de los conocimientos y asistencia necesaria para lograr el efectivo uso del producto por parte de la consultante.

Esta consulta presenta un importante cambio de criterio respecto del mantenido tradicionalmente por la DGT, conforme al cual cualquier mínima adaptación del *software* determinaba la calificación de la contraprestación como canon.

Régimen ETVE. Entidad cuyo órgano de administración tiene limitadas sus facultades de disposición sobre sus activos

Consulta de 16 de marzo de 2016 (V1065-16)

La consultante es una entidad española que ha optado formalmente por la aplicación del régimen de ETVE y que tiene participaciones en entidades no residentes en España.

Los socios —dos personas físicas no residentes en España— pretenden limitar las facultades del órgano de administración, dos administradores solidarios, para que no puedan proceder a la enajenación o adquisición de activos sin previa autorización de la Junta de Accionistas. Dicha limitación se pretende introducir mediante modificación estatutaria.

La DGT recuerda que el régimen ETVE exige que la entidad disponga de medios organizativos suficientes no para controlar la gestión de las entidades participadas, sino para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones derivadas de la condición de socio y tomar decisiones propias de dicha condición.

Con base en ello, concluye que la limitación a las facultades de los administradores supone que la entidad consultante no administra y gestiona las participaciones, por lo que el régimen ETVE no puede ser de aplicación.

Tratamiento fiscal de una fundación de interés privado de Liechtenstein

Consulta de 25 de febrero de 2016 (V0781-16)

Se trata de una persona física no residente en España que pretende constituir una fundación de interés privado de Liechtenstein (*Stiftung* o *Anstalt*) como instrumento jurídico de su planificación sucesoria con aportación de inmuebles situados en España. De acuerdo con la exposición de los hechos contenida en la consulta, se trataría de entidades con personalidad jurídica propia bajo las leyes de dicho país, en las que ni el fundador ni los beneficiarios mantendrían ningún tipo de derechos sobre los bienes transmitidos, ni control o derecho de disposición posterior. Será en todo caso un órgano independiente (*Board of Foundations* o el *Board of Directors*) quien gestionará los activos aportados a la fundación. La asignación de fondos será realizada, igualmente, por dicho órgano, que eventualmente podrá autorizar la asignación de fondos solicitada por uno de los beneficiarios.

En relación con las obligaciones fiscales en España para el fundador y los beneficiarios respecto a los bienes transmitidos a *Stiftung* o *Anstalt*, la DGT mantiene la tesis de reconocimiento de la personalidad jurídica de dichas entidades y, en consecuencia, establece que (i) en la aportación de los activos a la fundación se producirá una transmisión a título lucrativo del fundador a la fundación, que, siendo persona jurídica no residente, tributará por tal adquisición en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes; y (ii) las posteriores distribuciones a los beneficiarios supondrán, igualmente, una transmisión gratuita a favor de estos, que estará sujeta al Impuesto de Sucesiones y Donaciones por obligación personal si se trata de residentes en España; o real, cuando se trate de no residentes.

UNIÓN EUROPEA*

1 · LEGISLACIÓN

La prórroga automática de las concesiones para el ejercicio de actividades turístico-recreativas en las playas es contraria a la libertad de establecimiento

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de julio de 2016, en el asunto Promoiimpresa S.r.l/Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Idro y otros, y Mario Melis y otros/Comune di Liori Porto San Paolo y otros (as. C-458/14 y C-67/15)

La *Directiva 2006/123/CE sobre servicios en el mercado interior* establece que los Estados miembros pueden someter a un régimen de autorización una actividad de explotación económica en casos de escasez de los recursos naturales. Sin embargo, en estos supuestos, la concesión de autorizaciones debe sujetarse a un procedimiento de selección de los posibles candidatos con todas las garantías de transparencia e imparcialidad.

El Tribunal de Justicia declara que la prórroga automática de las autorizaciones no permite organizar un procedimiento de selección de este tipo y, por tanto, este proceder sería contrario

* Esta sección ha sido coordinada por Edurne Navarro Varona, del Grupo de Coordinación de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea, Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Bruselas).

a lo previsto en la Directiva. La protección de la confianza legítima de los titulares de las autorizaciones para que puedan amortizar las inversiones efectuadas no puede servir como base para justificar la prórroga automática de las concesiones. Tampoco puede invocarse el principio de seguridad jurídica para respaldar este mecanismo.

La sentencia también declara que, en caso de que la Directiva no fuera aplicable y la autorización estuviera revestida de un interés transfronterizo, la prórroga automática de la concesión a una empresa de un Estado miembro supondría una diferencia de trato que resultaría contraria a la libertad de establecimiento.

Un daño puramente económico materializado en el territorio de un Estado miembro no confiere la competencia a los tribunales de ese Estado

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de junio de 2016, en el asunto Universal Music International Holding BV/Michael Tétéreault Schilling y otros (as.C-12/15)

Esta sentencia resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo holandés al Tribunal de Justicia de la UE en relación con la interpretación del artículo 5.3 del Reglamento (CE) 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, que establece que las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas ante el Tribunal del Estado miembro donde se hubiera producido el hecho dañoso en materia delictual o cuasidelictual.

La petición se plantea después de que Universal Music, empresa holandesa, hubiera interpuesto una demanda de daños y perjuicios ante los tribunales holandeses contra un despacho de abogados de la República Checa en relación con los daños sufridos por un error cometido por este despacho durante el asesoramiento prestado a Universal Music en la negociación de un contrato de compraventa de una empresa checa. El error habría consistido en la incorporación de forma incorrecta de los comentarios enviados por los miembros del departamento legal de Universal Music en la documentación contractual, lo que determinó que el precio que Universal Music debía abonar por las acciones de la empresa checa que tenía intención de adquirir fuera cinco veces superior al pretendido. La disputa entre Universal Music y los accionistas de la empresa checa en relación con el precio de compra fue sometida a un tribunal arbitral en la República Checa y la controversia se resolvió mediante un acuerdo transaccional.

El tribunal holandés de primera instancia había inadmitido la demanda presentada por Universal Music al considerar que no era competente, ya que el mero hecho de que el importe transaccional debiera ir a cargo de una sociedad domiciliada en Holanda no bastaba para fundamentar la competencia internacional del juez neerlandés.

El Tribunal de Justicia declara en esta sentencia que, con carácter general, el Reglamento atribuye la competencia a los tribunales del Estado miembro donde está domiciliado el demandante. En la medida en que la competencia de los órganos jurisdiccionales del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso prevista en el artículo 5.3 del Reglamento es una regla de competencia especial, debe interpretarse de modo autónomo y estricto, sin que quepa una interpretación que vaya más allá de los supuestos expresamente contemplados en dicho Reglamento. Esta regla de atribución de competencia se basa en la existencia de un vínculo de conexión particularmente estrecho entre la controversia y los tribunales del lugar en que se ha producido o puede producirse el hecho dañoso. En estos casos, el demandante puede elegir entre interponer la demanda en el lugar donde se produjo el daño o donde se materializó.

En el presente caso, el daño se produjo y materializó en la República Checa, donde se negoció y firmó el contrato de compraventa y se celebró el acuerdo transaccional, momento en el que el daño patrimonial pasa a ser cierto. Por consiguiente, un daño meramente económico que se materializa en la cuenta bancaria del demandante no puede, por sí solo, ser calificado de «punto de conexión pertinente» con arreglo al artículo 5.3 del Reglamento. A este respecto, no cabe descartar que una sociedad como Universal Music haya elegido entre varias cuentas bancarias a partir de las cuales podía ordenar el pago del importe transaccional, de modo que el lugar donde se halla abierta dicha cuenta no constituye necesariamente un criterio de conexión fiable.

El Tribunal de Justicia confirma la validez de la Directiva sobre los productos del tabaco

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 4 de mayo de 2016, en el asunto Polonia/Parlamento y Consejo (as. C-358/14)

En esta sentencia el Tribunal de Justicia resuelve el recurso de anulación interpuesto por la República de Polonia contra la prohibición de comercialización de cigarrillos mentolados incluida en la Directiva 2014/40/UE sobre los productos de tabaco.

El artículo 114 TFUE prevé que el Parlamento y el Consejo europeos puedan adoptar medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, pero solo si estas son susceptibles de obstaculizar el ejercicio de las libertades fundamentales y afectar por ello directamente al funcionamiento del mercado interior o si se anticipa la aparición de tales obstáculos.

El Tribunal de Justicia constata que existían divergencias importantes entre las normativas de los Estados miembros. La inexistencia de medidas adoptadas a escala de la Unión, hacía además probable que se establecieran a nivel nacional regímenes dispares aplicables a los productos del tabaco que tienen un aroma característico, incluido el mentol. Asimismo, dado que en el mercado de los productos del tabaco los intercambios entre los Estados miembros ocupan un lugar relativamente importante, las normas nacionales reguladoras de los requisitos que deben cumplir estos productos (como los referentes a su composición) pueden obstaculizar la libre circulación de mercancías, a falta de armonización en el ámbito de la Unión.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia estima que, en ejercicio de su amplia facultad de apreciación, el legislador de la Unión podía imponer legítimamente semejante prohibición, dado que las medidas menos estrictas preconizadas por Polonia no resultan tan idóneas para lograr el objetivo perseguido. Por último, la prohibición examinada no vulnera el principio de subsidiariedad.

El Abogado General considera que la limitación en el tiempo de los efectos de la nulidad de las cláusulas «suelo» establecida por el Tribunal Supremo español es compatible con el Derecho de la Unión Europea

Conclusiones del abogado general, de 13 de julio de 2016, en los asuntos acumulados Francisco Gutiérrez Naranjo/Cajasur Banco, S.A.U., Ana María Palacios Martínez/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., y Banco Popular Español, S.A./Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu (as. C-154/15, C-307/15, y C-308/15)

En estas conclusiones, el Abogado General analiza las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante en relación con las reclamaciones interpuestas por varios particulares por las cantidades que afirman haber pagado indebidamente a las entidades financieras por la aplicación de las denominadas «cláusulas suelo» incluidas en los contratos de préstamo hipotecario desde la celebración de los contratos de crédito. Las cláusulas fueron declaradas abusivas por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013, que limitó los efectos de la nulidad en el tiempo, solo a partir de la fecha en la que se dictó la sentencia. El objeto de la cuestión prejudicial es aclarar si la sentencia del Tribunal Supremo es compatible con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

El Abogado General Mengozzi afirma que la Directiva no tiene por objeto la armonización de las sanciones aplicables en caso de que se aprecie el carácter abusivo de la cláusula y que corresponde a los Estados miembros precisar estos aspectos. Por tanto, no existe una obligación de establecer la nulidad retroactiva de la cláusula. La limitación de efectos establecida por el Tribunal Supremo satisface las exigencias del principio de equivalencia, ya que, a pesar de su excepcionalidad, la medida adoptada por el Tribunal Supremo no está reservada a casos relativos al Derecho de la UE. También respeta el principio de efectividad, porque, con posterioridad a 9 de mayo de 2013, tiene un claro efecto vinculante y disuasorio; y, con anterioridad a esa fecha, se establece una limitación excepcional, justificada por la seguridad jurídica y la necesidad de limitar las repercusiones macroeconómicas sobre el sistema bancario español, sin que se rompa el equilibrio en la relación existente entre el consumidor y el profesional.