

# CRÓNICA LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Unión Europea, España y Portugal

## ADMINISTRATIVO\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

Reglamento de desarrollo de la Ley de desindexación de la economía española

*Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (BOE de 4 de febrero de 2017)*

El pasado 4 de febrero se publicó en el *BOE* el Real Decreto 55/2017, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley de desindexación de la economía española (Ley 2/2015). Se dispuso su entrada en vigor al día siguiente de su publicación, esto es, el 5 de febrero de 2017.

El Real Decreto consta de cuatro capítulos, dos disposiciones adicionales y dos disposiciones finales.

(i) El capítulo I contempla el objeto y ámbito de aplicación del reglamento. Su objeto es el desarrollo de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, así como del artículo 89 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Así, el reglamento resulta de aplicación a las revisiones de valores monetarios en cuya determinación intervenga el sector público, con independencia de que tal intervención tenga su origen en un contrato o en una norma, y siempre que la revisión esté motivada por variaciones de costes. Están excluidas, por tanto, aquellas revisiones de valores monetarios motivadas por consideraciones distintas a las variaciones de costes, como por ejemplo por criterios de equidad, sanción o disuasión.

(ii) El capítulo II desarrolla los principios aplicables a todas las revisiones de valores monetarios motivadas por variaciones de costes, independientemente de si la revisión tiene lugar periódicamente y de si es predeterminada, esto es, de si resulta de la aplicación una fórmula preestablecida que relacione de manera exacta la evolución del valor con la de un precio, índice de precios o fórmula que lo contenga.

(iii) El capítulo III establece el conjunto de reglas aplicables al régimen de revisión periódica y predeterminada de valores monetarios, regulado por el artículo 4 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo. En particular, el artículo 6 establece un listado exhaustivo y cerrado del conjunto de valores monetarios que pueden acogerse al régimen de revisión periódica y predeterminada en función de índices específicos de precios.

(iv) El capítulo IV establece el conjunto de reglas rectoras de los regímenes de revisión no periódica y de revisión periódica no predeterminada de valores monetarios. En particular, el artículo 11 permite la inclusión de los costes de mano de obra en dichas revisiones y establece el mismo límite al respecto que en el caso del régimen de revisión periódica y predeterminada. Por su parte, el artículo 12 regula el contenido de la memoria económica que deben acompañar a cada una de las revisiones realizadas bajo los regímenes mencionados.

---

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

Por último, la disposición adicional primera establece el contenido mínimo de la memoria económica prevista por el artículo 5 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, para toda revisión periódica no predeterminada o no periódica que no venga motivada por variaciones en los costes. Por su parte, la disposición adicional segunda regula la vigencia de la normativa específica aplicable a los valores monetarios del sector energético para los que se permite la revisión periódica y predeterminada.

## [Portugal]

### Concurso Público - Adjudicação e Contratação Vinculada

#### *Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo 8 de setembro de 2016 (Processo n.º 0568/16)*

No Presente Acórdão, o STA é chamado a pronunciar-se sobre uma questão no âmbito da contratação pública, mais concretamente, a de saber se o Tribunal está ou não vinculado a condenar a administração à adjudicação de um contrato e à sua celebração.

Um concorrente, cuja proposta foi excluída, impugnou esse mesmo ato de exclusão, tendo-lhe sido dada razão na primeira e segunda instância, sendo a administração condenada « (...) a emitir os atos administrativos devidos.» (Acórdão do TCAS de 24 de Fevereiro de 2016). O concorrente entendeu no entanto que essa condenação genérica não era suficiente, visto que no caso da sua proposta ser readmitida e uma vez que o critério de adjudicação adotado foi o do preço mais baixo, esta venceria o concurso. Por essa razão, segundo o concorrente, a adjudicação do contrato e a sua celebração são atos vinculados, impondo-se uma pronúncia condenatória da Administração à prática concreta desses atos.

O Tribunal indicou como questão a resolver saber se, num caso em que ficou demonstrado que a proposta excluída, a ser readmitida, ficaria em primeiro lugar atento o disposto nos artigos 71º, n.º 1 e 2, e 95º, n.º 3, do CPTA (na redação anterior à entrada em vigor do DL n.º 214-G/2015, de 2/10), o Tribunal está vinculado a condenar a Administração a adjudicar o contrato e a celebrá-lo. Refere o Tribunal que, tratando-se, de um ato vinculado, já que a margem de discricionariedade da Administração encontra-se, no caso concreto, reduzida a zero, o conteúdo do Acórdão deve ir para além do reconhecimento do pedido de impugnação do ato de exclusão da proposta e, efetivamente, impor uma conduta à Administração: a de adjudicar a proposta agora readmitida sem prejuízo do disposto no artigo 77º, n.º 2, do CCP, e a celebrar o contrato respetivo.

Entendeu portanto, o STA que tratando-se de um ato vinculado, nos termos em que se expôs acima, o Tribunal encontra-se vinculado à condenação da Administração na prática do ato de adjudicação, não bastando portanto uma mera sentença de condenação genérica que deixe ainda margem de discricionariedade à Administração.

### Mercado Energético Europeu - Atribuição de Capacidade a Prazo

#### *Regulamento (UE) n.º 2016/1719 da Comissão, de 26 de setembro de 2016 (JOUE L259, de 27 de setembro de 2016)*

O Regulamento (UE) n.º 2016/1719 da Comissão, de 26 de setembro de 2016, que estabelece orientações sobre a atribuição de capacidade a prazo, vem estabelecer as primeiras regras quanto à integração e acesso pelos operadores das redes de transporte de eletricidade nacionais às redes de transportes de outros Estados Membros e vem complementar o Regulamento (CE) n.º 714/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, relativo às condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de eletricidade.

Este Regulamento estabelece regras pormenorizadas sobre (i) a atribuição de capacidade interzonal nos mercados a prazo; (ii) a criação de uma metodologia comum para determinar capacidades interzonais a longo prazo; (iii) a criação de uma plataforma única de atribuição a nível europeu que ofereça direitos de transporte a longo prazo; e (iv) a possibilidade de devolver direitos de transporte a longo prazo, para subsequente atribuição de capacidade a prazo, ou de transferir direitos de transporte a longo prazo entre os participantes no mercado.

O Regulamento tem como finalidade garantir a segurança do fornecimento energético e a realização de um mercado interno para a energia plenamente funcional, contribuindo para o funcionamento e o desenvolvimento eficientes, da rede de transporte e do setor da eletricidade na UE. Mais concretamente, procura-se estabelecer regras harmonizadas de atribuição de capacidade

interzonal a longo prazo para garantir o efetivo acesso ao mercado de energia Europeu. Pretende-se também (i) assegurar uma coordenação entre os operadores de redes de transporte para assegurar o cálculo fiável da capacidade, criando-se para esse efeito a plataforma única de atribuição de capacidade a nível europeu; (ii) fomentar o comércio interzonal a longo prazo através da possibilidade de cobertura de riscos associados aos preços futuros na zona em que operam; e (iii) proporcionar um acesso não-discriminatório à capacidade interzonal a longo prazo.

O Regulamento aplica-se a todas as redes de transporte e interligações na UE, à exceção das redes de transporte de ilhas que não estejam ligadas a outras redes de transporte através de interligações, e entra em vigor 21 dias depois da sua publicação, a 17 de Outubro de 2016.

#### **Produção de Energias Renováveis - Redução e Dedução de Remunerações Garantias**

*Portaria n.º 268-B/2016 (DR 197, SÉRIE I, de 13 de outubro de 2016)*

A Portaria n.º 268-B/2016, do Secretário de Estado da Energia, vem estabelecer o dever de dedução pelo Comercializador de Último Recurso («CUR»), em favor do Sistema Elétrico Nacional («SEN»), dos valores recebidos pelos centros eletroprodutores de energia renovável que beneficiaram, cumulativamente, de apoios à promoção e ao desenvolvimento das energias renováveis e de remunerações garantidas.

Os centros eletroprodutores que produzem energia renovável estão, por força do Decreto-Lei n.º 189/88, de 27 de maio, e do Decreto-Lei n.º 23/2010, de 25 de março, abrangidos por um regime especial, pelo qual beneficiam de remunerações garantidas fixadas administrativamente, as quais são pagas pelo CUR. A Secretaria de Estado da Energia vem agora constatar que alguns desses centros eletroprodutores terão recebido indevidamente, para além dessas remunerações garantidas, apoios à promoção e ao desenvolvimento das energias renováveis através de outros apoios públicos. A presente Portaria vem estipular que o valor desses apoios à promoção e desenvolvimento têm agora que ser deduzidos aos montantes recebidos como remuneração garantida. Os valores que a Portaria supõe terem sido recebidos em excesso são corrigidos a favor do SEN.

Estabelece-se, para esse efeito, que por despacho do membro do Governo responsável pela área da energia a proferir no prazo de 30 dias contados da publicação desta Portaria, será identificado o valor recebido em excesso por cada centro eletroprodutor. Estabelece-se ainda que o mesmo membro do Governo fixará por despacho o valor, em euros por Megawatt-hora, a abater às remunerações devidas no futuro pelo CUR aos centros eletroprodutores abrangidos pela norma.

A portaria entrou em vigor dia 10 de Outubro deste ano.

#### **Transmissão pelo Estado para o município de Lisboa do capital social da Companhia Carris de Ferro de Lisboa, S.A.**

*Decreto-Lei n.º 86-D/2016, de 30 de dezembro (DR 250, SÉRIE I, de 30 de dezembro de 2016)*

Por estipulação do Decreto-Lei n.º 86-D/2016, de 30 de dezembro, é transferida para o município de Lisboa a titularidade do capital social da Companhia Carris de Ferro de Lisboa, S.A. («Carris»), com a finalidade de a «municipalizar», como o afirma o preâmbulo do Decreto-Lei.

Tendo em vista a finalidade acima descrita, o Decreto-Lei estabelece no número 1 do seu artigo 4º que com a sua entrada em vigor «(...) consideram-se transmitidas do Estado para o município de Lisboa, independentemente de quaisquer formalidades, todas as ações representativas do capital social da Carris.», explicitando o número 2 desse mesmo artigo que essa transmissão abrange ainda a universalidade de direitos e obrigações de que a Carris é titular, incluindo as participações sociais que esta detenha noutras sociedades. Não se transmitem no entanto, para o município de Lisboa, as participações sociais detidas pela Carris em entidades terceiras, nem a posição desta nos Agrupamentos Complementares de Empresas que constam do Anexo II do Decreto-Lei, mantendo-se na titularidade da Carris.

Por efeito do artigo 7º do diploma, o município de Lisboa assume a responsabilidade pelo financiamento «(...) das obrigações de serviço público impostas à Carris, bem como a responsabilidade pelos respetivos resultados de exploração». Não obstante, o artigo 6º estabelece que nem todas as obrigações da Carris são transmitidas com esta. Segundo esse preceito legal, o Estado assume as obrigações inerentes (i) à dívida financeira da Carris, enquanto dívida bancária acumulada reconhecida no balanço da Carris em 31 de dezembro de 2016, bem como os

encargos financeiros resultantes da referida dívida que se possam vencer após aquela data, (ii) às responsabilidades formadas ou em formação relativas a complementos de pensões de reforma ou invalidez dos trabalhadores da Carris, já reformados e em funções a 31 de dezembro de 2016, (iii) a quaisquer eventuais responsabilidades resultantes da anulação do ato de adjudicação relativo ao Contrato de Subconcessão da exploração do sistema de transporte da Companhia Carris de Ferro de Lisboa, S.A., e da anulação do mesmo contrato, por deliberação, em 24 de março de 2016, que venham a ser apuradas em termos definitivos, designadamente por sentença judicial ou acórdão arbitral transitados em julgado, (iv) às compensações financeiras no âmbito da prestação da obrigação de serviço público de disponibilização de títulos de transporte intermodais, nomeadamente os passes sociais, nos termos do regime legal que esteja em vigor à data, (v) a quaisquer eventuais responsabilidades que resultem de contratos de derivados financeiros com instituições financeiras, que venham a ser apuradas em termos definitivos, seja por via de execução ou liquidação contratual, seja por via judicial ou arbitral e (vi) a quaisquer eventuais responsabilidades relativas a factos formados até 31 de dezembro de 2016 ou que tiveram início antes dessa data, desde que não estejam reveladas no balanço da Carris referente ao ano de 2016, que venham a ser apuradas em termos definitivos, designadamente por sentença judicial ou acórdão arbitral transitados em julgado.

Por este diploma, opera-se ainda a transmissão da posição contratual do Estado no Contrato de Concessão de serviço Público de Transporte Coletivo de Superfície de passageiros, de 31 de dezembro de 1973, celebrado entre o Estado e a Carris, para o município de Lisboa. Com efeito, estabelece o artigo 3º que o município sucede na posição do Estado nesse contrato com todos os poderes públicos, direitos e obrigações inerentes.

O presente diploma entra em vigor a 1 de fevereiro de 2017.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Unión Europea]

**El TJUE declara su competencia para interpretar una norma nacional dictada en aplicación una norma europea de armonización técnica**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) C-613/14, de 27 de octubre de 2016*

En esta sentencia, el TJUE aborda el rango jurídico y la calificación de las normas europeas de armonización técnica de los productos de construcción con la finalidad de decidir su competencia para conocer e interpretar una norma nacional que haya sido dictada en su concreción y aplicación por un Estado miembro.

El TJUE declara su competencia para interpretar las medidas nacionales que hayan sido dictadas para la ejecución o aplicación de una norma europea armonizada, con el objetivo de garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la Unión Europea, independientemente de que la norma europea no tenga efectos obligatorios *stricto sensu*. Sobre la base de lo anterior, el Tribunal concluye que la norma no vincula al juez nacional a la hora de interpretar un contrato privado en lo referente a la conformidad del producto con las especificaciones contractuales o su idoneidad para el uso o la calidad comercializable.

**El TJUE determina que la regulación de los aranceles de los procuradores no es contraria al Derecho de la UE**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) C-532/15 y C-538/15, de 8 de diciembre de 2016*

En el seno de dos procedimientos diferentes, la Audiencia Provincial de Zaragoza y el Juzgado de Primera Instancia de Olot (Gerona) elevaron dos cuestiones prejudiciales al TJUE en la que le planteaban la adecuación de la regulación de los honorarios de los procuradores existente en España con el Derecho de la Unión Europea.

El TJUE parte de la consideración de que, aunque los artículos 101 y 102 TFUE se refieren al comportamiento de empresas, en virtud del principio de cooperación previsto en el artículo 4.3 del TFUE, los Estados miembros no pueden aprobar ni mantener en vigor medidas que anulen su efecto útil.

Sin perjuicio de lo anterior, el TJUE entiende que, en este caso, el Reino de España no ha impuesto ni favorecido prácticas que puedan reputarse contrarias a esos artículos 101 y 102 del TFUE en la medida en que no ha delegado facultades en la elaboración del arancel a operadores privados (en concreto, a asociaciones profesionales de procuradores) y en que su regulación se encuentra bajo control estatal al encontrarse regulados en un Real Decreto, es decir, en una norma estatal dictada en ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno. Considera, adicionalmente, que las correspondientes liquidaciones de honorarios profesionales en materia de arancel de procuradores también se encuentran bajo control estatal al existir un procedimiento específico de tasación de costas sometido a control jurisdiccional.

## [España]

**El Tribunal Constitucional considera que no hay vulneración de la autonomía local (i) si la Comunidad Autónoma regula ámbitos en los que concurra un interés supramunicipal, (ii) si ha ponderado los intereses municipales afectados y (iii) si ha asegurado a los Ayuntamientos un nivel de intervención tendencialmente correlativo a la intensidad de tales intereses**

### *Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional n.º 152/2016, de 22 de septiembre*

El Ayuntamiento de Abrucena y otros 111 municipios de Andalucía formalizaron un conflicto en defensa de la autonomía local contra los artículos 32, 33, 78, 82.2, 91, 92, 93, 94, 95 y 96 de la Ley 9/2010, de 30 de julio, de aguas de Andalucía. El Tribunal Constitucional, por distintas cuestiones procesales, acabó limitando el objeto del conflicto a los artículos 32.4, 33.1 y 82.2 de la Ley.

(i) Por lo que se refería al artículo 32.4 de la Ley 9/2010, los municipios alegaban que vulnera la autonomía local porque (a) condicionaba el ejercicio de una competencia local a lo que dispusiera una resolución administrativa y (b) porque el apartado tercero del precepto penalizaba a los entes locales que no se integren en el sistema de gestión supramunicipal.

El TC considera, respecto de la primera cuestión, que no hay vulneración de la autonomía local (a) si la Comunidad Autónoma regula ámbitos en los que concurra un interés supramunicipal, (b) si ha ponderado los intereses municipales afectados y (c) si ha asegurado a los Ayuntamientos un nivel de intervención tendencialmente correlativo a la intensidad de tales intereses. En este sentido, el TC acaba concluyendo que dicho artículo no vulnera la autonomía local, puesto que (a) no impide o no hace inviable la prestación por los municipios de los servicios de su competencia y (b) el límite de dicha autonomía, constituida por el derecho de los municipios a intervenir en las medidas que les afectan, se instrumenta a través de varios cauces porque las competencias de los municipios en abastecimiento de agua no necesariamente deben abarcar todas las facultades de la materia.

Respecto de la segunda cuestión, la penalización de los entes locales que no se integrasen en el sistema de gestión supramunicipal, el TC considera que no vulneraría la autonomía local, dado que (a) la integración en un sistema de gestión supramunicipal no es contraria a la autonomía local, de tal modo que este apartado tercero del artículo 32.4 se limitaría a prever las consecuencias que derivarían del desconocimiento de dicha integración, y (b) dicho precepto establece una financiación dirigida a las infraestructuras municipales y es legítimo que los municipios que no se integren en dicha infraestructura municipal no obtengan la financiación que a ella se dirige.

(ii) En relación con el artículo 33.1 de la Ley 9/2010, que establece que si las redes de abastecimiento que sean titularidad de las entidades locales o de las sociedades de economía mixta participadas por ellas tienen un rendimiento inferior al establecido reglamentariamente, no podrán ser beneficiarias de financiación de la Junta de Andalucía, el TC considera que tampoco infringe la autonomía local al seguir conservando los municipios su derecho a intervenir en el abastecimiento de agua. No les priva de su gestión.

(iii) Por último, en relación con el artículo 82.2 de la Ley 9/2010, que regula el pago del canon de mejora de infraestructuras hidráulicas de depuración de interés de la Comunidad Autónoma, el TC considera que tampoco vulneraría la autonomía local porque el precepto no merma la capacidad decisoria de los entes locales y porque estos van a seguir ejerciendo sus competencias en relación con el suministro de agua y tratamiento de aguas residuales de la misma forma que lo venían haciendo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2010.

**Inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad por haberse planteado simultáneamente cuestión prejudicial ante el TJUE**

*Auto del Tribunal Constitucional n.º 183/2016, de 15 de noviembre de 2016*

El Tribunal Constitucional inadmite a trámite una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha al haberse planteado por ese mismo Tribunal, de forma prácticamente simultánea y respecto de los mismos preceptos legales, una cuestión prejudicial ante el TJUE.

A juicio del TC, el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE determina que no pueda entenderse cumplido, respecto de la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, el requisito de que la norma con rango de ley cuestionada sea «*aplicable al caso*» (arts. 163 CE y 35.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional). A su juicio, la pendencia de resolución de la cuestión prejudicial impide el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, hasta que el TJUE la resuelva, puesto que la eventual incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión Europea sería causa de su inaplicabilidad en el proceso.

**El TS determina que el régimen de financiación del bono social no es conforme al Derecho de la Unión Europea**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, n.º 2279/2016, de 24 de octubre de 2016*

El Alto Tribunal examina si la metodología para fijar el reparto de la financiación del bono social contenida en el Real Decreto 968/2014 es ajustada a Derecho. El Tribunal entiende que incumple la Directiva 2009/72/CE en cuanto al respeto a los requisitos exigidos para la imposición de obligaciones de servicio público, como sería el caso del bono social. El Tribunal Supremo se pronuncia en dos sentencias, de razonamientos y conclusiones idénticas, sobre este punto, a raíz de la presentación de cuatro recursos diferentes.

La sentencia entiende que la imposición de esta obligación de financiación a las matrices de los grupos de sociedades que desarrollan las actividades de producción, distribución y comercialización —las tres concurrentemente— no cumple con las condiciones de claridad, transparencia y control impuestas por la normativa europea. En este sentido, el Tribunal Supremo argumenta que no se justifica la imposición exclusiva a los grupos verticalmente integrados y que desarrollen las tres actividades mencionadas, excluyéndose la de transporte, y de un modo que no tiene en cuenta en la práctica su capacidad económica ni volumen de negocio.

Es importante destacar que el Tribunal no se pronuncia sobre el bono social en sí mismo y reconoce que una de las modalidades para sufragarlo que puede elegir el legislador es su repercusión a los operadores del sector, pero siempre y cuando se cumplan con las previsiones legales. En consecuencia, y teniendo en cuenta una reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la regulación análoga del gas, declara inaplicable y nulo el régimen de financiación del bono social y los artículos correspondientes del Real Decreto, así como el deber de indemnizar a las recurrentes por las cantidades abonadas en tal concepto.

La sentencia cuenta con un voto particular que discrepa con el fallo adoptado por la mayoría de magistrados al considerar que las circunstancias concretas del mercado español y los bienes jurídicos que protege la norma hacen compatible la regulación recurrida con el margen de discrecionalidad del que disponen los Estados miembros o que, en su caso, debería haberse remitido cuestión de prejudicialidad al TJUE.

**El TS declara que si una norma es contraria al Derecho europeo, el principio de primacía obliga a su inaplicación aunque esté pendiente la decisión sobre su constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, n.º 2394/2016, de 10 de noviembre de 2016*

El Tribunal Supremo decide sobre el recurso interpuesto contra el Real Decreto 1657/2012, que regulaba el pago de la compensación por copia privada en el ámbito de propiedad intelectual, interpuesto por varias sociedades de gestión de derechos de autor. En el marco de ese procedimiento, el Tribunal Supremo planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la adecuación de este reglamento al ordenamiento europeo, sobre la que este se pronunció en el asunto C-470/2014.

De acuerdo con lo fallado por el TJUE, el Tribunal Supremo declara incompatible el sistema de compensación por copia privada con la Directiva 2001/29/CE, ya que se configura con cargo a

los Presupuestos Generales del Estado y no asegura que sean los usuarios quienes soporten efectivamente el coste de la compensación, lo que exige la mencionada directiva.

En el razonamiento del Tribunal se pone de manifiesto que es indiferente que esté pendiente de decisión un recurso de inconstitucionalidad contra la norma legal que daba cobertura a la norma reglamentaria impugnada, ya que, si existe vulneración del Derecho de la Unión Europea, el principio de primacía impone a los tribunales nacionales la inaplicación de las normas implicadas con independencia de su rango normativo.

**La identidad de hechos es el elemento fundamental para suspender el procedimiento administrativo por prejudicialidad penal**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, n.º 2249/2016, de 18 de octubre de 2016*

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina presentado por la recurrente. El TS considera que la sentencia de instancia debió haber considerado no conforme a Derecho la actuación de la Administración en un procedimiento sancionador tributario en el que no suspendió la tramitación a pesar de conocer que se estaba sustanciando un procedimiento judicial penal sobre los mismos hechos.

Entiende el Tribunal Supremo, a este respecto, que la cuestión fundamental que debió examinar la Administración ante la alegación de prejudicialidad es que ambos procedimientos versaran sobre los mismos hechos: si las facturas emitidas por los socios de la mercantil recurrente respondían o no a operaciones reales. Y ello con independencia de que el procedimiento sancionador tuviera por objeto el Impuesto sobre el Valor Añadido y que el procedimiento penal versase, por el contrario, sobre el Impuesto de Sociedades.

**El derecho a edificar se materializa con la licencia urbanística, patrimonializándose en ese momento, con las consecuencias indemnizatorias que ello comporta**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5.ª), n.º 2324/2016, de 28 de octubre de 2016*

El Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior Justicia de Galicia que desestimaba un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de una resolución del director general de Patrimonio Cultural de la Junta de Galicia. En virtud de dicha resolución se adoptaron una serie de medidas en relación con los hallazgos arqueológicos descubiertos en Atalaia-San Ciprán (Cervo), tales como la obligación de mantener «*in situ*» los hallazgos arqueológicos.

El Tribunal Supremo, en contra del criterio del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, considera que el hecho de que la promotora fuese titular de las licencias de obras sobre los solares con anterioridad al hallazgo arqueológico —sin importar que se iniciaran o no las obras— comporta la privación de un derecho cuya ablación no puede ser soportada exclusivamente por su titular. Constituye, en consecuencia, una lesión antijurídica y, como tal, indemnizable, pues el recurrente no tiene el deber jurídico de soportar el daño causado, con independencia de que se funde en su protección en interés y beneficio de la colectividad.

En cuanto a la extensión y conceptos indemnizatorios a los que tiene derecho la recurrente, el TS señala que debe tenerse en cuenta que en ningún momento se iniciaron las obras de construcción. Por ese motivo, entiende que solamente cabe compensar la pérdida de aprovechamiento que se ha producido como consecuencia de la obligación de mantener «*in situ*» los hallazgos arqueológicos, así como los gastos de los proyectos, las licencias y la publicidad de las promociones.

A tal efecto, el Tribunal Supremo, finalmente, declara (i) la anulación de la sentencia del Tribunal Superior Justicia de Galicia y (ii) la anulación parcial de la resolución del director general de Patrimonio Cultural de la Junta de Galicia, reconociendo el derecho del recurrente al abono de una indemnización.



**La prescripción de la ejecución de un acto queda suspendida durante tiempo que media entre el acuerdo de suspensión cautelar de la ejecución de un acto y la prestación efectiva de la caución**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, n.º 1899/2016, de 20 de julio de 2016*

El Tribunal Supremo aborda en la resolución de un recurso de casación para la unificación de doctrina la cuestión de la posible prescripción del derecho a cobrar de la Administración en casos en los que se acordó la suspensión de la ejecución con la condición de aportar caución y esta no fue cumplida, sin pronunciamiento al respecto del órgano judicial.

El Alto Tribunal entiende que la Administración debe esperar a una resolución que declare el alzamiento de la suspensión para poder ejecutar, lo que no implica que durante ese tiempo se haya producido la prescripción de la ejecución, no pudiendo reputarse este lapso de tiempo como período de inactividad de la Administración porque el plazo de prescripción quedó suspendido.

**La Audiencia Nacional considera que el perjuicio producido por el pago de una deuda tributaria es indicio bastante para admitir a trámite de la solicitud de suspensión de pago de sin garantías**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, n.º 288/2016, de 7 de julio de 2016*

La controversia gira en torno a la inadmisión a trámite de la solicitud de una sociedad de la suspensión del pago de una deuda tributaria sin garantías, por producirse perjuicios de difícil o imposible reparación, ante el Tribunal Económico-Administrativo Central. El criterio aplicado por este órgano fue que las dificultades económicas o patrimoniales no constituían, por sí solas, tal perjuicio, ya que de otro modo toda exigencia tributaria conllevaría perjuicios irreparables en caso de no poder ser abonada.

Sin embargo, la Audiencia Nacional, apoyándose en el criterio del Tribunal Supremo, diferencia entre el momento de admisión a trámite de la solicitud de suspensión y su valoración propiamente dicha. De este modo, entiende que la Ley exige que se considere la existencia de indicios de tales perjuicios para la admisión a trámite, pero no que se valore su propia concurrencia, lo que está reservado para un momento procesal posterior con sustantividad propia.

De esta manera, estima el recurso contencioso-administrativo por haberse excedido el TEAC al pronunciarse sobre la procedencia de la suspensión, además con una insuficiente motivación general que no hace referencia a los numerosos documentos aportados.

**La regulación legal autonómica de las instalaciones de autoconsumo de energía proveniente de fuentes renovables ha de sujetarse a la normativa básica dictada por el legislador estatal. En la actualidad, esas instalaciones están sujetas al peaje contenido en la LSE**

*Sentencia de la de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, n.º 371/2016, de 6 de julio de 2016*

Se trata de la sentencia que resuelve la impugnación de la sanción impuesta por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a Nuclenor, S.A. como consecuencia del cese de actividad en la central nuclear de Santa María de Garoña (Burgos) sin seguir el procedimiento administrativo legalmente previsto al efecto. Ese cese tuvo lugar entre el 14 y el 22 de diciembre de 2012, de suerte que resultaba de aplicación la ya derogada Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

El cierre de la central nuclear fue acordado por el Consejo de Administración de Nuclenor el 14 de diciembre de 2012. El cese de actividad efectivo se produjo el 16 de diciembre de 2016, y la descarga del combustible radiactivo en la piscina de almacenamiento concluyó el día 22. El 28 de diciembre de 2012, Nuclenor remitió a la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y al Consejo de Seguridad Nuclear sendas comunicaciones respecto de su decisión de cesar la actividad en la central.

La cuestión jurídica de fondo que resuelve la sentencia versa sobre si Nuclenor ha cumplido o no las previsiones legales que regulan el procedimiento a seguir para el cese de actividad de una central de producción eléctrica. De un lado, la CNMC sostuvo, como fundamento de la sanción impuesta, que el cese de actividad de la central, en tanto se trata del cese de actividad de una instalación de producción eléctrica, debe contar con la autorización administrativa previa exigida por la Ley, sin perjuicio de que a ella puedan sumarse otras exigencias derivadas de la normativa particular en materia nuclear. De otro, Nuclenor sostiene que no es necesaria dicha autorización, por cuanto, sobre el principio general *lex specialis derogat generalis*, la exigencia de comunicación contenida en el Reglamento sobre instalaciones nucleares y radiactivas, aprobado mediante Real Decreto 1836/1999, de 3 de diciembre, sustituye la necesidad de aquella autorización.



La Audiencia Nacional resuelve la cuestión señalando que las previsiones contenidas en la normativa especial en materia nuclear no son sustitutivas, sino complementarias de las normas generales reguladoras del sector eléctrico. En concreto, apunta la Sala que la disposición adicional décima de la LSE adiciona ambos regímenes cuando señala que «*las instalaciones de producción de energía eléctrica a las que sea de aplicación la Legislación Especial en materia de energía nuclear, se regirán por la misma, además de por lo dispuesto en la presente Ley*». Además, a juicio de la Audiencia, no opera entre las dos normas citadas el principio de especialidad, sino el de jerarquía, por cuanto la normativa especial cuya aplicación se pretende está contenida en un Reglamento mientras que la general la alberga una Ley. En resumidas cuentas, la sanción impuesta a Nuclenor por la CNMC está debidamente fundada, por cuanto esa mercantil no contó con la previa autorización administrativa para cerrar la central.

## ARBITRAJE Y MEDIACIÓN\*

### 1 · JURISPRUDENCIA

#### [España]

**TSJ de Madrid desestima una acción de anulación en la que se solicitaba la nulidad de un laudo, entre otros motivos, por la falta de suspensión de una vista celebrada sin el demandado**

*Sentencia 57/2016, de 27 de septiembre, de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid*

El pasado 27 de septiembre de 2016, la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó una demanda de anulación de un laudo dictado por un árbitro único en un procedimiento arbitral administrado por el Tribunal de Arbitraje Deportivo (el «TAS»), en la que se alegaba, entre otros, la vulneración de los derechos de defensa y contradicción.

En concreto, el demandado en el procedimiento arbitral (un jugador de fútbol) alegó que durante la tramitación del arbitraje se celebró una vista sin su comparecencia, en la que se decidieron las normas esenciales del procedimiento (entre ellas, se confirmó la tramitación del arbitraje por un árbitro único, que había sido designado antes por el TAS, en lugar de un tribunal arbitral de tres miembros), lo que generó una vulneración de sus derechos procesales.

El TAS citó al jugador a esa comparecencia y, a continuación, el jugador manifestó que (i) su letrado no podía acudir a esa vista, por tener otra vista señalada en esa fecha; (ii) prefería un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros; y, además, (iii) indicó que no abonaría la mitad de la provisión de fondos del arbitraje.

Posteriormente, el TAS señaló que la inasistencia anunciada por el jugador se encontraba «*carente de justificación y acreditación*» y que, en todo caso, a esa vista podía acudir personalmente el jugador o la persona que este designase. Asimismo, el TAS señalaba que, conforme al artículo 5 del Reglamento del TAS, la falta de ingreso de la mitad de la provisión de fondos supondría una renuncia a intervenir en el arbitraje, de manera que solo se daría traslado de aquellas actuaciones que el árbitro considerase imprescindibles.

A la vista de lo anterior, el letrado del jugador aportó documentación acreditativa de su imposibilidad de asistir a la vista fijada por el TAS. Sin embargo, el TAS rechazó suspender la vista —remitiéndose a lo señalado en su comunicación anterior— «*sin perjuicio de las alegaciones que corresponda realizar ante el árbitro en el día de la comparecencia*».

\* Esta sección ha sido coordinada por Luis Capiel, y en su elaboración han participado Mónica Zarza-lejos Herrero, Olga Puigdemont Sola, 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, Almudena Azcárate Ortega y Lina Fernández del Portillo, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

Una vez celebrada la vista, el árbitro acordó dejar en suspenso el plazo para formular la demanda, otorgando al jugador un plazo de 5 días hábiles para que pudiera realizar las alegaciones oportunas en relación con aquellas cuestiones que habían sido acordadas en la comparecencia a la que no había asistido.

El letrado del jugador se limitó a formular protesta a los efectos de una acción de anulación del laudo y una crítica al artículo 5 del Reglamento del TAS.

Pues bien, tras examinar los motivos de anulación, la Sala aprecia, en primer lugar, que, al haberse concedido un trámite de alegaciones al jugador tras la celebración de la vista, no existió vulneración de los principios de contradicción e igualdad de armas.

En segundo lugar, la Sala entiende que la protesta formulada por el jugador no guardaba relación con lo acordado en la vista y que la interpretación y validez del artículo 5 del Reglamento del TAS no es objeto de la acción de anulación. Asimismo, la Sala pone de manifiesto que el árbitro designado nunca fue recusado.

A la vista de todo lo anterior, la Sala concluye que, aunque se entendiese que la falta de suspensión de la vista suponía una infracción del procedimiento, en el presente caso no se había causado ninguna indefensión material al jugador, al respetarse el principio de contradicción. Por tanto, la Sala desestima la demanda de anulación del laudo arbitral y condena al jugador al pago de las costas del procedimiento.

**TSJ de Madrid anula dos laudos parciales con base en la falta de independencia e imparcialidad del árbitro y la falta de imparcialidad de la institución arbitral**

*Sentencia 70/2016, de 4 de noviembre, de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid*

El 4 de noviembre de 2016, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia Madrid dictó una sentencia por la que estimó una acción de anulación de dos laudos parciales dictados en un arbitraje administrado por el Tribunal Arbitral de Barcelona (el «TAB»). El primero de ellos desestimaba la caducidad del procedimiento arbitral, y el segundo confirmaba la validez del convenio arbitral.

En lo que aquí interesa, el demandante en anulación sostuvo como motivo de anulación la falta de independencia e imparcialidad tanto del árbitro (un notario de Madrid) como de la institución arbitral (*ex* artículos 41.1.d y 41.1.f de la Ley de Arbitraje).

Al inicio del arbitraje, el demandante en anulación se opuso al nombramiento del árbitro propuesto por el TAB por entender, por un lado, que carecía de experiencia en arbitrajes; y, por otro lado, que, como notario, tendría un interés en el procedimiento al trabajar con entidades financieras como la demandada en anulación, Caixabank.

A pesar de lo anterior, el TAB nombró al referido árbitro, que no formuló reservas en su declaración de independencia e imparcialidad.

Dos semanas después de su nombramiento, el demandante en anulación solicitó al árbitro que aclarase su relación profesional con Caixabank. Así pues, el árbitro reconoció mantener relaciones comerciales con Caixabank, si bien alegó que no representaban, ni desde el punto de vista cuantitativo ni cualitativo, una parte significativa de su negocio. Con base en la información anterior, el demandante en anulación formuló recusación, que fue desestimada por el TAB.

En el seno del procedimiento de anulación, el árbitro explicó que en el año 2016 (es decir, estando pendiente el arbitraje) intervino en 14 escrituras (de un total de 858) en las que una de las partes era Caixabank.

A la vista de lo anterior, la Sala consideró que, en el presente caso, el árbitro mantenía una relación profesional estable —en su condición de notario— con Caixabank, de manera que existían dudas razonables y objetivas sobre su falta de independencia e imparcialidad. Así pues, en opinión de la Sala, los laudos impugnados infringían el orden público al haber sido dictados por un árbitro parcial y dependiente.

En lo que respecta al TAB, el demandante en anulación alegó que Caixabank, como parte en numerosos arbitrajes administrados por el TAB, representaba una importante fuente de ingresos para la referida institución (en concreto, un 11,62 % del total de sus ingresos), lo que a su juicio permitía dudar de su independencia. Asimismo, el demandante en anulación fundó la falta de

imparcialidad del TAB en su negativa a recusar al árbitro a pesar de su evidente vinculación con una de las partes.

Pues bien, en su sentencia, la Sala recuerda que el hecho de que una persona física o jurídica sea «*cliente asiduo*» de una corte de arbitraje no constituye (por sí solo) fundamento para dudar de la independencia de una institución arbitral, si bien exige que, en ese caso, «*sea en extremo cuidadoso al gestionar los arbitrajes en que intervenga un cliente habitual*».

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala sostiene que, en el presente caso, el TAB no había preservado su apariencia de imparcialidad. En concreto, la Sala señala que «*si, como aquí sucede, la Corte no hace sino ratificar el parecer del árbitro sobre la inexistencia de causa de abstención, pese a su evidencia, resultará entonces inescindible la declaración de parcialidad de ambos*». En consecuencia, la Sala estimó la acción de anulación con base en la falta de imparcialidad de la institución arbitral.

La sentencia recoge el voto particular del presidente de la Sala, que, si bien comparte la decisión de anular los dos laudos parciales ante la falta de garantías objetivas de imparcialidad e independencia del árbitro, discrepa del motivo de anulación basado en la falta de imparcialidad del TAB.

En opinión del presidente de la Sala, la parcialidad del árbitro no puede extenderse a la institución arbitral, por más que el TAB no haya actuado diligentemente, dado que lo relevante —y no discutido por la decisión mayoritaria de la Sala— sería la inexistente parcialidad del TAB respecto a las partes del arbitraje.

**TSJ de Madrid anula un laudo parcial por considerar que el árbitro aprecia de manera arbitraria la existencia de un convenio arbitral, vulnerando así el artículo 24 de la Constitución española**

*Sentencia 75/2016, de 13 de diciembre, de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid*

El 13 de diciembre de 2016, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid anuló el laudo parcial de 27 de mayo de 2016 dictado en un arbitraje administrado por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje por considerar que el laudo aprecia «*arbitrariamente*» la existencia de un convenio arbitral y contiene una argumentación «*ilógica*» que vulnera «*las exigencias de motivación que dimanán del artículo 24.1 CE*».

El laudo resuelve una excepción relativa a la inexistencia del convenio arbitral planteada por DRAGADOS OFFSHORE, S.A. frente a ALDAMIZ. El origen de la disputa jurisdiccional se encuentra en la existencia de diferentes cláusulas de sumisión incluidas en distintos documentos contractuales suscritos entre ambas partes, cuya finalidad era regular la subcontratación de ALDAMIZ, por parte de DRAGADOS OFFSHORE, S.A., para la ejecución de determinados trabajos relacionados con un proyecto de ingeniería del que DRAGADOS OFFSHORE, S.A. había resultado adjudicataria.

En concreto, con la finalidad de regular la subcontratación, el 16 de diciembre de 2014 DRAGADOS OFFSHORE, S.A. envió a ALDAMIZ las condiciones generales de compra, que establecían en su cláusula 2.2 lo siguiente: «*[L]as condiciones particulares de cada pedido prevalecerán sobre las presentes condiciones, pero será de aplicación el presente documento para el resto de capítulos no mencionados en cada pedido*». Asimismo, las condiciones generales de compra contenían las siguientes cláusulas de sumisión:

Condición 29.<sup>a</sup>

«*El PROVEEDOR y DOSA (DRAGADOS OFFSHORE, S.A.) acuerdan que las diferencias que pudieran existir en la interpretación y cumplimiento de este Pedido, en lo referente a la ejecución del mismo, serán resueltas amistosamente, sometiéndose ambos, en el caso de que no fuera suficiente, al arbitraje de la CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE ARBITRAJE (CIMA) web: [www.cimaarbitraje.com](http://www.cimaarbitraje.com)*».

Condición 30.<sup>a</sup>

«*EL PROVEEDOR y DOSA se someten expresamente a los Juzgados y Tribunales de Cádiz, con renuncia de cualquier otro fuero o domicilio que pudieran corresponderles*».

Posteriormente, el 18 de diciembre de 2014, DRAGADOS OFFSHORE, S.A. firmó un subcontrato de obra con ALDAMIZ, que a su vez contenía una cláusula de sumisión expresa a los Juzgados y Tribunales de Cádiz (cláusula 34.<sup>a</sup>).

El árbitro, tras analizar las diferentes cláusulas de sumisión, declaró la existencia de un convenio arbitral y confirmó su competencia para resolver la disputa surgida entre las partes en relación con el cumplimiento del subcontrato, con base en los siguientes razonamientos:

(i) La cláusula de sumisión a los Juzgados y Tribunales de Cádiz del subcontrato no puede excluir lo pactado en las condiciones generales de compra (arbitraje y jurisdicción), pues las condiciones particulares del subcontrato son términos comerciales que se circunscriben a cuestiones de fondo y no incluyen cláusulas arbitrales o de jurisdicción, que en cualquier caso rara vez se negocian y a veces operan como «*verdaderas fórmulas estereotipadas*».

(ii) La interpretación de las condiciones generales de compra, que constituyen un contrato de adhesión impuesto por DRAGADOS OFFSHORE, S.A. a ALDAMIZ, no deben favorecer a la parte que ocasiona la oscuridad —DRAGADOS OFFSHORE, S.A.— (art. 1288 CC) y, por tanto, no debe optarse por acudir a la jurisdicción ordinaria.

(iii) El diferente ámbito objetivo de las cláusulas 29.<sup>a</sup> y 30.<sup>a</sup> de las condiciones generales de compra debe conllevar la aplicación de la primera, pues, frente a la generalidad de la cláusula de jurisdicción, su ámbito es más restrictivo al limitar la sumisión a arbitraje a aquellas disputas relacionadas con el cumplimiento del subcontrato.

Examinados los razonamientos anteriores, la Sala concluyó que no podía inferirse una «*voluntad clara de las partes de someterse a arbitraje, que permita obviar cabalmente la existencia de una expresa sumisión a la Jurisdicción*».

La Sala declaró, en primer lugar, que no debía obviarse que la cláusula 2.2 de las condiciones generales de compra establecía la prevalencia de las condiciones particulares de los pedidos (*i. e.*, las del subcontrato) sobre las generales y que la cláusula 34.<sup>a</sup> del subcontrato contenía una sumisión específica a los Juzgados y Tribunales de Cádiz (distinta de la cláusula 30.<sup>a</sup> de las condiciones generales de compra).

En segundo lugar, la Sala resolvió que no cabía aplicar el artículo 1288 CC, pues si bien las cláusulas 29.<sup>a</sup> y 30.<sup>a</sup> de las condiciones generales de compra, por su aparente contradicción, no eran claras, no existía oscuridad alguna respecto de la cláusula 34.<sup>a</sup> del subcontrato.

Por último, y en relación con el tercero de los razonamientos del árbitro, la Sala considera que el distinto ámbito de aplicación de las condiciones 29.<sup>a</sup> y 30.<sup>a</sup> «*carece de virtualidad*», pues en el subcontrato (posterior a las condiciones generales de compra) existe «*una clara voluntad innovadora*» para que «*las controversias derivadas del contrato [sean] de la competencia de los Tribunales de Cádiz*».

En definitiva, la Sala concluyó que «*el Árbitro [había] ignorado, en contra de la lógica, el tenor inequívoco de la cláusula 34.<sup>a</sup> del subcontrato de 18 de diciembre de 2014, cuya aplicación [había] excluido sin fundamento racional [...]*». En consecuencia, anuló el laudo al considerar que la aplicación de la cláusula 29.<sup>a</sup> de las condiciones generales de compra era ilógica, lo que vulneraba el artículo 24.1 de la Constitución española.

## 2 · ARBITRAJE DE INVERSIÓN

### [Resoluciones Arbitrales]

Un comité de anulación CIADI ha subrayado la importancia de que los laudos CIADI estén adecuadamente motivados

*Decisión de anulación parcial del laudo CIADI No. ARB/10/5, Tidewater Investment SRL y Tidewater Caribe, C.A. contra la República Bolivariana de Venezuela*

El 27 de diciembre de 2016, un comité *ad hoc* anuló parcialmente el laudo dictado en el caso CIADI No. ARB/10/5, Tidewater Investment SRL y Tidewater Caribe, C.A. contra la República Bolivariana de Venezuela, por falta de expresión de motivos conforme al artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI.

El comité *ad hoc* tenía que determinar si los motivos desarrollados por el tribunal al otorgar 30 millones de dólares como parte de la compensación del demandante permitían «entender el proceso que derivó en sus conclusiones y en la determinación del monto de la indemnización».

El comité *ad hoc* enfatizó la importancia de que los laudos dictados en arbitraje de inversión estuvieran debidamente razonados, y ello por la propia naturaleza del arbitraje de inversión, que incluye a Estados como partes. Asimismo, hizo hincapié en la necesidad de asegurar la legitimidad de las decisiones CIADI, lo que pasa necesariamente por dar explicaciones razonadas a las partes, a los Estados y al público en general sobre por qué un Estado ha violado el Derecho internacional.

El comité *ad hoc* anuló parte de la decisión de daños por contradicciones internas en el razonamiento. En concreto, el tribunal había establecido detallada y meticulosamente que dichos daños debían calcularse sobre la base de que (i) la sociedad contaba con 15 buques y (ii) la prima de riesgo-país aplicable al caso era del 14,75 %. Sin embargo, el comité *ad hoc* concluyó que el tribunal había hecho el cálculo de daños partiendo de 11 buques y una prima de riesgo-país del 1,5 %, contradiciendo por tanto su propio razonamiento.

El comité *ad hoc* aclaró que no tenía «autoridad de anular el Laudo ni parte de él con motivo de errores en el uso de la discrecionalidad del Tribunal», pero que en este caso la contradicción estribaba «en criterios puramente objetivos».

Por último, cabe señalar que el comité *ad hoc* consideró que tenía potestad para sustituir la cuantía otorgada incorrectamente en el laudo, puesto que el tribunal había fijado claramente los parámetros para el cálculo y se podía corregir la suma sin necesidad de aportar pruebas nuevas, aplicando un mero cálculo aritmético sencillo.

**Un tribunal CIADI consideró que la cláusula de nación más favorecida no permite eludir una cláusula de elección de vías. El tribunal también rechazó el test de triple identidad para determinar si los reclamos ya habían sido decididos anteriormente, adoptando en su lugar la teoría sobre la «base fundamental» del reclamo**

#### *Laudo CIADI No. ARB/09/15, HøH Enterprises Investments, Inc. contra la República Árabe de Egipto*

El pasado mes de diciembre se hicieron públicos extractos de un laudo arbitral dictado el 6 de mayo de 2014 en el asunto HøH Enterprises Investment Inc. contra la República Árabe de Egipto. En su decisión, el tribunal CIADI se declaró incompetente para conocer de algunas de las pretensiones principales del inversor, y ello en virtud de la cláusula de elección de vías (también conocida como cláusula *fork-in-the-road*) contenida en el Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre los Estados Unidos y la República Árabe de Egipto.

En el año 2009, el inversor interpuso demanda ante el CIADI, alegando que Egipto había vulnerado varios de los estándares de protección recogidos en el tratado. Al procedimiento CIADI le precedieron procedimientos ante otro tribunal arbitral y ante tribunales estatales egipcios.

En su laudo, el tribunal se pronunció sobre la objeción interpuesta por Egipto relativa a la cláusula de elección de vías.

Contra dicha objeción, el inversor argumentó que el mecanismo de resolución de conflictos contenido en el tratado entre Alemania y Egipto no incluía una cláusula de elección de vías, y que la ausencia de esta restricción podía ser trasladada al tratado con Estados Unidos en virtud de la cláusula de nación más favorecida contenida en este.

En cambio, Egipto consideró que la cláusula de nación más favorecida no podía ser utilizada para importar cláusulas sobre el mecanismo de resolución de conflictos de otros tratados de inversión o para modificar el consentimiento del Estado anfitrión a someterse a arbitraje.

El tribunal otorgó la razón a Egipto. En concreto, consideró que una cláusula de nación más favorecida no conlleva la incorporación, total o parcial, de mecanismos de resolución de conflictos de otros tratados, a no ser que la cláusula no deje lugar a dudas de que esa sea la intención de las partes.

El tribunal apreció que la redacción de la cláusula de nación más favorecida contenida en el tratado entre Estados Unidos y Egipto no permitía entender que las partes tenían la intención de incorporar el mecanismo de resolución previsto en el tratado entre Alemania y Egipto, máxime cuando este tratado entró en vigor después de que el inversor interpusiese su demanda arbitral. El tribunal consideró por tanto que la cláusula de elección de vías contenida en el tratado entre Estados Unidos y Egipto no podía ser eludida mediante la aplicación de la cláusula de nación más favorecida.

A la hora de aplicar la cláusula de elección de vías al caso concreto, y de valorar si las pretensiones del inversor ya habían sido decididas en el arbitraje comercial y en el procedimiento judicial anteriores, el tribunal rechazó aplicar el test de triple identidad y en su lugar aplicó la teoría de la «*base fundamental*» del reclamo. El tribunal concluyó que los reclamos, aunque formalmente no eran plenamente idénticos, compartían un fundamento común, lo que impedía que el tribunal se pronunciara sobre ellos.

## COMPETENCIA\*

### 1 · JURISPRUDENCIA

#### [España]

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

*Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2016*

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha confirmado que la notificación de las instrucciones para la efectividad de una sanción impuesta en el marco de un procedimiento caducado no puede considerarse como «*acto tendente al cumplimiento de la ley*», supuesto contemplado por la legislación de defensa de competencia a los efectos de interrumpir el plazo de prescripción de la eventual infracción cometida. Tampoco son aptos para interrumpir la prescripción la interposición de recurso contencioso-administrativo ni la solicitud de la suspensión cautelar de la ejecución de la resolución recurrida, ya que, lejos de resultar subsumibles en el supuesto legalmente previsto de «*acto realizado por los interesados al objeto de asegurar, cumplimentar o ejecutar las resoluciones correspondientes*», precisamente tienen por objeto impedir, aun de forma provisional, su ejecución.

La sentencia de la Audiencia Nacional casada había declarado la caducidad del procedimiento sancionador que dio lugar a la resolución recurrida, notificada una vez transcurrido el plazo máximo para dictar y notificar. En cambio, no declaró la prescripción de la infracción en atención a que la caducidad no produce por sí sola la prescripción de las acciones de la Administración y debido a la existencia de actuaciones posteriores a la finalización del procedimiento sancionador, como la notificación de las instrucciones para hacer efectivo el pago de la multa o el recurso contencioso-administrativo con solicitud de medidas cautelares.

**El Tribunal Supremo se pronuncia sobre el principio de tipicidad y la interpretación extensiva de las normas de defensa de la competencia**

*Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016*

El Tribunal Supremo ha considerado que la extinta Comisión Nacional de la Competencia («CNC») había vulnerado los principios de tipicidad y legalidad al realizar una interpretación extensiva de la Orden ITC/1659/2009 del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, que establecía la necesidad de recabar el consentimiento del consumidor en caso de cambio de suministrador eléctrico. Sobre la base de la existencia del ilícito de competencia desleal consistente en la vulneración de tal precepto, la CNC había declarado a Endesa responsable de una infracción del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia («LDC»), que prohíbe los actos desleales que distorsionan la competencia de manera contraria al interés público.

\* Esta sección ha sido coordinada por Alfonso Gutiérrez, y en su elaboración han participado Tomás Arranz, Ignacio Larraín, Lina Méndez, 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).

La conducta sancionada por la CNC consistió, en concreto, en el cambio por Endesa Energía XXI, S.L. del régimen económico del suministro de los clientes sin derecho a tarifa de último recurso a precio libre, sin recabar su consentimiento expreso. El Tribunal Supremo entendió que la conducta no era subsumible en el tipo infractor por no concurrir el elemento de ilícito desleal, puesto que la Orden sectorial se refería a la «conformidad del cliente al cambio de suministrador» y la interpretación taxativa de dicha norma que exige el carácter sancionador del mencionado artículo 3 de la LDC no permite introducir por vía analógica supuestos en los que no se produce un cambio subjetivo en el suministrador.

### [Unión Europea]

**El Tribunal General confirma las multas impuestas en relación con los pagos para retrasar la comercialización de medicamentos genéricos**

*Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2016, en el asunto T-472/13, Lundbeck/Comisión*

El laboratorio danés de medicamentos originarios Lundbeck había concluido seis acuerdos en relación con los medicamentos antidepresivos que contenían el ingrediente farmacéutico activo citalopram con varios productores y comercializadores de medicamentos genéricos. En virtud de estos acuerdos, las empresas de genéricos, consideradas competidores potenciales de Lundbeck en el mercado de medicamentos antidepresivos basados en el principio activo citalopram, se comprometían a no entrar en aquel a cambio de cuantiosos pagos. En este sentido, el Tribunal General recordó que, para determinar si un acuerdo restringe la competencia potencial, es preciso que los competidores hubiesen tenido posibilidades reales y concretas de entrar en el mercado en ausencia de tales acuerdos, no resultando suficiente una mera posibilidad teórica.

Sobre esta base, el Tribunal General consideró que la Comisión Europea había analizado adecuadamente las posibilidades reales y concretas de entrada en el mercado de las empresas de genéricos en el momento en el que se celebraron los acuerdos y que concluyó debidamente que ejercían una presión competitiva sobre Lundbeck, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, las inversiones ya realizadas, las actuaciones para obtener autorizaciones de comercialización y los contratos de suministro concluidos con proveedores. Asimismo, el Tribunal General confirmó la calificación de los acuerdos en cuestión como una restricción de la competencia por objeto, dado que Lundbeck no había demostrado que las restricciones contenidas en los acuerdos eran objetivamente necesarias para salvaguardar sus derechos de propiedad industrial sobre el citalopram, que habrían quedado debidamente protegidos de forma menos restrictiva, por ejemplo, mediante el ejercicio de acciones judiciales.

**La Unión Europea es condenada a abonar indemnizaciones por dilaciones indebidas en un procedimiento ante el Tribunal General**

*Sentencia del Tribunal General, de 10 de enero de 2017, en el asunto T-577/14, Gascogne Sack Deutschland y Gascogne/Unión Europea*

El Tribunal de Justicia ratificó en casación la sentencia del Tribunal General en el recurso de anulación formulado por Gascogne Sack Deutschland y Gascogne contra la decisión de la Comisión Europea relativa al cártel en el mercado de los sacos industriales, validando por tanto las sanciones impuestas a dichas empresas. No obstante, confirmó igualmente la posibilidad que asistía a estas últimas de reclamar la indemnización de los perjuicios que hubieran podido sufrir como consecuencia de la duración excesiva del procedimiento de primera instancia ante el Tribunal General, que se extendió durante cinco años y medio. En consecuencia, Gascogne Sack Deutschland y Gascogne reclamaron ante el Tribunal General la responsabilidad extracontractual de la Unión Europea por importe de cuatro millones de euros por el perjuicio material y moral.

En su primer enjuiciamiento sobre dilación indebida del procedimiento, el Tribunal General analiza la concurrencia de los requisitos para poder exigir responsabilidad extracontractual (es decir, ilegalidad del comportamiento atribuido a la institución, la realidad del perjuicio y la existencia de nexo causal entre ambas) y condenó a la Unión Europea a abonar una indemnización por importe de 47.064,33 euros, junto con los intereses correspondientes por el perjuicio material y de 5.000 euros por el perjuicio moral. En este sentido, se estimó que, en materia de defensa de la competencia, un período de quince meses entre la terminación de la fase escrita



del procedimiento y la apertura de la fase oral constituye, en principio, una duración adecuada y que la tramitación paralela de asuntos conexos puede justificar una extensión adicional de un mes por cada asunto conexo.

**El Tribunal General anula la decisión de la Comisión en la que se declaraba la existencia de un cártel en el mercado de los sobres de papel**

*Sentencia del Tribunal General, de 13 de diciembre de 2016, asunto T-95/15 Printeo y Tompla/ Comisión Europea*

El 10 de diciembre de 2014, la Comisión adoptó, en el marco de un procedimiento de transacción, una decisión que declaraba la existencia de un cártel de fijación de precios, reparto de clientes e intercambio de información, acordado y aplicado en el mercado europeo de los sobres estándar o de catálogo y en el de los sobres especiales impresos. En el recurso interpuesto contra dicha decisión, los recurrentes alegaron que la Comisión, en el marco de la determinación del importe de la multa, había incumplido su obligación de motivación con respecto a la adaptación del importe base y no había observado los principios de igualdad de trato, proporcionalidad y no discriminación.

El Tribunal General consideró que, en efecto, la Comisión había incumplido su obligación de motivar de manera clara y suficiente el ejercicio de su facultad de apreciación al no haber indicado la razón de la aplicación de diferentes tipos de reducción a las distintas empresas afectadas y al no haber informado de manera suficiente a este respecto a los demandantes durante el procedimiento administrativo. Como consecuencia de esta falta de motivación de la graduación de la multa, los recurrentes se habrían visto privados de la posibilidad de impugnar eficazmente el enfoque adoptado por la Comisión en relación con el principio de igualdad de trato y el pleno ejercicio por Tribunal General de su control de legalidad sobre la aplicación de dicho principio se habría visto impedido.

## 2 · DECISIONES EN MATERIA DE EXPEDIENTES SANCIONADORES

[España]

**La CNMC sanciona a un conjunto de empresas de la industria del cemento y hormigón por su participación en diversas infracciones delimitadas desde el punto de vista temporal y geográfico**

*Resolución del Consejo de la CNMC, de 5 de septiembre 2016, en el expediente S/DC/0525/14 Cementos*

El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia («CNMC») declaró responsables a varias empresas cementeras de una infracción única y continuada a nivel nacional en el mercado del cemento durante los años 2013 y 2014. Si bien la Dirección de Competencia había considerado que la participación de las empresas quedaba acreditada desde 2009 hasta 2014, existía un lapso temporal de casi tres años durante el que no constaban pruebas de la infracción. Asimismo, se declaró la existencia de tres infracciones únicas y continuadas en los mercados del hormigón de las zonas noreste, entre 1999 y 2014; centro, entre 2009 y 2014; y sur de España, entre 2005 y 2014, por parte de varias empresas hormigoneras. La CNMC entendió que la existencia de tres zonas geográficas distintas, la participación en cada una de ellas de empresas diferentes, a excepción de tres participantes presentes en varias o todas las zonas afectadas, y el desconocimiento alegado por las interesadas presentes solo en alguna de las zonas geográficas de un plan global que afectase a otras zonas justificaban la declaración de infracciones distintas. Todas las conductas fueron calificadas como acuerdos de cártel.

Por otra parte, el hecho de que las empresas hormigoneras participantes en la infracción correspondiente a la zona noreste emplearan la figura de la unión temporal de empresas («UTE») permitió a la CNMC recordar que la mera constitución de una UTE no supone una infracción cuando su existencia pueda justificarse por necesidades técnicas o financieras específicas. En cambio, en el supuesto concreto analizado, la CNMC consideró que existían pruebas suficientes para concluir el carácter instrumental de las UTEs respecto de una estrategia de fijación de precios y reparto de mercado entre empresas competidoras.

**La CNMC arroja luz sobre el posible valor de los programas de cumplimiento en el contexto de un procedimiento sancionador**

*Resolución del Consejo de la CNMC, de 6 de septiembre de 2016, en el Expediente S/DC/0544/14 Mudanzas internacionales*

La CNMC indicó que el mero hecho de implantar programas internos de cumplimiento de las normas de defensa de la competencia no puede considerarse automáticamente como una circunstancia atenuante, máxime cuando la acreditación de la existencia de infracción evidencia la ineficacia del programa de cumplimiento con que contase la empresa infractora. Asimismo, la CNMC señaló que, cuando los hechos acreditados no permiten concluir la existencia previa a la infracción de un programa de cumplimiento exitoso que efectivamente hubiese puesto en práctica controles internos y severas sanciones disciplinarias, no cabe deducir un genuino compromiso de la empresa con la observancia de la normativa de competencia a los efectos de ser valorado como atenuante.

En cuanto a la implantación de un programa de cumplimiento con carácter posterior a la conducta anticompetitiva, la CNMC entiende que, para que no se configure como una simple mejora de la imagen empresarial, es preciso exigir de las empresas una reorganización preventiva e investigadora y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir, evitar y detectar con prontitud las infracciones. Igualmente, la CNMC puso de manifiesto que, si bien la adopción de medidas de cumplimiento una vez iniciada la instrucción de un expediente sancionador refleja formalmente la voluntad cumplidora de la empresa, el efecto real de tales medidas en relación con el respeto de las normas de defensa de la competencia solo podrá valorarse en fase de vigilancia de la resolución sancionadora, lo cual no impide que, en función de las circunstancias del caso concreto, pueda ser considerado como elemento moderador de la sanción.

**La CNMC impone multas a un conjunto de agencias de viajes por la constitución de UTEs sin justificación económica**

*Resolución del Consejo de la CNMC, de 29 de septiembre de 2016, en el expediente SNC/DC/007/16 Agencias de viajes*

La CNMC estimó que la constitución de una UTE no parecía obedecer, en el supuesto analizado, a una lógica empresarial y económica coherente, por cuanto la necesidad objetiva de asociarse de las empresas no se veía justificada por la falta de capacidad para participar de manera individual en la mayoría de las licitaciones. En cambio, a juicio de la CNMC, la UTE constituiría un instrumento para el reparto del mercado.

La CNMC indicó asimismo que la utilización de figuras asociativas debe analizarse a la luz del beneficio y la necesidad de asociarse para acometer la ejecución de determinados contratos que las empresas no podrían llevar a cabo individualmente, así como la ausencia de conculcación de las normas de defensa de la competencia. En el supuesto examinado por la CNMC, se consideró acreditado que las empresas tenían solvencia económica, técnica y profesional suficiente para poder licitar de manera individual los contratos y, en su caso, ser las adjudicatarias, de manera que no existiría necesidad de utilizar una UTE.

**La CNMC decide no incoar procedimiento sancionador en relación con el acuerdo de aprovisionamiento Día/Eroski**

*Resolución del Consejo de la CNMC, de 29 de septiembre de 2016, en el expediente S/DC/0570/15 Aprovisionamiento Día/Eroski*

La CNMC estimó que el acuerdo de cooperación celebrado entre Día y Eroski para negociar conjuntamente con grandes proveedores no es restrictivo de la competencia y, sobre esta base, decidió no incoar expediente sancionador.

En lo que respecta al mercado de distribución minorista, la CNMC consideró que, si bien la mera inclusión de una cláusula de cliente más favorecido podría implicar un riesgo de alineamiento de precios y coordinación indirecta entre competidores, para ello es necesario un alto grado de concentración del mercado, circunstancia que no concurría en el caso analizado. Por otra parte, la CNMC entendió que el acuerdo generaría un alto riesgo de intercambio de información entre competidores, pero concluyó que las propias medidas de mitigación convencionales adoptadas en el acuerdo por las partes garantizarían que no se produjese un trasvase de información entre ellas.

En relación con el mercado de aprovisionamiento, y a pesar del riesgo representado por un excesivo poder de compra de las partes que indujera a los proveedores a reducir la gama, la calidad o la innovación, la CNMC consideró que recientes estudios concluyen que no existe

evidencia al respecto. Además, la cuota conjunta de las partes en el acuerdo solo supera en un segmento el umbral del 15 % establecido por las Directrices de la Comisión sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Finalmente, la CNMC descartó la existencia de riesgos en el mercado de la distribución *cash@carry* por ser la cuota conjunta de las partes a escala nacional inferior al 10 %.

### [Unión Europea]

**La Comisión impone una sanción de 6 millones de euros por bloquear la entrada en el mercado austríaco de gestión de residuos de envases domésticos**

*Decisión de la Comisión Europea, de 20 de septiembre de 2016, en el asunto AT.39759 ARA*

En Austria existe la obligación por parte de los productores de bienes de recuperar los envases de sus productos. El cumplimiento de este requisito puede externalizarse a través de empresas dedicadas a la recolección y reciclado a cambio del pago de una tarifa por parte de los productores de bienes. Una de estas empresas mantuvo, al menos desde el 2008, una posición de dominio en el mercado austríaco de la prestación de servicios de recolección y reciclado gracias a una infraestructura de recogida de residuos de escala nacional controlada, imposible de replicar por sus competidores.

La Comisión consideró probado que, entre los años 2008 y 2012, esta empresa se negó a dar acceso a la infraestructura a sus competidores con el resultado de excluirlos del mercado y eliminar la competencia. No obstante, decidió cooperar con la Comisión reconociendo su responsabilidad y proponiendo un remedio estructural consistente en la desinversión de la parte de la infraestructura que era de su propiedad, y la Comisión aplicó una reducción del 30 % a la multa que habría resultado.

## 3 · DECISIONES EN MATERIA DE AYUDAS DE ESTADO

**El Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la compatibilidad del régimen de financiación de RTVE con la normativa europea en materia de ayudas estatales**

*Sentencia del Tribunal de Justicia, de 10 de noviembre de 2016, en el asunto C-449/14 P DTS/ Comisión Europea*

Este procedimiento trae causa de la decisión de la Comisión Europea en virtud de la cual se declaraba el régimen de financiación mixto de Corporación de Radio y Televisión Española, S.A. («RTVE») compatible con el mercado interior y que fue confirmada por el Tribunal General. El Tribunal de Justicia recuerda una reiterada jurisprudencia conforme a la cual, para que se pueda considerar que un tributo forma parte integrante de una ayuda estatal, el destino del tributo debe estar vinculado a la ayuda con arreglo a la normativa nacional pertinente, en el sentido de que la recaudación del tributo se destine necesariamente a la financiación de la ayuda y afecte directamente a la cuantía de esta.

Al analizar la medida fiscal en cuestión, el Tribunal de Justicia entendió que no puede considerarse que exista una relación vinculante entre el destino de esas medidas fiscales y la ayuda estatal de que se trata. Ello se debe a que los ingresos procedentes de las medidas fiscales en cuestión no tienen ninguna influencia directa en la cuantía de la ayuda otorgada a RTVE, ya que ni la concesión ni el importe de esta dependen de esos ingresos, ni estos están necesariamente destinados a la financiación de la ayuda, dado que una parte de dichos ingresos puede reasignarse para otros fines. Además, el Tribunal de Justicia aclaró que, a estos efectos, es irrelevante que las medidas fiscales analizadas se aprobaran para compensar la supresión de los ingresos comerciales de que disfrutaba anteriormente RTVE, en particular, procedentes de la publicidad.

## COMUNICACIÓN, TECNOLOGÍA, OCIO Y PROTECCIÓN DE DATOS\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

##### Revisión de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual

*Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, a la vista de la evolución de las realidades del mercado*

El 25 de mayo de 2016, la Comisión Europea publicó la propuesta para la actualización de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual. Esta propuesta se enmarca dentro de la estrategia para el mercado único digital, que se asienta sobre la mejora del acceso a productos y servicios digitales, la creación de un marco de desarrollo de los servicios y redes digitales y el uso del universo digital como motor del crecimiento de Europa.

La propuesta se justifica en la acelerada transformación que se ha producido en el sector audiovisual como consecuencia de, entre otros, la convergencia entre la televisión y los servicios distribuidos por Internet, entre la televisión en su sentido tradicional y los servicios audiovisuales a petición o a la carta (incluyendo VoD, plataformas de distribución de vídeos, etc.), cuya regulación y nivel de protección no es unívoca.

La propuesta se centra en el ámbito de aplicación de la Directiva objeto de revisión (muy en especial, en su aplicación a servicios prestados a través de Internet), la protección de los menores —con obligaciones reforzadas de información—, la promoción de obras europeas y las nuevas formas de publicidad.

##### Escudo de Privacidad (Privacy Shield) entre EU y EE.UU.

El pasado 12 de julio de 2016 la Comisión Europea aprobó el acuerdo de protección de datos personales entre la Unión Europea y los EE.UU. (el «Escudo de Privacidad»), que entró en vigor el 1 de agosto de 2016. El Escudo de Privacidad pone fin a la incertidumbre jurídica ocasionada por la sentencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Schrems C-364/2014 en virtud de la cual el anterior acuerdo, Safe Harbour, fue declarado inválido.

El Escudo de Privacidad tiene por objeto regular las transferencias de datos personales de cualquier persona en la Unión Europea a empresas y a autoridades de EE.UU. Aquellas empresas norteamericanas que decidan sumarse al Escudo de Privacidad se verán obligadas a llevar a cabo el tratamiento de datos personales de acuerdo con los principios de protección de datos más rigurosos, establecer mecanismos accesibles para dirimir controversias y abstenerse de transferir datos personales a terceros que no tengan el mismo nivel de protección.

A este respecto, el Parlamento Europeo publicó en enero de 2017 un análisis sobre las ventajas y desventajas del Escudo de Privacidad. En dicho análisis se detallan los principios de este sistema, entre los que cabría destacar los siguientes principios: (i) información —sobre finalidad y uso de los datos, la publicación de las políticas de privacidad, designación de un ente de resolución de conflictos independiente por cada empresa, etc.—; (ii) principio de elección (*choice*) —*opt out* para cuando (a) los datos se vayan a tratar para otra finalidad compatible con la inicial o (b) se vayan a comunicar a terceros y mecanismo de *opt in* para cuando se trate de datos

\* Esta sección ha sido coordinada por Álvaro Bourkaib Fernández, y en su elaboración han participado Santiago de Ampuero Castellanos, Leticia López-Lapuente Gutiérrez, Rafael Sánchez Aristi, Nora Oyarzabal Oyonarte, Daniel García Juárez, Tania Dias do Vale, Mafalda Almedia Carvalho, Joana Torres Ereio, Inês Caria Pinto Basto, Joana Mota, Manuel Carvalho, Manuel Barbosa Moura, Maria Francisca Couto y Mariana Barreira, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

sensibles—; (iii) acceso a la información por los titulares de los datos (con excepciones); (iv) seguridad; e (v) integridad (*i. e.*, calidad del dato).

Asimismo, el Parlamento Europeo indica en dicho documento que los órganos competentes de los EE.UU. sobre el Escudo de Privacidad son el Departamento de Comercio (Department of Commerce) y la FTC (Federal Trade Commission). Además, el Defensor del Pueblo estadounidense (*Ombudsman*) tiene entre sus competencias la de evitar que las autoridades de EE.UU. realicen investigaciones masivas de datos. Incluye un esquema sobre cómo reclamar en EU y EE.UU. por violaciones de privacidad y de protección de datos.

El Parlamento Europeo finaliza el informe señalando los problemas actuales que presenta el Escudo de Privacidad (entre otros, que las autoridades de EE.UU. todavía pueden investigar y obtener datos de forma masiva y que la figura del *Ombudsman* no es útil en la actualidad tal y como está planteada).

### Actualización del Código de Ciberseguridad

El pasado mes de noviembre se actualizó el Código de Ciberseguridad que fue aprobado el 12 de agosto de 2016. Dicho Código se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* y fue elaborado conjuntamente con el Instituto Nacional de Ciberseguridad. El objetivo del Código de Ciberseguridad es compilar toda la legislación española que sea aplicable en el ámbito de la ciberseguridad. A través de dicho compendio se pretende poner a disposición de todos los profesionales una herramienta en la que se puedan encontrar actualizadas las normas que afecten directamente a la ciberseguridad y facilitar así el necesario estudio y análisis de una materia que ya resulta imprescindible para lograr una adecuada protección de empresas, instituciones y ciudadanos.

### [España]

#### Real Decreto sobre medidas para reducir el coste del despliegue de redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad

*Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad*

El Real Decreto tiene por objeto facilitar el despliegue de redes con el fin de que se puedan ofrecer a los usuarios servicios más innovadores, de mayor calidad y cobertura, a precios competitivos y con mejores condiciones, incentivando el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad (tanto redes fijas como móviles capaces de prestar servicios de acceso de al menos 30 Mbps—incluyendo, entre otras, tecnologías como FTTH, HFC o LTE—).

El Real Decreto se elabora para dar cumplimiento a los objetivos previstos por la Agenda Digital para Europa (2010) y la Agenda Digital para España (2013) y transpone aquellos preceptos de la Directiva 2014/61/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, pendientes de transposición por la Ley General de Telecomunicaciones («LGT») y la normativa española sobre infraestructuras comunes de telecomunicaciones.

El Real Decreto regula, entre otros aspectos, el derecho de acceso de los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas a las infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas de alta velocidad y la coordinación de obras civiles susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad. A su vez, impone medidas de transparencia en relación con la publicidad de obras civiles y otras medidas dirigidas a mejorar la rapidez de resolución de los procedimientos de concesión de permisos o licencias relacionados con las obras civiles, reduciéndose el plazo de resolución por parte de las administraciones públicas a cuatro meses.

#### Real Decreto por el que se establece un marco regulador para la comercialización, la puesta en servicio y el uso de equipos radioeléctricos en España

*Real Decreto 188/2016, de 6 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se establecen los requisitos para la comercialización, puesta en servicio y uso de equipos radioeléctricos, y se regula el procedimiento para la evaluación de la conformidad, la vigilancia del mercado y el régimen sancionador de los equipos de telecomunicación*

La Directiva 2014/53/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre la comercialización de equipos radioeléctricos, incorporó las novedades del Nuevo Marco Legislativo («NML») a los

equipos radioeléctricos, garantizando que únicamente puedan ser comercializados cuando proporcionen un nivel elevado de protección de la salud y la seguridad, un nivel de compatibilidad electromagnética, así como un uso eficaz y eficiente del espectro radioeléctrico que evite interferencias perjudiciales.

Este Real Decreto transpone la Directiva 2014/53/UE, estableciendo obligaciones para fabricantes, importadores y distribuidores de equipos radioeléctricos (incluyendo dentro del ámbito de aplicación del reglamento a los receptores de radiodifusión de sonido y televisión) y simplificando las obligaciones administrativas. Asimismo, el Real Decreto se aplica a los equipos de telecomunicaciones que no sean equipos radioeléctricos en lo relativo a la notificación a la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital («SESIAD», antigua SETSI) de organismos de la evaluación de la conformidad, la vigilancia del mercado y el régimen sancionador.

El reglamento prevé los requisitos esenciales que deben cumplir los equipos radioeléctricos para su puesta en el mercado, en servicio y uso, así como las obligaciones y medidas que los agentes económicos —quienes intervienen en la cadena de suministro y distribución— deben adoptar para asegurarse de que solo comercializan equipos radioeléctricos conformes a los requisitos del Real Decreto.

El Real Decreto regula distintos procedimientos de evaluación de la conformidad de los equipos radioeléctricos con los requisitos esenciales indicados en el párrafo anterior para que los agentes puedan demostrar su cumplimiento.

**La AEPD publica diferentes directrices para ayudar a las empresas a cumplir con el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea**

*Guía del Reglamento General de Protección de Datos para responsables de tratamiento; Guía para el cumplimiento del deber de informar; y Directrices para la elaboración de contratos entre responsables y encargados de tratamiento*

La Agencia Española de Protección de Datos (la «AEPD») publicó el 26 de enero de 2017 tres guías o directrices con el fin de facilitar la adaptación de las empresas a las obligaciones previstas en el Reglamento General de Protección de Datos (el «Reglamento 2016/679») durante el periodo transitorio previo a su aplicación.

Con la colaboración de las autoridades autonómicas de protección de datos (*i. e.*, la Autoridad Catalana y la Agencia Vasca de Protección de Datos), y como otras autoridades europeas, la AEPD ha publicado unas directrices sobre (i) conceptos generales del Reglamento 2016/679; (ii) el cumplimiento del deber de información de los responsables del tratamiento de datos; y (iii) la elaboración de contratos de encargo de tratamiento.

A continuación se resume el contenido de las guías:

#### *Guía general para responsables del tratamiento sobre el Reglamento 2016/679*

Esta guía analiza los principales derechos y obligaciones a la luz del Reglamento sobre la base de sus dos mayores novedades: el principio de responsabilidad proactiva y el enfoque de riesgo. La guía incluye propuestas y recomendaciones, parte de las cuales se deben aplicar cuanto antes (*e. g.*, no seguir obteniendo el consentimiento por omisión). Entre otros asuntos, esta guía trata las bases de legitimación para el tratamiento de datos, el deber de información, los derechos ARCO (incluyendo los «nuevos» derechos a la portabilidad y a la limitación del tratamiento), los encargos de tratamiento, las medidas de seguridad, los PIAs (Privacy Impact Assessments o Evaluaciones de Impacto), el deber de notificación de violaciones o brechas de seguridad, la figura del delegado de protección de datos, las transferencias internacionales y los tratamientos de datos personales de menores. Finalmente, incluye una lista de verificación (y lista simplificada) a modo de cuestionario para que las empresas valoren el nivel de cumplimiento con el Reglamento 2016/679.

#### *Guía respecto al deber de informar*

Con respecto a la guía de cumplimiento del deber de informar, la AEPD indica aquellos requisitos adicionales previstos en los artículos 13 y 14 del Reglamento 2016/679 con los que los res-

ponsables deberán cumplir. Esta guía es menos abstracta que la anterior e incluye ejemplos concretos de cómo informar a los sujetos de datos. Cabe destacar que la AEPD parece inclinarse por un sistema de información en dos capas: (a) la primera, con la información básica acerca del responsable, la finalidad del tratamiento, la legitimación, los destinatarios, los derechos y la procedencia; y (b) la segunda, con información detallada acerca de estas categorías.

#### *Guía sobre contratos de encargo del tratamiento*

Por último, con respecto a las directrices relativas a los contratos de encargo de tratamiento, la AEPD analiza la figura del encargado de tratamiento a la luz del Reglamento 2016/679 —funciones, la relación encargado-responsable, régimen del encargado no establecido en el territorio de la UE, contenido del contrato de encargo de tratamiento, etc. — e incluye como anexo un modelo de clausulado de un contrato de encargo.

#### *Guía sobre anonimización*

El 14 de octubre de 2016 la Agencia Española de Protección de Datos (la «AEPD») publicó la guía sobre Orientaciones y garantías de los procedimientos de anonimización de datos personales (la «Guía») mediante la cual se establecen una serie de principios y fases mínimos imprescindibles que se deben implementar en el procedimiento de anonimización que puede ser aplicado tanto a datos de personas físicas como a los datos de personas jurídicas que por diversos motivos no deseen ser identificados.

En esa misma fecha la AEPD publicó la Guía de orientaciones sobre protección de datos en la reutilización de la información del sector público, mediante la cual se establecen medidas técnicas y organizativas para minimizar los riesgos de los interesados en la reutilización de datos personales en el sector público. En dicha guía se establece que la alternativa más apropiada para la reutilización de datos es proceder a su anonimización a fin de que queden excluidos de la aplicación de la normativa de protección de datos.

Pese a que los documentos parecen ser una mera propuesta por parte de la AEPD, entendemos que la autoridad considera que las medidas establecidas en la Guía son las mínimas imprescindibles para que un proceso de anonimización sea considerado legítimo.

Con base en lo anterior, concluimos que a partir de ahora será necesario que aquellas entidades que lleven a cabo procesos de anonimización observen los principios, fases y mecanismos de seguimiento propuestos por la AEPD a fin de minimizar posibles riesgos en el futuro.

#### **Sección de la página web de la Agencia dedicada al Reglamento 2016/679**

La Agencia Española de Protección de Datos (la «AEPD») ha abierto una sección en su página web oficial destinada al Reglamento General de Protección de Datos (el «Reglamento 2016/679»), incluyendo la norma, guías, orientaciones, etc., sobre él, así como los documentos publicados a raíz de la 8.ª Sesión Anual Abierta de la AEPD y los dictámenes del Grupo de Trabajo del Artículo 29 comentados en el presente número de la revista. Dentro de dicha sección se incluyen los siguientes contenidos:

##### El Reglamento en 12 preguntas

El 26 de mayo la AEPD publicó la nota titulada «Reglamento 2016/679 de Protección de datos en 12 preguntas», mediante la cual responde a las preguntas más frecuentes respecto a la aplicación del Reglamento.

La nota destaca que unos de los aspectos más importantes a tomar en cuenta es que el Reglamento supone una responsabilidad activa, Es decir, el Reglamento 2016/679 entiende que actuar solamente cuando ya se ha producido una infracción es insuficiente, por lo que impone una serie de medidas para que los responsables del tratamiento estén en posibilidades de evitar daños a los interesados derivado del mal uso de sus datos personales.

Asimismo, la nota recalca que el Reglamento 2016/679 no implica necesariamente una mayor carga para los responsables del tratamiento de datos, ya que muchas de las medidas que se introducen son continuación de otras ya existentes o las reemplazan. Sin embargo, la Agencia



recomienda revisar los avisos de privacidad y demás mecanismos de protección de datos a fin de confirmar que la información que se proporciona al interesado sea adecuada conforme al Reglamento 2016/679.

#### Implicaciones prácticas del Reglamento 2016/679

El 29 de junio de 2016 la AEPD publicó la nota «Implicaciones prácticas del Reglamento 2016/679 para entidades en el periodo de transición», a través de la cual resalta algunas de las implicaciones prácticas más relevantes que las entidades deben tomar en cuenta para su implementación.

Dentro de las mencionadas implicaciones se encuentran las siguientes:

**El Consentimiento.** Al respecto, la AEPD destaca que a partir del 2018 todo consentimiento para el tratamiento de datos personales deberá ser inequívoco u otorgado mediante una acción afirmativa. Esto significa que el consentimiento tácito actualmente permitido por la normativa española dejará de ser válido. En consecuencia, aquellas entidades que traten datos personales deberán ajustar los mecanismos utilizados para recabar el consentimiento de los titulares.

**Información.** El Reglamento 2016/679 exige que los responsables del tratamiento de los datos personales proporcionen más información de la actualmente requerida por la legislación española. Por esta razón, la AEPD aconseja que las organizaciones utilicen este periodo de transición para adaptar progresivamente aquellos mecanismos de información.

**Evaluaciones de Impacto.** El Reglamento 2016/679 establece que, cuando un tipo de tratamiento implique un alto riesgo a los derechos y libertades de los titulares, el responsable deberá llevar a cabo una evaluación de dichos riesgos. La AEPD recomienda empezar a utilizar esta herramienta, ya que se requiere preparación, elegir la metodología adecuada e identificar los equipos de trabajo, entre otras cuestiones que pueden llevar tiempo para su implementación.

**Certificación.** A aquellas entidades que opten por llevar a cabo el proceso de certificación, la AEPD les recomienda encomendar dicho proceso a entidades especializadas debidamente acreditadas y dejar que se ocupe de la acreditación de estas la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), contando para ello con la participación de la AEPD.

**Certificación del Delegado de Protección de Datos.** El Reglamento 2016/679 establece que el delegado de protección de datos sea nombrado en función de conocimiento y experiencia en la materia. La AEPD está valorando la posibilidad de promover dicha certificación con arreglo a estándares ya establecidos. Será la Entidad Nacional de Acreditación la que constatará que la entidad que expida las certificaciones lo haga con arreglo a determinados procesos y requisitos.

**Relación entre responsable y encargado.** La AEPD recomienda utilizar este periodo de transición para que las entidades lleven a cabo la revisión de los contratos ya existentes, de forma que en mayo de 2018 sean compatibles con las disposiciones del Reglamento 2016/679. Actualmente, la AEPD está preparando unas recomendaciones para la elaboración del clausulado de dichos contratos.

**Herramientas para pymes y herramientas sectoriales.** Con la finalidad de asesorar a todos los sectores en la implementación del Reglamento 2016/679, la AEPD está trabajando en un recurso *online* dirigido a pymes que realizan un tratamiento de bajo riesgo, con la finalidad de confirmar que se encuentran en esa situación y puedan disponer de un listado de las medidas que tienen que implementar en función de ese bajo nivel de riesgo.

**Divulgación de resoluciones sin anonimizar que contienen datos obtenidos al ejercitar el derecho de acceso a información pública**

#### *Informe Jurídico 160/2016 de la Agencia Española de Protección de Datos*

En este informe la Agencia analiza el derecho de acceso a la información pública. En particular, el informe analiza la consulta realizada por un profesor que ha ejercitado su derecho de acceso a la información ante diversas Administraciones y ha obtenido contestaciones que incluyen datos personales a sus solicitudes de acceso, que posteriormente ha facilitado a sus alumnos con fines didácticos. Por lo tanto, ha cedido datos personales incluidos en las resoluciones sin someterlos a un proceso de disociación.

La Agencia sostiene que la divulgación de datos personales contenidos lícitamente a partir del ejercicio de un derecho de accesos a la información pública está sometida a la normativa de protección de datos, en particular al principio de calidad de los datos y a la necesidad de ostentar la legitimación para el tratamiento. La Agencia concluye que la divulgación de dichos datos es innecesaria y excesiva para el cumplimiento de la finalidad didáctica y divulgativa.

**Cesión de direcciones IP a equipos de respuesta de incidentes de ciberseguridad**

*Informe Jurídico 0005/2016 de la Agencia Española de Protección de Datos*

La Agencia analiza en este informe tres cuestiones relativas a las direcciones de IP de los ordenadores: i) si las direcciones de IP son datos de carácter personal, ii) si la normativa de telecomunicaciones supone una habilitación legal para realizar cesiones de direcciones de IP sin recabar el consentimiento de los afectados y iii), en el caso de que no operase la habilitación legal, si habría amparar la citada cesión en el consentimiento de los usuarios del sitio web.

Respecto a la primera cuestión, la Agencia reitera que la dirección de IP es un dato de carácter personal. En relación con la consulta acerca de si la disposición adicional de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información constituye una habilitación legal suficiente, la Agencia señala que, si bien la disposición adicional cumpliría con el requisito de ser ley, en sentido formal, dicha previsión legal no está completa. En particular, la citada previsión legal se remite al desarrollo reglamentario para ser cumplimentada. La Agencia considera que si la ley habilitadora no prevé a quién se ceden los datos, no podemos entender que exista habilitación legal suficiente a los efectos de que opere la excepción de no recabar el consentimiento. Sin perjuicio de poder amparar la cesión en el consentimiento de los afectados, cabe entender que la comunicación de la dirección de IP queda amparada por el interés legítimo. Y ello porque:

(i) Existe un tratamiento de datos personales lícito. En concreto, el tratamiento y la cesión de la dirección de IP de los usuarios implicados en el incidente de ciberseguridad son necesarios para la satisfacción no solo de un interés legítimo del prestador de servicios de la sociedad de la información, sino para un interés general de los ciudadanos que navegan en internet.

(ii) No prevalecen los derechos o libertades fundamentales del interesado.

(iii) Existe ponderación por las características del cedente (prestadores de servicios de la sociedad de la información) y del cesionario. El cesionario es, en un sentido amplio, una sociedad pública estatal. Todo ello, unido a la existencia de estrategias nacionales y europeas, son parámetros esenciales para ponderar el sistema en cuestión a favor del interés legítimo de la cesión pretendida.

**[Portugal]**

**Conceito de dados pessoais – Endereço de IP dinâmico**

*Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 19 de outubro de 2016 no assunto Patrick Beyer contra a República Federal da Alemanha (Processo C-582/14)*

O Acórdão em apreço foi proferido no âmbito de um litígio que opõe, nos tribunais administrativos alemães, o cidadão Patrick Beyer («P. Beyer») à República Federal da Alemanha, com vista a que esta seja condenada a abster-se de conservar, ou de mandar conservar por terceiros, após o termo das sessões de consulta, os seus endereços de protocolo de Internet («endereços IP»), já que esses serviços registam e conservam, para além da data e hora da consulta, os endereços IP dos utilizadores para se defender de ataques informáticos e permitir desencadear ações penais.

Em sede de recurso no Supremo Tribunal Federal da Alemanha, este tribunal decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia («TJUE») as seguintes questões prejudiciais:

(i) Saber se um endereço IP dinâmico, isto é, um endereço IP que muda sempre que ocorre uma nova conexão à Internet, pode ser considerado um dado pessoal, beneficiando assim de tutela jurídica ao abrigo da Diretiva 95/46, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995 («Diretiva 95/46»). Contrariamente aos endereços IP estáticos, os endereços IP dinâmicos não permitem fazer a ligação, através de ficheiros acessíveis ao público,

entre um determinado computador e a ligação física à rede utilizada pelo fornecedor de acesso à Internet. Nessa medida, só o fornecedor de acesso à Internet de P. Breyer dispõe das informações suplementares necessárias para o identificar.

(ii) Saber se uma regulamentação de um Estado-Membro, nos termos da qual um prestador de serviços de meios de comunicação em linha apenas pode recolher e utilizar os dados pessoais relativos a um utilizador desses serviços sem o consentimento do mesmo na medida em que essa recolha e essa utilização sejam necessárias para permitir e faturar a utilização concreta dos referidos serviços por esse utilizador, sem que o objetivo de garantir o funcionamento geral desses mesmos serviços possa justificar a utilização dos referidos dados após o termo da respetiva sessão de consulta, é compatível com o artigo 7.º, alínea f), da Diretiva 95/46.

Em relação à primeira questão, o TJUE responde que um endereço IP dinâmico registado por um prestador de serviços de meios de comunicação em linha (isto é, pelo explorador de um sítio Internet, neste caso, os serviços federais alemães) aquando da consulta do seu sítio Internet acessível ao público constitui, relativamente ao explorador, um dado pessoal, quando este disponha de meios legais que lhe permitam identificar o utilizador graças às informações suplementares de que dispõe o fornecedor de acesso à Internet do referido utilizador.

Relativamente à segunda questão, o TJUE começa por recordar que já decidiu noutro caso que o artigo 7.º da Diretiva 95/46 prevê uma lista exaustiva e taxativa dos casos em que um tratamento de dados pessoais pode ser considerado lícito, e que os Estados-Membros não podem acrescentar novos princípios relativos à legitimação dos tratamentos de dados pessoais ao referido artigo nem prever exigências suplementares que venham alterar o alcance de um dos seis fundamentos de legitimidade para o tratamento de dados pessoais previstos nesse artigo (em particular, a prossecução dos interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou do terceiro ou terceiros a quem os dados sejam comunicados, desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais da pessoa em causa).

Nesse sentido, considerou o TJUE que uma regulamentação como a que está em causa no presente litígio reduz, no que respeita ao tratamento de dados pessoais dos utilizadores de sítios de meios de comunicação em linha, o alcance do princípio estabelecido no artigo 7.º, alínea f), da Diretiva 95/46, ao excluir que a finalidade de garantir o funcionamento geral do referido meio de comunicação em linha possa ser objeto de ponderação com o interesse ou os direitos e liberdades fundamentais desses utilizadores, que requerem, em conformidade com esta disposição, uma proteção ao abrigo do artigo 1.º, n.º1, da mesma diretiva, pelo que essa regulamentação estaria em incumprimento do disposto no artigo 7.º, alínea f), da Diretiva 95/46.

#### Unidade Nacional de Combate ao Cibercrime e à Criminalidade Tecnológica

#### *Decreto-Lei n.º 81/2016 (DR 228 série I de 2016-11-28)*

Foi publicado, no passado dia 28 de novembro, o Decreto-Lei n.º 81/2016 («Decreto-Lei»), que cria na estrutura orgânica da Polícia Judiciária, a Unidade Nacional de Combate ao Cibercrime e à Criminalidade Tecnológica, que substitui a Unidade Nacional da Investigação da Criminalidade Informática de forma a permitir a necessária resposta estrutural, preventiva e repressiva por parte da Polícia Judiciária ao fenómeno do cibercrime e do ciberterrorismo, e que é inspirada no modelo adotado pelo EC3 (*European Cybercrime Center*) da EUROPOL.

O Decreto-Lei vem assim definir que esta unidade tem competências nas áreas da prevenção, deteção, investigação criminal e coadjuvação das autoridades judiciais relativamente (i) aos crimes previstos na Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, (ii) outros crimes praticados com recurso ou por meio de tecnologias ou de meios informáticos previstos na Lei da Proteção de Dados Pessoais e no Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos, e (iii) crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, sempre que praticados por meio ou através de sistema informático, devassa por meio da informática, burla informática, interferência e manipulação ilegítima de meios de pagamento eletrónicos e virtuais e espionagem informática.

O Decreto-Lei entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

### Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – Publicação de Guidelines pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29

No seguimento da aprovação pelo Parlamento Europeu, a 14 de abril de 2016, do texto definitivo do novo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (o «Regulamento»), que vem substituir a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995 atualmente em vigor e que será diretamente aplicável em todos os Estados Membros a partir de 25 de maio de 2018, o Grupo de Trabalho do Artigo 29 adotou, no último dia 13 de dezembro de 2016, três *Guidelines*, e respetivo conjunto de perguntas frequentes, sobre matérias relevantes relacionadas com a implementação prática do Regulamento (as «*Guidelines*»).

#### (i) *Guidelines* sobre o encarregado da proteção de dados (*data protection officer*)

O Regulamento introduz a obrigação de nomeação de um encarregado de proteção de dados («DPO») 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, atuando em relação a esta como ponto de contacto.

O objetivo destas *Guidelines* é o de concretizar os casos em que a nomeação de um DPO é obrigatória, clarificando também alguns aspetos práticos relativos à forma de nomeação, descrição da função e competências técnicas, destacando-se a referência expressa que é feita ao facto de o DPO não ser pessoalmente responsável pelo incumprimento do Regulamento, recaindo esse ónus sempre no responsável pelo tratamento ou no subcontratante.

#### (ii) *Guidelines* sobre o direito à portabilidade

O Regulamento vem criar um novo direito à portabilidade que se consubstancia no direito do titular dos dados de poder receber os dados pessoais que lhe digam respeito e que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento, num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática, e o direito de transmitir (ou seja, de reutilizar) esses dados a outro responsável pelo tratamento sem que o responsável a quem os dados foram inicialmente fornecidos o possa impedir.

Estas *Guidelines* vêm concretizar a forma como se processa o exercício deste direito e quando é que o mesmo pode ser exercido, a informação que os responsáveis pelo tratamento devem prestar aos titulares dos dados e o prazo para responder aos pedidos de portabilidade. As *Guidelines* contêm ainda recomendações quanto ao formato dos dados que sejam objeto de portabilidade.

#### (iii) *Guidelines* sobre a identificação da autoridade de controlo principal

O Regulamento introduz o mecanismo de balcão único (*one-stop-shop*) que permite que a autoridade nacional do local onde o responsável pelo tratamento ou o subcontratante tenha o seu estabelecimento principal atue na qualidade de autoridade de controlo principal para o tratamento transfronteiriço e assuma competências de coordenação de procedimentos relativos a infrações ao Regulamento, não se excluindo a competência das autoridades de controlo locais para tratar reclamações que lhes sejam apresentadas ou para se pronunciar sobre eventuais violações do Regulamento no seu Estado-Membro.

As *Guidelines* vêm estabelecer critérios de identificação da autoridade de controlo principal essencialmente ligados ao conceito de «estabelecimento principal» ou do «estabelecimento único», proibindo-se o *forum shopping*, bem como oferecer orientações nos casos de uma multiplicidade de estabelecimento na União que tomam decisões autónomas relativamente às finalidades e aos meios de tratamento de dados e nas situações em que não existe uma administração central na União e nenhum dos estabelecimentos toma decisões relativas ao tratamento de dados, sendo as mesmas tomadas exclusivamente fora da EU.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Unión Europea]

**El Tribunal de Justicia declara contrario al Derecho de la Unión los ceses del presidente y un consejero de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones («CMT») producidos como consecuencia de su integración en la CNMC**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de octubre de 2016 (as. C-424/15)*

El Tribunal de Justicia ha resuelto tres cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo español con motivo del cese anticipado de los mandatos del presidente y un consejero de la antigua CMT como consecuencia de su integración en la CNMC, tras la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

A través de la primera cuestión prejudicial, el Tribunal Supremo solicita que se determine si la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas («Directiva 2002/21/CE»), se opone a una norma nacional que lleve a cabo la fusión de una Autoridad Nacional de Reglamentación («ANR») con otras para crear un organismo de reglamentación multisectorial al que se le encomienden las funciones confiadas a las ANR fusionada bajo la Directiva 2002/21/CE. El Tribunal de Justicia concluye que la Directiva 2002/21/CE no se opone a este hecho, siempre que este organismo multisectorial cumpla con los requisitos de competencia, independencia, imparcialidad y transparencia establecidos en la Directiva 2002/21/CE, y que las decisiones que adopte puedan ser objeto de recurso efectivo ante un organismo independiente de las partes implicadas.

La segunda y tercera cuestión prejudicial pretenden dilucidar si la Directiva 2002/21/CE se opone a que el presidente y un consejero de la CMT sean cesados antes de la finalización de sus mandatos con motivo de la fusión y creación del órgano multisectorial.

El Tribunal de Justicia recuerda que el artículo 3, apartado 3 bis, párrafo segundo, de la Directiva 2002/21/CE establece que los miembros del órgano colegiado en el seno de la ANR solo pueden ser cesados en caso de que dejen de cumplir las condiciones requeridas para el ejercicio de sus funciones en los términos previstos de antemano en el Derecho nacional. En el supuesto analizado, el cese se debió a la creación de la CNMC y no a las causas previstas legalmente. A juicio del Tribunal de Justicia, el objetivo de refuerzo de la independencia y la imparcialidad de las ANR se vería comprometido en estas circunstancias en tanto que podría generar dudas razonables sobre la neutralidad de la ANR afectada y su impermeabilidad a factores externos, y menoscabar su independencia, su imparcialidad y su autoridad.

En consecuencia, ya que no se previeron reglas que garantizaran que tal cese no menoscabara la independencia e imparcialidad del nuevo organismo de reglamentación, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que el cese realizado en los términos anteriores es contrario a lo previsto en la Directiva 2002/21/CE.

**El Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que el sistema de financiación de RTVE es compatible con el Derecho de la Unión**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2016 (as. C-449/14)*

Sentencia por la que se resuelve el recurso de casación interpuesto por una sociedad —sin perjuicio de la posterior adhesión al recurso por otra sociedad española— frente a la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea que desestimaba el recurso de anulación de la Decisión de la Comisión, de 20 de julio de 2010, relativa al régimen de ayudas C 38/09 (ex NN 58/09) que España tiene previsto ejecutar en favor de la Corporación de Radio y Televisión Española («RTVE») (la «Decisión») presentado por la sociedad ante la Comisión Europea. La Decisión declaró la compatibilidad con el mercado interior del régimen de ayudas español en favor de RTVE.

El Tribunal comienza recordando que las disposiciones europeas relativas a las ayudas del Estado no se aplican a los tributos, salvo que estos constituyan el modo de financiación de la ayuda. En este sentido, el modo de financiación de una ayuda puede conllevar la incompatibilidad de esta con el mercado común.

Sobre la base de estas premisas, el Tribunal analiza los criterios que permiten determinar si un tributo forma parte integrante de una ayuda: (i) el destino del tributo debe estar obligatoriamente vinculado a la ayuda con arreglo a la normativa nacional y (ii) la recaudación debe estar necesariamente destinada a la financiación de la ayuda afectando de forma directa a su cuantía (ambos criterios acumulativos).

El Tribunal sostiene que la medida fiscal no forma parte de la ayuda a RTVE. En particular, afirma que no existe una relación vinculante entre el destino de dicha medida fiscal y la ayuda, ya que (i) el tributo no está necesariamente destinado a la financiación, en cuanto parte de los ingresos pueden destinarse a otros fines, y (ii) el importe de la ayuda pagada a RTVE no depende directamente de la recaudación fiscal en cuestión percibida de los operadores de televisión, sino de los costes netos relacionados con el cumplimiento de servicio público que realiza RTVE.

La existencia de una relación de competencia entre el recurrente y RTVE no es suficiente para desvirtuar los dos criterios arriba mencionados.

Por todo lo anterior, el Tribunal desestima el recurso presentado por la sociedad recurrente (así como la adhesión a la casación) y confirma la compatibilidad del sistema de financiación de RTVE con el mercado interior.

### [España]

**La inversión obligatoria para la financiación anticipada de obras audiovisuales europeas no permite acumular superávits generados en ejercicios sucesivos, sino que cualquier superávit ha de aplicarse al ejercicio inmediatamente posterior**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 septiembre de 2016.*

Esta sentencia pone fin a un proceso iniciado con la interposición de un recurso de alzada por parte de una empresa española del sector audiovisual contra una resolución del director general para el Desarrollo de la Sociedad de la Información, de 16 de marzo de 2006, por la que se determinó el grado de cumplimiento por la recurrente de la obligación de inversión para la financiación de las obras cinematográficas en el ejercicio 2004.

El recurso contencioso-administrativo frente a la citada resolución no cuestionaba las declaraciones sobre el cumplimiento de las obligaciones de inversión durante el ejercicio 2004, ni sobre el reconocimiento del excedente que se podría aplicar al cumplimiento de la obligación de inversión en el ejercicio 2005, sino el modo en que, según la resolución, había de aplicarse el excedente de un ejercicio al cumplimiento de las obligaciones de inversión.

La sentencia impugnada, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 30 de junio de 2009, desestimó las pretensiones de la recurrente al considerar, por un lado, que era conforme a derecho el desglose que habían realizado las resoluciones impugnadas, que diferenciaron entre la financiación destinada a la producción de obras audiovisuales europeas y las producciones cuya lengua original sea cualquiera de las oficiales en España, y, por otro lado, que era disconforme a derecho la agregación de superávits generados en sucesivos ejercicios para aplicarlos finalmente en otro ejercicio posterior, como propugnaba la parte recurrente.

El recurso de casación se funda sobre un único motivo, por infracción del artículo 8 del Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, europeos y españoles, relativo al ejercicio en el que se computa tal inversión.

Tanto la sentencia impugnada como las resoluciones administrativas previas interpretaron el artículo entendiendo que este autoriza la aplicación de parte de la inversión efectuada en el ejercicio anterior al cumplimiento de la obligación en el ejercicio siguiente, con el límite del 20 %, rechazando que el precepto permita, como defendió la recurrente, ir agregando superávits generados en sucesivos ejercicios, para aplicarlos finalmente en otro ejercicio posterior.

En este contexto, el Supremo realiza una interpretación literal del artículo que la recurrente considera infringido y concluye que la inclusión en este de las expresiones «ejercicio siguiente»

e «inmediatamente anterior», no permiten dotar al precepto de un sentido distinto al apreciado por las instancias anteriores.

En apoyo a su tesis, la recurrente esgrimió que la propia Administración había permitido, respecto de otro operador, la agregación de superávit generados en sucesivos ejercicios para aplicarlos en otro posterior, por lo que la interpretación dispar del precepto que se había realizado en esta ocasión suponía un trato desigual a los administrados sujetos al cumplimiento de una misma obligación.

A este argumento responde el Alto Tribunal señalando que la recurrente no ha aportado datos suficientes para permitir a la Sala de instancia un conocimiento completo y detallado de los supuestos comparados. A ello añade que, aun si en el caso citado por la recurrente se hubiese aplicado el exceso de inversión a un ejercicio muy anterior, en contra de la interpretación literal del precepto analizado, la recurrente no puede exigir el mismo tratamiento, ya que es doctrina constante del Tribunal Constitucional que no existe un derecho a la igualdad en la ilegalidad.

Tampoco estima el Supremo el argumento consistente en la discriminación por razón de nacionalidad efectuada por la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. En concreto, la recurrente considera que la diferenciación que efectúa dicha ley respecto de obra europea y obra española es contraria al artículo 12 del Tratado de la Unión Europea. Sin embargo, el Supremo discrepa de esta apreciación, y para ello trae a colación la sentencia dictada por el TJUE el 5 de marzo de 2009, en el asunto C-222/07, suscitado precisamente mediante cuestión prejudicial elevada por la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo. En respuesta a esta cuestión, el TJUE consideró compatible con el Derecho de la Unión una medida que obligue a los operadores de televisión a destinar el 60 % del 5 % de sus ingresos de explotación destinado a la financiación anticipadas de películas europeas, a películas cuya lengua original sea cualquiera de las oficiales en España.

En virtud de todo lo anterior, el Tribunal desestima el recurso de casación e impone las costas a la parte recurrente.

**El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por un club de fútbol en relación con la Resolución de la CNMC de 3 de mayo de 2012**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de abril de 2016*

La Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia («CNMC») de 3 de mayo de 2012 declaró el incumplimiento por parte de un operador audiovisual y de un club de fútbol de lo previsto en la Resolución de la antigua Comisión Nacional de la Competencia («CNC»), de 14 de abril de 2010, por la firma de un contrato de adquisición por parte del operador de los derechos audiovisuales del club de fútbol que excluían del mercado los derechos de este club por un periodo superior a las tres temporadas (según lo dispuesto en la Resolución de 2010 de la antigua CNC). Dicha Resolución fue objeto de recurso contencioso-administrativo cuya desestimación por la Audiencia Nacional dio lugar al recurso de casación objeto de la sentencia.

La Resolución de la CNC preveía que los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de Liga y Copa de S. M. el Rey (salvo la final) de clubes de fútbol y con duración superior a tres temporadas son acuerdos entre empresas que caen bajo la prohibición de la normativa de la UE y la ley de defensa de la competencia, al ir más allá de un mero acuerdo de licencia para gravar o transmitir un encuentro y establecer condiciones de adquisición de un bien —los partidos— para su explotación.

El club de fútbol interpuso recurso de casación al considerar que la Resolución de la CNC (i) no había tenido en cuenta el contenido de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual («LGCA»), que establece que los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas no podrán exceder de cuatro años, y (ii) vulneraba el principio de presunción de inocencia, por cuanto se declaraba el incumplimiento antes de que se produjeran los hechos que determinaron la duración del contrato, ya que en el contrato suscrito se acordaba que el mismo contrato no tendría una duración superior a tres temporadas si una sentencia firme de la Audiencia Nacional o del Tribunal Supremo confirmaba la validez de la Resolución de la Comisión.



El Tribunal Supremo sostiene que la CNMC prejuzgó anticipadamente las consecuencias jurídicas derivadas de la suscripción del contrato y mantiene que la CNMC debió tener en cuenta que la inclusión del artículo 21 del proyecto de la LGCA, que limitaba la duración de los nuevos contratos de adquisición de los derechos audiovisuales de las competiciones futbolísticas a cuatro años, había generado en los destinatarios de la Resolución de la Comisión una duda razonable sobre la interpretación de la normativa aplicable. En consecuencia, se habría creado una aparente situación de confianza legítima propiciada por el legislador sobre la licitud de la conducta, que exigía de la autoridad de competencia un pronunciamiento previo y claro sobre la compatibilidad de la citada disposición legal con el Derecho de la Unión Europea sobre la competencia a la luz de las circunstancias fácticas y jurídicas sobrevenidas, y una valoración jurídica relativa a determinar los contratos celebrados al amparo de la citada disposición legal.

**El Tribunal Supremo declara conforme a Derecho que las televisiones nacionales destinen el 5 % de sus ingresos de explotación a la producción de obras audiovisuales, en su mayoría españolas**

*Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 y 20 de julio de 2016*

Ambas sentencias desestiman los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) y un prestador del servicio de comunicación audiovisual, respectivamente, contra el Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, europeos y españoles. Los recurrentes consideraban contraria a derecho la imposición a algunos empresarios de la obligación de financiar con el 5 % de sus ingresos de explotación la producción de obras audiovisuales, al entender que tal medida es contraria a los artículos 14, 20, 33 y 38 de la Constitución y, además, que es contraria a las libertades básicas del Tratado de la Comunidad Europea y al régimen de ayudas comunitario.

Los actores solicitaron, en consecuencia, la inaplicación de la medida por contravenir el derecho comunitario y la declaración de nulidad del Real Decreto impugnado. De forma subsidiaria, plantearon sendas cuestiones de inconstitucionalidad y cuestión prejudicial.

La Sala consideró oportuno plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Dicha cuestión se resolvió mediante sentencia de 5 de marzo de 2009 y declaró que la normativa nacional no resultaba contraria al derecho comunitario. Asimismo, la Sala acordó plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que declaró, a través de su sentencia de 3 de marzo de 2016, que el precepto impugnado era conforme a la Constitución y no vulneraba el derecho a la libertad de empresa.

El Tribunal Supremo, basándose en estas sentencias del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional, procede a desestimar el recurso al rechazar que la medida impugnada vulnera el principio de igualdad (art. 14), de expresión (art. 20), de libertad de empresa (art. 38) y que se trata de una medida expropiatoria (art. 33).

En primer lugar, los recurrentes sostenían que la obligación de financiar a la industria cinematográfica recae únicamente sobre las operadoras de televisión, no sobre otros empresarios. El Tribunal Supremo sostiene que tal argumento no es asumible, pues es notorio que las operadoras de televisión mantienen con la producción cinematográfica una estrecha relación y una interconexión de actividades que no concurren con relación a otros sectores empresariales. También se argumentaba por parte de los recurrentes que la discriminación vendría dada por el hecho de que la obligación de financiar películas en cualquiera de las lenguas oficiales recae sobre operadoras de televisión de ámbito nacional, que no pueden emitir tales producciones en comunidades en las que no estarían comprendidas. El Tribunal Supremo rechaza este argumento por una doble razón: (i) la norma se refiere a la financiación de producciones cuya lengua original sea cualquiera de las oficiales en España, sin imponer cuota o porcentaje alguno para cada una de esas lenguas oficiales, y (ii) la obligación se impone a todos los operadores de televisión, dejando claro la norma que tal obligación incumbe asimismo a los operadores de televisión que actúan en el ámbito de las comunidades autónomas.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo—acogiendo los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 3 de marzo de 2016— sostiene que tal medida no vulnera el

derecho a la libertad de empresa y, en particular, en su manifestación de libertad de inversión, pues la citada medida es una limitación a la libertad de empresa constitucionalmente legítima en la medida en que está encaminada a una finalidad constitucionalmente legítima (promoción de la cultura) y es adecuada para lograr dicha finalidad.

Por último, los recurrentes alegaban que la cuota de inversión obligatoria es una medida expropiatoria cuya imposición —sin la correspondiente contrapartida— constituye una vulneración del citado precepto constitucional. El Tribunal Supremo rechaza este argumento al considerar que, en modo alguno, esta medida constituye ni por analogía o aproximación una actuación expropiatoria, entendida esta como cualquier privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses legítimos.

**El Tribunal Supremo confirma la participación de ciudadanos de la Unión Europea en campeonatos de España**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de septiembre de 2016*

El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por la Administración del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de diciembre de 2014, que estimaba el recurso contencioso-administrativo presentado contra una resolución del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

Dicha autorizaba a la Federación de Taekwondo, bajo el amparo de la disposición adicional segunda de la ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, a impedir la participación de extranjeros residentes legales en España en determinados campeonatos españoles. La razón para tal exclusión fue que de este tipo de competiciones —en las que hay un enfrentamiento individual, directo y sin posibilidad de repesca— salen los equipos que representan a España en competiciones internacionales para los que únicamente son seleccionables los españoles. La Audiencia anula la resolución en la medida en que, para formar parte en dichos equipos, no se exige ser el campeón de España y, por lo tanto, la restricción —medida excepcional y que debe ser justificada— no es necesaria.

El recurso desestimado se interpuso sobre la base de que la Audiencia confunde lo litigioso y la justificación de la excepción autorizada. En definitiva, el Tribunal Supremo desestima los tres motivos planteados en el recurso, impone las costas al recurrente y confirma la sentencia de la Audiencia Nacional.

**El Tribunal Supremo avala el derecho a la intimidad de los deportistas**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de julio de 2016*

El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por la Administración del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 2014, que estimaba parcialmente el recurso contencioso-administrativo presentado contra la resolución de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes, que aprobaba un formulario de localización de los deportistas en su Anexo II.

En la referida sentencia de la Audiencia Nacional se indica que, sin perjuicio de la legitimidad de llevar a cabo controles contra el dopaje —y, en particular, en periodos fuera de competición—, someter a los deportistas (en este caso, a los incluidos en el Plan Individualizado de Controles) a una localización y control permanente durante todas las jornadas y horas del año supone una medida desproporcionada y contraria al derecho a la intimidad. Sin perjuicio de que la normativa antidopaje (entre otras, la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, y el Real Decreto 641/2009 de 17 de abril, por el que se regulan los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados, y por el que se establecen medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección de la salud en el deporte) prevé que se deben facilitar datos que permitan la localización «habitual» de los deportistas, el Anexo II se extralimita al solicitar información sobre la localización ocasional y un deber permanente de localización.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Nacional recordando que esta obligación de localización permanente (y la consecuente obligación de permanencia de los sujetos

en el lugar y hora indicada en el correspondiente formulario, por si se realizase un control) supone la imposición de medidas de carácter penal de localización permanente, sin que exista comisión alguna de un delito.

#### Sanción por incumplimiento del Reglamento de Roaming

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de abril de 2016*

Sentencia que estima parcialmente el recurso interpuesto por un operador de telecomunicaciones ante la Resolución de la CNMC que le sancionaba por un incumplimiento del Reglamento 531/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2012, relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles de la Unión («Reglamento de Roaming»). El hecho que generó la apertura del expediente y posterior sanción fue que el operador comercializó planes de precios nacionales junto con los que el cliente contrataba automáticamente una tarifa de *roaming* o itinerancia internacional, sin ofrecer al contratante la posibilidad de elegir las eurotarifas o cualquier otra tarifa alternativa de *roaming*. En consecuencia, el operador incumplía con la obligación de *atraer activamente la atención de los consumidores sobre la información relativa a las eurotarifas y ofrecerlas a todos los clientes itinerantes, de forma gratuita, clara y transparente*. Además, el acto de contratar las tarifas alternativas ha de ser voluntario e intencionado, lo cual tampoco se producía al ser la contratación de la tarifa automática.

La Audiencia Nacional confirma lo señalado por la CNMC y sostiene que la oferta realizada por el operador no era activa, clara y transparente en las dos tarifas, la propia y la eurotarifa, sino que se favorecía de forma efectiva la propia, teniendo el usuario que buscar y comparar la información y elegir otra tarifa en un acto posterior, disociado de la contratación inicial. Además, la Audiencia Nacional considera que el hecho de que la tarifa propia fuera más beneficiosa para determinados clientes no es relevante.

Sin perjuicio de lo anterior, la Audiencia Nacional estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo en aplicación del principio de disposición sancionadora más favorable por la reciente modificación de la LGT.

### 3 · OTROS

#### [Unión Europea]

#### Guía para la implementación de las normas sobre neutralidad tecnológica europeas

*Guía del ORECE sobre la implementación por parte de las Autoridades Nacionales de las normas sobre neutralidad tecnológica Europeas de 30 de agosto de 2016*

El Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE o BEREC en su traducción inglesa) publicó el 30 de agosto una guía dirigida a las autoridades regulatorias locales (en lo que respecta a España, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) para servir de apoyo en la implementación de las normas europeas en materia de neutralidad tecnológica.

El ORECE, siguiendo el mandato previsto en el artículo 5 (3) del Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, ha elaborado esta guía que tiene por objeto establecer un marco normativo común que salvaguarde el trato igualitario y no discriminatorio del tráfico en la prestación de servicios de acceso a Internet y, en relación con los derechos de los usuarios finales, para protegerlos y simultáneamente garantizar el funcionamiento de Internet sin favorecer o discriminar a favor del uso de una tecnología en particular. La guía analiza una serie de artículos del Reglamento 2015/2120 en los que se agrupan el conjunto de recomendaciones y está dirigida a los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas al público (incluyendo redes públicas de comunicaciones y servicios de comunicaciones electrónicas tal y como se definen en la Directiva Marco 2002/21/CE).

Entre otros asuntos, la guía regula los siguientes:

- (i) Los derechos de los usuarios finales en relación con el Internet abierto, su acceso y uso.
- (ii) Ejemplos de prácticas comerciales aceptables de prestadores de servicio de acceso a Internet y usuarios finales.
- (iii) La obligación de los proveedores de acceso a Internet de tratar todo el tráfico por igual, sin discriminar, restringir o interferir en el contenido al que se accede o se distribuye.
- (iv) Las medidas que los operadores pueden implementar para gestionar el tráfico siempre que estas sean transparentes, proporcionales y no discriminatorias, aportando criterios para interpretar este triple requisito y sobre el análisis de aquellas categorías de tráfico objetivamente diferenciado.
- (v) Prevé expresamente y entre otras, como excepción a la obligación del trato igualitario y no discriminatorio, la posibilidad de gestionar el tráfico e implementar medidas en caso de congestión de la red.
- (vi) El contenido contractual mínimo en los contratos relativos a servicios de acceso a Internet.
- (vii) Obligaciones de transparencia.

**La Comisión insta a España a recuperar los importes de las ayudas estatales otorgadas a cuatro clubes de fútbol a raíz de la entrada en vigor de la Ley del Deporte**

*Decisión (UE) 2016/2391 de la Comisión de 4 de julio de 2016 relativa a la ayuda estatal SA. 29769 (2013/C) (ex 2013/NN) concedida por España a determinados clubes de fútbol*

La Comisión ha concluido que España, mediante la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, introdujo una ayuda –incompatible con el mercado interior– en forma de privilegio fiscal para los cuatro clubes españoles de fútbol no obligados a convertirse en sociedades anónimas deportivas (artículo 19 de dicha norma). En tanto que tuvieron un saldo positivo en los cuatro o cinco ejercicios anteriores y, por lo tanto, una buena gestión, la Ley 10/1990 les permitió mantener su estructura organizativa.

El privilegio fiscal consistía en que los ingresos comerciales de los clubes, como entidades sin ánimo de lucro, estaban sujetos a un tipo reducido en vez del tipo general del impuesto de sociedades aplicable a las sociedades anónimas deportivas.

La Comisión considera que los cuatro clubes pueden considerarse empresas en la medida en que ejercen una actividad económica en el mercado y afectan a la competencia de la Unión. Los clubes llevan a cabo actividades de comercialización, *merchandising*, patrocinio, etc. Asimismo, la Comisión sostiene que la medida es (i) selectiva al beneficiar a cuatro empresas concretas y no estar la medida justificada por la lógica y la naturaleza del sistema fiscal, y (ii) puede afectar a la competencia y a los intercambios con Estados miembros, al otorgar una ventaja a los clubes que luchan por estar en las competiciones europeas y por participar en los mercados de *merchandising* y derechos televisivos. Esta medida se traduce en que los clubes pueden disponer de más fondos para atraer o retener mejores jugadores y, en consecuencia, aumentar las posibilidades de ganar competiciones y, por ello, de aumentar sus ingresos.

En definitiva, la aplicación de un tipo preferente otorga una ventaja que puede afectar a los intercambios comerciales dentro de la Unión y falsear la competencia. Este régimen se constituye como una ayuda ejecutada ilegalmente por España, contraria a la normativa de la Unión y al mercado interior. Asimismo, se prevé que España suprima este régimen desde la adopción de la Decisión.

Como consecuencia de lo anterior, la Comisión insta a España a no continuar con el trato diferenciado de los cuatro clubes y a recuperar de ellos la diferencia entre el impuesto sobre sociedades pagado y el que les hubiera correspondido de haberse constituido como sociedades anónimas deportivas a partir del ejercicio fiscal del año 2000 (10 años antes de que la Comisión solicitase por primera vez a España información sobre la medida). La Decisión prevé un plazo de 4 meses a partir de su notificación para su aplicación.

**Conclusiones sobre la cuestión prejudicial planteada sobre la exclusión de un licitador de una concesión de juego por la imposición de determinadas condiciones de participación**

*Conclusiones del abogado general Sr. Nils Wahl, frente al TJUE, de 16 de junio de 2016, a la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Reggio Calabria (Italia) (as. C-225/15)*

El 16 de junio de 2016 el abogado general Nils Wahl presentó sus conclusiones y solicitó al TJUE que resolviera la cuestión prejudicial relativa a la interpretación de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios («Directiva 2004/18/CE »).

En el supuesto de hecho en cuestión, la policía italiana comprobó que la sociedad a la que pertenece el recurrente carecía de concesión, autorización o licencia para la realización de la actividad de recogida y transmisión de apuestas (ni estaba vinculada a ningún operador con concesión para ello) bajo la normativa italiana. Ante el procedimiento iniciado contra el recurrente de embargo preventivo, el recurrente interpuso un recurso alegando la incompatibilidad del pliego de licitación con la normativa de la Unión Europea. En el pliego, se preveía como requisito para la licitación la presentación de certificados de capacidad económica y financiera que, en opinión del recurrente, no preveían adaptación alguna para empresas extranjeras y que violaba los principios de igualdad de trato y de efectividad, al no prever otros criterios para justificar dicha capacidad.

El abogado general, tras resolver una cuestión debatida acerca de la admisibilidad de la cuestión y desechar la aplicabilidad de la Directiva 2004/18/CE, concluye que la libertad de establecimiento y los principios de equivalencia y de efectividad se deben interpretar en el sentido de que no se oponen a la existencia de una norma nacional que, para la adjudicación de concesiones en el sector de los juegos de azar, excluye del procedimiento de licitación a operadores que no hayan podido presentar las certificaciones requeridas en tanto que se respeta el principio de proporcionalidad. El juez nacional será el encargado de verificar que dicha exigencia sea justificada y proporcionada.

En todo caso, las conclusiones del abogado general no son vinculantes para el TJUE y aún se debe esperar a la resolución definitiva por parte del TJUE.

**[España]**

**La CNMC requiere a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual para que informen sobre la calificación por edades en los espacios de autopromoción**

*Resolución de 9 de junio de 2016 por la que se requiere a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual para que informen sobre la calificación por edades de las obras audiovisuales en los espacios de autopromoción relativos a su comercialización en DVD u otros soportes*

La CNMC ha requerido a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual para que informen sobre la calificación por edades de las obras audiovisuales en los espacios de autopromoción relativos a sus actos de difusión, comercialización o publicidad.

La CNMC recuerda que el contenido de las autopromociones está sujeto a las obligaciones y prohibiciones establecidas con carácter general para la publicidad comercial en relación con la normativa de carácter cinematográfico (incluyendo series de televisión).

El incumplimiento del requerimiento puede suponer el inicio de un procedimiento sancionador por la comisión de una infracción grave.

**La CNMC aprueba las condiciones técnicas del nuevo servicio mayorista de acceso a la red de fibra óptica de Telefónica (NEBA local)**

*Resolución por la cual se aprueba la oferta de referencia del servicio mayorista NEBA local, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE). 10 de enero de 2017*

La CNMC aprobó las condiciones del servicio de acceso virtual a la red de fibra a nivel provincial como consecuencia de las obligaciones impuestas a este operador con poder significativo en el mercado al regular los mercados mayoristas de banda ancha, permitiendo el acceso a los operadores a la red de fibra óptica de Telefónica en aquellas zonas donde no existe competencia

suficiente (65 % de la población, todos los accesos FTTH de Telefónica a excepción de los 66 municipios declarados como competitivos). La regulación de los mercados mayoristas de banda ancha fue analizada en el número 43 de *Actualidad Jurídica*.

Además de obligaciones documentales, el servicio NEBA local deberá estar operativo en el plazo de 12 meses desde el día siguiente a la publicación de la resolución en el *BOE*. Tres meses antes y hasta esa fecha, Telefónica deberá aceptar solicitudes de establecimiento de pruebas LAGL por vías alternativas al NEON (*Nuevo Entorno para Operadores Nacionales*).

A su vez y de forma paralela, el mismo 10 de enero de 2017 la CNMC aprobó la Resolución por la cual se aprueba la revisión del precio de la capacidad en PAI (Punto de Acceso Indirecto) del servicio de banda ancha mayorista NEBA y su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE); con una rebaja propuesta del 40 % del precio por capacidad contratada en cada PAI provincial en 2017 y del 35,6 % en 2018.

#### La CNMC revisa la regulación de los mercados de acceso a la telefonía fija

*Resolución relativa a la definición y análisis del mercado minorista de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija (mercado 1/2007) y del mercado mayorista de acceso y originación de llamadas en redes fijas (mercado 2/2007) y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas. 17 de enero de 2017*

La CNMC ha aprobado la medida definitiva sobre la regulación de los mercados de acceso minorista y mayorista a la telefonía fija (Mercados 1 y 2 de la Recomendación de la Comisión Europea de 2007) para usuarios finales y operadores alternativos a Telefónica, tras el trámite de consulta pública iniciado el 16 de julio de 2016.

Como desarrolla la CNMC, Telefónica sigue siendo un operador con poder significativo de mercado en el mercado mayorista, por lo que propone el mantenimiento de las obligaciones impuestas a nivel mayorista [continuando en la prestación del servicio de Acceso Mayorista a la Línea Telefónica («AMLT»)] a precios orientados a costes.

La CNMC propone (i) mantener la regulación del mercado mayorista; (ii) restringir el servicio de preselección a las líneas AMLT, dejando de estar regulado el servicio de preselección de operador de manera aislada; (iii) levantar la obligación que tiene Telefónica de prestar el servicio de originación en tránsito doble y de interconexión por capacidad, y (iv) suprimir la prohibición de realizar prácticas de retención de abonados y de notificación de cierre de centrales.

Con respecto al mercado minorista, se plantea suprimir las obligaciones vigentes de acceso, transparencia, control de precios, contabilidad de costes y separación de cuentas aún vigentes (parte de las obligaciones impuestas en este mercado ya fueron suprimidas en 2012), en tanto que no constituye un mercado de referencia susceptible de la imposición de obligaciones específicas y de ser regulado *ex ante*.

#### Revisión de la oferta MARCO de Telefónica

*Resolución sobre la revisión de la oferta MARCO de Telefónica (OFE/DTSA/1242/15/MARCO\_SUBCON). 18 de octubre de 2016*

La oferta MARCO de Telefónica recoge un conjunto de servicios que esta compañía debe prestar a los operadores para facilitarles el acceso a sus infraestructuras de obra civil y permitirles el despliegue de sus propias redes de fibra óptica. Dicha oferta incluye las condiciones técnicas, económicas y los procedimientos asociados a dicho acceso y está disponible para todos los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas —mediante la firma de un contrato reglado—, permitiéndoles acceder al uso compartido de la infraestructura de obra civil de Telefónica (y, en particular, a la canalización, elementos de registros, poste, etc.).

A través de esta Resolución, la CNMC revisa por quinta vez la oferta MARCO. Entre otras modificaciones, se modifican las penalizaciones por retrasos en tendido de cable (5 % sobre el precio no recurrente del servicio); se incorporan indicadores de calidad; se modifican varios aspectos relativos a la facturación; se prevé un plazo de 12 días para que Telefónica confirme el estado y, en su caso, proceda a la retirada de cables en desuso; se matizan cuestiones relativas a la repa-

ración de conductos obstruidos y el uso de cámaras cero y multioperador; se modifica el proceso de compartición de postes; y se prevé un replanteo autónomo sin intervención de Telefónica (revisando el plazo máximo para el análisis de viabilidad de rutas alternativas para el acceso a red), así como el proceso de acceso a la red.

Las funcionalidades previstas en la resolución se deberán implantar en el plazo de 4 meses.

**La no aplicación a contratistas de Administraciones públicas de su regulación en materia de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas**

*Acuerdo por el que se da contestación a la consulta planteada por Vodafone España, S.A. sobre la aplicación del artículo 9 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, a los operadores privados de comunicaciones electrónicas con los que contratan las Administraciones públicas. 6 de octubre 2016*

La CNMC responde a la consulta planteada por el operador privado sobre la aplicación del artículo 9 de la Ley General de Telecomunicaciones (*Instalación y explotación de redes públicas y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de prestación a terceros por las Administraciones públicas*) y la Circular 1/2010, de 15 de junio, por la que se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones públicas, en relación con las obligaciones que le son exigibles a un operador que presta servicios sujetos a la Ley General de Telecomunicaciones por nombre o encargo de una Administración pública.

La CNMC concluye que el prestador de servicios responsable de las actividades de comunicaciones electrónicas deberá cumplir con las previsiones establecidas en la Ley General de Telecomunicaciones, entre las que no se incluyen las previsiones del artículo 9 de esta norma ni la Circular 1/2010. Las Administraciones públicas son las únicas destinatarias de estas normas.

En la consulta se analizan distintos ejemplos de servicios demandados por Administraciones públicas y se analiza la relevancia que pueden suponer para la Administración las actividades de fomento y la aplicación de la normativa reguladora de las subvenciones públicas.

**La CNMC propone desregular el mercado de los Operadores Móviles Virtuales (OMV)**

*Consulta pública sobre la propuesta de definición y análisis del mercado mayorista de acceso y originación en redes móviles, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas. 1 de julio de 2016*

La CNMC ha publicado e iniciado una consulta pública sobre la revisión del mercado mayorista de acceso y originación en redes móviles (Mercado 15).

La CNMC pretende desregular el Mercado 15, en tanto que no es un mercado de referencia que, por sus características, justifique la imposición de obligaciones específicas y, por ello, susceptible de una regulación *ex ante*. La CNMC propone suprimir en un plazo de 6 meses desde la publicación de la oportuna resolución las obligaciones impuestas a Telefónica Móviles de España, S.A.U., Vodafone España, S.A.U. y Orange Espagne, S.A.U. tras el análisis del mercado que se realizó en 2006.

En dicho análisis se impusieron a dichas entidades las siguientes obligaciones con vistas a dar entrada a los OMV (operadores móviles virtuales) que comenzaron a prestar servicios de voz/datos:

- (i) poner a disposición de terceros los elementos necesarios para la prestación de los servicios de acceso y originación móvil; y
- (ii) ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de acceso.

La CNMC concluye que la legislación de competencia es suficiente para abordar las deficiencias en materia de competencia que se puedan detectar en el Mercado 15, mercado que tiende hacia una situación de competencia efectiva dentro del horizonte temporal pertinente.



## ENERGÍA\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

— Resolución de 19 de septiembre 2016, de la Secretaría de Estado de Energía, que establece el procedimiento de cálculo de los costes reales para la realización de la liquidación definitiva anual del año 2014, correspondiente a la aplicación del Real Decreto 134/2010, de 12 de febrero de 2010, 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 de 1997, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica (BOE de 20 de septiembre de 2016)

— Resolución de 6 de octubre 2016, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que establece y publica las relaciones de operadores principales en los sectores energéticos (BOE de 15 de noviembre de 2016)

— Circular 3/2016, de 16 de noviembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que modifica la Circular 1/2015, de 22-7-2015 (RCL 2015\1210), de desarrollo de la información regulatoria de costes relativa a las actividades reguladas de transporte, regasificación, almacenamiento y gestión técnica del sistema de gas natural, así como transporte y operación del sistema de electricidad (BOE de 8 de diciembre de 2016)

— Real Decreto 639/2016, de 9 de diciembre, que establece un marco de medidas para la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos (BOE de 10 de diciembre de 2016)

— Orden ETU/1948/2016, de 22 de diciembre, del Ministerio Energía, Turismo y Agenda Digital, que fija determinados valores de los costes de comercialización de las comercializadoras de referencia a incluir en el cálculo del precio voluntario para el pequeño consumidor de energía eléctrica en el período 2014-2018 (BOE de 24 de diciembre de 2016)

— Orden ETU/1977/2016, de 23 de diciembre, del Ministerio Energía, Turismo y Agenda Digital que establece los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas para 2017 (BOE de 29 de diciembre de 2016; rectificado BOE de 18 de enero de 2017)

— Real Decreto-ley 7/2016, de 23 de diciembre, que regula el mecanismo de financiación del coste del bono social y otras medidas de protección al consumidor vulnerable de energía eléctrica (BOE de 24 de diciembre de 2016)

— Orden ETU/1976/2016, de 23 de diciembre, del Ministerio Energía, Turismo y Agenda Digital, que establece los peajes de acceso de energía eléctrica para 2017 (BOE de 29 de diciembre de 2016)

— Resolución de 28 de diciembre 2016 de la Dirección General Política Energética y Minas, que aprueba para el año 2017 el perfil de consumo y el método de cálculo a efectos de liquidación de energía, aplicables para aquellos consumidores tipo 4 y tipo 5 que no dispongan de registro horario de consumo, según el Real Decreto 1110/2007, de 24-8-2007 (RCL 2007\1716), por el que se aprueba el reglamento unificado de puntos de medida del sistema eléctrico (BOE de 30 de diciembre de 2016)

— Orden ETU/1989/2016, de 28 de diciembre, del Ministerio Energía, Turismo y Agenda Digital, que Aprueba las cuotas de la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos correspondientes al ejercicio 2017 (BOE de 31 de diciembre 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).

- *Resolución de 29 de diciembre 2016, de la Dirección General Política Energética y Minas, que publica la tarifa de último recurso de gas natural (BOE de 31 de diciembre de 2016)*
- *Orden ETU/35/2017, de 23 de enero, del Ministerio Energía, Turismo y Agenda Digital, que Establece los suplementos territoriales en las comunidades autónomas de Cataluña, La Rioja, Castilla-La Mancha y Comunitat Valenciana, en relación con los peajes de acceso de energía eléctrica correspondientes al ejercicio 2013 (BOE de 26 de enero de 2017)*
- *Resolución de 30 de enero 2017, de la Dirección General Política Energética y Minas, que publica la capacidad asignada y disponible en los almacenamientos subterráneos básicos de gas natural para el período comprendido entre el 1 de abril de 2017 y el 31 de marzo de 2018 (BOE de 31 de enero de 2017)*
- *Decreto 125/2016, de 6 de septiembre, del Departamento Desarrollo Económico y Competitividad, que regula la inspección y revisión de las instalaciones receptoras de gas (BOPV de 13 septiembre 2016)*
- *Decreto 179/2016, de 8 de noviembre, de la Consejería de Economía e Infraestructuras, que crea el Registro de instalaciones de producción de energía eléctrica de la Comunidad Autónoma de Extremadura y establece el procedimiento de inscripción en dicho Registro (DOE de 14 de noviembre de 2016)*
- *Decreto 158/2016, de 26 de diciembre, de la Consejería Economía, Industria, Comercio y Conocimiento, que modifica el Reglamento que regula la instalación y explotación de los Parques Eólicos en Canarias, aprobado por Decreto 6/2015, de 30-de enero de 2015 (BOC de 3 de enero de 2017)*
- *Resolución de 26 de diciembre 2016, de la Consejería de Desarrollo Económico e Innovación, que aprueba el procedimiento para la tramitación de centros de transformación en redes de distribución de energía eléctrica (BOR de 2 de enero de 2017)*
- *Resolución de 3 de enero 2017 de la Consejería de Empleo, Industria y Turismo, en virtud de la cual se aprueba la segunda modificación de la Resolución de 29-12-2015, que regula la organización y funcionamiento del Registro de Certificados de eficiencia energética de edificios y de los técnicos y las empresas competentes para su emisión en el ámbito del Principado de Asturias. (BOPA de 10 de enero de 2017)*

## 2 · JURISPRUDENCIA

- *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 3 de noviembre de 2016*

Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 2357/2016, de 3 de noviembre, que resuelve el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Gas Natural SDG S.A. contra la Orden IET/2444/2014, de 19 de diciembre, por la que se determinan los peajes de acceso de energía eléctrica para 2015, y contra el Real Decreto 1054/2014, de 12 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de cesión de los derechos de cobro del déficit del sistema eléctrico del año 2013 y se desarrolla la metodología de cálculo del tipo de interés que devengarán los derechos de cobro de dicho déficit y, en su caso, de los desajustes temporales negativos posteriores. En la sentencia el Tribunal declara:

Que el artículo 7, apartados 2 y 3 de la Orden IET/2444/2014 y los artículos 3 y 13 del RD 1054/2014 son contrarios a derecho en cuanto al cómputo de los intereses tenidos en cuenta para determinar las anualidades de los años 2014 y 2015 correspondientes al déficit del año 2013, por no incorporar los intereses devengados desde el momento del pago efectivo de cada una de liquidaciones provisionales durante dicho ejercicio.

Se reconoce el derecho de Gas Natural SDG S.A. a que dichos intereses se computen desde la fecha de aportación de las cantidades con las que financió el déficit de 2013, que habrán de ser calculados de conformidad con la metodología que fije la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

— *Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 2 de noviembre y 24 y 25 de octubre de 2016*

Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 2334/2016, de 2 de noviembre; 2296/2016, de 25 de octubre; 2279/2016, de 24 de octubre, y 2280/2016, de 24 de octubre, que estiman los recursos contencioso-administrativos interpuestos por Gas Natural SDG, S.A., Iberdrola, S.A., E.On España, S.L.U. y Endesa, S.A., respectivamente, contra el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social. El Tribunal resuelve lo siguiente:

Declarar inaplicable el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, por resultar incompatible con la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

Declarar inaplicables y nulos los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, que desarrollan lo dispuesto en el citado artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre.

Declarar el derecho de Gas Natural SDG, S.A., Iberdrola, S.A., E.ON España, S.L.U. y Endesa, S.A., respectivamente, a ser indemnizadas por las cantidades abonadas en concepto de bono social en aplicación del Real Decreto 968/2014 impugnado hasta la fecha de ejecución de la sentencia, de manera que se reintegren a las demandantes todas las cantidades que hayan abonado por ese concepto, más los intereses legales correspondientes computados desde fecha en que se hizo el pago hasta la fecha de su reintegro.

— *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 3 de octubre de 2016*

Sentencia 2129/2016, de 3 de octubre, que resuelve un recurso de casación contra sentencia desestimatoria de recurso-contencioso administrativo contra la resolución de la Dirección General de Política Energética y de Minas de fecha 20 de julio de 2011 (confirmada en alzada en fecha 26 de abril de 2012), por la que se declara que la instalación fotovoltaica propiedad del actor no cumple los requisitos para la aplicación del régimen económico primado del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

En su fundamento jurídico quinto, la Sala reitera que la materia referente al régimen económico unitario de la producción de energía mediante tecnología solar fotovoltaica es competencia del Estado, y es esta misma Administración que gestiona el régimen retributivo (las primas) la que cuenta con los medios y el procedimiento adecuados para comprobar la subsistencia de las condiciones determinantes de su cobro.

Por lo tanto, la existencia de un acta de puesta en funcionamiento definitiva expedida por una Comunidad Autónoma es inocua para la determinación de la aplicación del régimen económico primado regulado del Real Decreto 661/2007, porque no prueba por sí sola (en perjuicio del Estado) la disponibilidad e instalación de los equipos necesarios por la totalidad de la potencia instalada a la fecha límite, es decir, antes del día 30 de septiembre de 2008.

## INMOBILIARIO Y URBANISMO\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

- Estat. Vivienda** *Real Decreto 637/2016, de 9 de diciembre, por el que se prorroga el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas 2013-2016 regulado por el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril (BOE de 10 de diciembre de 2016)*
- El Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas 2013-2016, vigente hasta el 31 de diciembre de 2016, se prorroga durante un año.
- Aragón. Servicios sociales y acceso a la vivienda** *Ley 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del Sistema Público de Servicios Sociales y con el acceso a la vivienda en la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA de 12 de diciembre de 2016).*
- Establece una serie de medidas en materia de vivienda, entre las que se incluyen (i) la suspensión de los lanzamientos en situaciones de especial vulnerabilidad, (ii) la promoción del arrendamiento y la cesión de viviendas por sus propietarios y (iii) la colaboración con entidades financieras y sus sociedades de gestión inmobiliaria para la cesión y uso de viviendas desocupadas adquiridas por ejecución hipotecaria, dación en pago de deudas con garantía hipotecaria o similares.
- Baleares. Comercio. Grandes establecimientos, horarios y zonas de gran afluencia turística** *Ley 17/2016, de 16 de diciembre, de modificación de la Ley 11/2014, de 15 de octubre, de comercio de las Illes Balears (BOIB de 17 de diciembre de 2016)*
- Incluye en la tramitación de la autorización comercial de grandes establecimientos la necesidad de informe favorable sobre incidencia en infraestructuras públicas. Efectúa modificaciones en materia de horarios comerciales y declaración de zonas de gran afluencia turística.
- Cataluña. Protección del derecho a la vivienda de personas en riesgo de exclusión** *Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial (DOGC de 29 de diciembre de 2016)*
- Se establecen medidas de protección del derecho a la vivienda y servicios sociales. Regula los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos respecto de las personas físicas que se encuentren en situación de exclusión residencial o en riesgo de encontrarse en dicha situación. Modifica la Ley 18/2007 del derecho a la vivienda, en lo que se refiere a medidas para detectar la existencia de viviendas desocupadas y al régimen sancionador.
- Canarias. Ordenación territorial de la actividad turística** *Ley 2/2016, de 27 de septiembre, para la modificación de la Ley 6/2002, de 12 de junio, sobre medidas de ordenación territorial de la actividad turística en las islas de El Hierro, La Gomera y La Palma (BOC de 5 de octubre de 2016)*
- Modifica la Ley 6/2002, entre otras cuestiones, en (i) la racionalización de la exigencia de una determinada superficie de suelo por cada plaza turística, fomentando la creación de establecimientos turísticos de pequeña y mediana dimensión en suelos de protección agraria y asenta-

\* 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, Miguel Angel Buitrago, Javier Villanueva, Iván Abad, Miguel Herraiz, Álvaro Pacho, Mafalda Almedia Carvalho, Joana Torres Ereio, Inês Caria Pinto Basto, Joana Mota, Manuel Carvalho, Manuel Barbosa Moura, Maria Francisca Couto y Mariana Barreira, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Valencia y Lisboa).

mientos agrícolas, y (ii) la regularización de las condiciones de ubicación de los establecimientos turísticos alojativos dentro de las unidades aptas para la edificación turística.

**Cantabria.**  
**Ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo. Derecho de realojo y retorno**

*Ley 3/2016, de 28 de octubre, de modificación de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria, para la regulación del derecho de realojo y retorno en la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC de 7 de noviembre de 2016)*

Añade disposiciones adicionales a la Ley 2/2001 que definen y regulan el derecho de realojo y retorno, aplicable a aquellas personas que, por actuaciones de ejecución de planeamiento, se vean privadas de su residencia habitual, locales comerciales o negocios, garantizándoles el derecho de realojo y retorno, a ser posible en la misma unidad de ejecución.

**Galicia. Viviendas de nueva construcción. Hogar digital**

*Decreto 127/2016, de 15 de septiembre por el que se regulan las infraestructuras necesarias para posibilitar las funcionalidades del hogar digital en las viviendas de nueva construcción (DOG de 28 de septiembre de 2016)*

Prevé para edificios sujetos a régimen de propiedad horizontal en Galicia la instalación de una infraestructura mínima (cableado, equipamientos y dispositivos) que permita el acceso a las funcionalidades propias del hogar digital en los términos del RD 346/2011 de 11 de marzo, y establece los requisitos administrativos necesarios a tal efecto (proyecto técnico, dirección de obra y entrega de un manual de usuario).

**Galicia. Suelo**

*Decreto 143/2016, de 22 de septiembre, que aprueba el Reglamento de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia (DOG de 9 de noviembre de 2016)*

Aprueba el Reglamento de la Ley del suelo de Galicia, derogando, entre otros, el Decreto 28/1999, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de disciplina urbanística.

**Madrid. Registro de Evaluación de Edificios**

*Decreto 103/2016 de 24 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se regula el informe de evaluación de los edificios en la Comunidad de Madrid y se crea el Registro Integrado Único de Informes de Evaluación de los Edificios de la Comunidad de Madrid (BOCM de 26 de octubre de 2016)*

Regula el informe de evaluación de los edificios y crea el Registro Integrado Único de Informes de Evaluación de los Edificios de la Comunidad de Madrid.

**Madrid. Depósito de fianzas de arrendamientos**

*Decreto 111/2016, de 22 de noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 181/1996, de 5 de diciembre, por el que se regula el régimen de depósito de fianzas de arrendamientos en la Comunidad de Madrid (BOCM de 24 de noviembre de 2016)*

Modifica el Decreto 181/1996 para, entre otras: (i) eliminar las menciones al IVIMA, sustituyéndolo por la Agencia de Vivienda Social en sus funciones, a la que faculta para la verificación del cumplimiento de la actualización de la fianza; (ii) cambiar de 30 días hábiles a 30 naturales el plazo para depositar las fianzas, eliminando la facultad de disponer del 70 % de la fianza; y (iii) bajar del 25 %, al 2 % y 5 %, los recargos por ingreso fuera de plazo.

**Murcia. Vivienda**

*Decreto 8/2017, de 25 de enero, por el que se prorroga el Decreto 5/2015, de 30 de enero, por el que se regula el Plan Regional de Rehabilitación y Vivienda 2014-2016 (BORM de 27 de enero de 2017)*

El Plan Regional de Rehabilitación y Vivienda 2014-2016 se prorroga durante un año.

**Navarra. Reparcelación urbanística y concentraciones parcelarias**

*Orden Foral 131/2016, de 28 de octubre, del Consejero de Hacienda y Política Financiera por la que se determinan los requisitos técnicos que deben tener las solicitudes de informes previstos en las disposiciones adicionales 16.ª de la Ley foral 35/2002, de 20 de diciembre, de ordenación del territorio y urbanismo y 3.ª de la Ley foral 1/2002, de 7 de marzo, de infraestructuras agrícolas (BON de 15 de noviembre de 2016)*

Aprueba las especificaciones técnicas que deben tener las solicitudes presentadas para los casos de inmatriculación, parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde, que determinen una reordenación de los terrenos.

**Navarra. Vivienda**

*Ley Foral 22/2016, de 21 de diciembre, por la que se adoptan medidas de apoyo a los ciudadanos y ciudadanas en materia de vivienda (BON extraordinario de 31 de diciembre de 2016)*

Se llevan a cabo diversas modificaciones sobre la Ley Foral 10/2010, del derecho a la vivienda, y el Decreto Foral 61/2013, sobre la normativa de viviendas de protección oficial. Destacan: (i) la desvinculación de la renta máxima de las viviendas protegidas de la evolución de los módulos y precios aplicables a la venta de estas; (ii) la recuperación de la subvención a los promotores de viviendas protegidas en régimen de arrendamiento sin opción de compra; (iii) la necesidad de obtener como mínimo un nivel B de calificación energética para las promociones de viviendas protegidas que se presenten a calificar a partir del 1 de enero de 2017; y (iv) congelar durante 2017 el nuevo precio de renta de las viviendas protegidas.

**Valencia. Medidas Fiscales, Administrativas y Financieras**

*Ley 13/2016, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de organización de la Generalitat Valenciana (DOCV de 31 de diciembre de 2016)*

Modifica, entre otras, la Ley 5/2014 de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, incluyendo (i) los plazos y requerimientos del procedimiento de ocupación directa; (ii) la cesión al ayuntamiento de las redes de suministro, así como su derecho a optar por la gestión directa de los servicios o su asignación a empresas suministradoras; (iii) el régimen de ejecución subsidiaria a coste del obligado, habilitando a la administración a actuar cuando el propietario haga caso omiso a dos requerimientos consecutivos; (iv) las excepciones a las actividades que requieren declaración de interés comunitario; y (v) el cómputo de los plazos para advertir a la administración competente a los efectos de presentar hoja de aprecio y dirigirse al jurado provincial de expropiación para fijar el precio justo.

**[Portugal]**

**Fundo Nacional de Reabilitação Imobiliária**

*Resolução do Conselho de Ministros n.º 48/2016, de 1 de setembro (DR 168, SÉRIE I, de 1 de setembro de 2016)*

A Resolução do Conselho de Ministros n.º 48/2016, de 1 de setembro («Resolução do Conselho de Ministros 48/2016»), determina a criação do Fundo Nacional de Reabilitação Urbana, sob a forma a fundo especial de investimento imobiliário (i.e., sujeito à legislação aplicável a fundos de investimento imobiliário), cuja sociedade gestora será a empresa pública Fundiestamo – Sociedade Gestora de Fundos de Investimento Imobiliário, S.A.

Não obstante a sua natureza jurídica, a Resolução do Conselho de Ministros 48/2016 estabelece ainda que este Fundo deverá ser um «instrumento de política urbana e de habitação», por forma a prosseguir os seguintes objetivos: (i) promover a reabilitação de edifícios e a regeneração urbana; (ii) combater o despovoamento dos centros urbanos e promover o acesso à habitação; (iii) dinamizar o setor do arrendamento acessível para habitação permanente; (iv) apoiar e dinamizar o comércio de proximidade; e (v) apoiar a retoma do setor da construção, a criação de emprego e a sua reorientação para a reabilitação.

O Governo pretende concluir a constituição do Fundo Nacional de Reabilitação Urbana até 31 de outubro de 2016. Para o efeito, a Resolução do Conselho de Ministros 48/2016 determina ainda que serão desenvolvidas as ações necessárias junto, por um lado, da administração central

e local, e, por outro lado, de outras entidades públicas e privadas, em particular do terceiro setor, com vista a cativar potenciais participantes iniciais para o Fundo.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### Acciones de propietario en división horizontal

#### *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2016*

El Tribunal Supremo considera, en el contexto de una comunidad de propietarios, que un propietario individual está legitimado para ejercitar, en su nombre e interés, la acción de cesación por actividades ilícitas contra otro propietario prevista en el artículo 7.2 de la LPH ante la inactividad del presidente o de la junta.

El Alto Tribunal entiende que la competencia para el ejercicio de la acción de cesación no es exclusiva ni excluyente del presidente, extendiendo la legitimación de la acción de cesación al propietario que sufre las actividades ilícitas de otro copropietario ante la pasividad del presidente y de la junta de la comunidad, incluso cuando tal acción solo repercute en su interés y no en el de la comunidad, pues de otro modo quedaría indefenso y privado de la tutela judicial efectiva.

### Confirmación de la validez de la modificación del PGOU de Madrid de 1997

#### *Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de Septiembre de 2016*

Los recursos traen causa del Plan General de Madrid de 1997, que clasificó como urbanizables terrenos que el Plan General de Madrid anterior (de 1985) clasificaba como no urbanizables, alguno de ellos con protección ambiental. Esta clasificación de suelos como urbanizables fue anulada mediante sentencia del Tribunal Supremo de 2012.

Con el objetivo de cumplir esta sentencia de 2012, se tramitó una modificación del Plan General de Madrid de 2007 aprobada definitivamente en agosto de 2013. Las sentencias confirman la validez de la modificación, anulando únicamente su disposición transitoria y diversos acuerdos adoptados con posterioridad a la sentencia anulatoria de 2012.

### Necesidad de reforzar la motivación en las modificaciones de planeamiento que traen causa de sentencias judiciales

#### *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 21 de noviembre de 2016*

La sentencia recuerda que, para introducir una nueva ordenación urbanística cuya aprobación comporta la ineffectividad de esos pronunciamientos jurisdiccionales o hará inviable su cumplimiento, la Administración debe necesariamente realizar un especial esfuerzo para justificar el cambio de ordenación llamado a tener tan grave consecuencia, y, en fin, para disipar cualquier sospecha de que el planeamiento se altera con la intención de impedir el cumplimiento de la sentencia.

Asimismo, la sentencia deja claro que es preciso adaptar el contenido del planeamiento a las exigencias cambiantes que en cada caso demanda el interés general, y entender lo contrario llevaría a una petrificación en el ejercicio de esta potestad (la vigencia indefinida del plan no puede interpretarse en el sentido inmovilista de perpetuar su mantenimiento).

Para el supuesto concreto analizado (la reunificación de dos ámbitos de suelo urbano no consolidado), concluye que la modificación no tiene la finalidad de incumplir una resolución anterior ni de convertir en legal lo ilegal, sino atender racionalmente el interés público urbanístico.

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

### Cobertura subsidiaria de los intereses moratorios no pactados

#### *Resolución de 7 de noviembre de 2016 (BOE de 22 de noviembre de 2016)*

Se discute si es posible que una hipoteca pueda garantizar intereses de demora, como indemnización por el retraso en el pago de la obligación garantizada, y ello aunque la escritura de



constitución de hipoteca no contenga una cláusula específica en que las partes acuerden que las cantidades impagadas por el prestatario quedan sujetas al devengo de tales intereses moratorios ni se determine la concreta cuantía de estos.

La DGRN estima el recurso y concluye que la indemnización en que se traduce los intereses moratorios no opera porque haya sido pactada por las partes, sino porque la Ley expresamente atribuye ese efecto al incumplimiento y lo cuantifica de forma subsidiaria (art. 1108 CC), lo que se traduce en materia de hipotecas en que si las partes no pactan la exclusión del devengo de intereses moratorios y tampoco señalan su cuantía, el prestatario en caso de incumplimiento estará obligado a pagar los intereses moratorios correspondiente al interés legal del dinero fijado oficialmente cada año y, en consecuencia, tal obligación podrá ser garantizada con la hipoteca y de forma separada al resto de conceptos garantizados con ella.

**Cancelación por caducidad de hipoteca en garantía de emisiones de obligaciones**

*Resolución de 7 de noviembre de 2016 (BOE de 22 de noviembre de 2016)*

El 18 de noviembre de 1986 se otorga una hipoteca en garantía de 35 obligaciones con un plazo de vencimiento de un año, pero prorrogable anualmente hasta un periodo máximo de diez años. Se presenta una instancia en la que se solicita la cancelación por caducidad de dicha hipoteca. De las 35 obligaciones, 15 fueron pagadas e inutilizadas con constancia en acta notarial de exhibición, 15 motivaron un proceso de ejecución hipotecaria, y de las otras 5 se ignora su situación.

Se debate la determinación del *dies ad quem* para el cómputo del plazo de caducidad conforme al art. 82 LH.

Se trata de interpretar si la inacción de los tenedores de las 5 obligaciones cuya cancelación se pretende, junto con un requerimiento judicial de pago en la ejecución de 15 obligaciones, supuso la imposibilidad de prórroga de la hipoteca a que se refiere la cláusula de duración o, como sostiene el Registrador en la nota y en el informe, al no haberse requerido de pago a todos los obligacionistas, se produjo la prórroga de la reiterada cláusula.

La DGRN sostiene que en la hipoteca en garantía de varias obligaciones hay tantas hipotecas como obligaciones, y que, por lo tanto, el ejercicio de la acción hipotecaria respecto de 15 obligaciones no implica, ni puede implicar, el requerimiento de pago de los obligacionistas no ejecutantes ni el vencimiento de la totalidad de las obligaciones de la emisión, dada su igualdad de rango. Por tanto, respecto de las 5 obligaciones cuya situación se ignora, el cómputo del plazo ha de realizarse a partir del vencimiento final de la prórroga, es decir, el *dies ad quem* es el 18 de noviembre de 1997, por lo que el plazo señalado en el art. 82 LH vencerá el 18 de noviembre de 2018.

**[Portugal]**

**Direito de preferência de arrendatário – prédios urbanos em propriedade total**

*Acórdão n.º 583/2016 – Tribunal Constitucional (DR 235, Série II, de 9 de dezembro de 2016)*

No presente processo, o TC decidiu não julgar inconstitucional a norma extraída do artigo 1091.º, n.º 1, al. a), do CC, na redação introduzida pela Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro, quando interpretada no sentido de não conferir direito de preferência na compra e venda da totalidade de um prédio urbano não constituído em propriedade horizontal a um arrendatário, há mais de três anos, de parte de tal prédio urbano.

Com esta decisão, o TC confirmou a decisão do STJ, na medida em que este tribunal entendeu que o referido artigo do CC prevê que (i) «o direito de preferência do arrendatário está limitado ao local arrendado, objeto do contrato de arrendamento, se se tratar de bem jurídico autónomo», e (ii) «caso o prédio vendido não tenha sido constituído em propriedade horizontal, o arrendatário de parte dele, sem autonomia jurídica, não tem direito de preferência sobre ele ou sobre a totalidade do prédio, em caso de venda ou dação em cumprimento deste último».

## LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL \*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

##### Salario mínimo interprofesional

*Real Decreto 742/2016, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2017*

En 2017 se incrementa la cuantía del salario mínimo interprofesional («SMI») para 2017 en un 8 % con respecto al establecido para el año 2016, lo que supone un importe de 707,70 euros al mes o 23,59 euros al día.

El SMI indicado estará vigente durante el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2017. Procede, en consecuencia, su abono con efectos del día 1 de enero de 2017.

Dado el carácter excepcional del incremento del SMI, las nuevas cuantías no serán de aplicación a, entre otros supuestos, los convenios colectivos vigentes que lo utilicen como referencia para determinar la cuantía o el incremento del salario base o de complementos salariales.

##### Bases máximas de cotización a la Seguridad Social

*Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social*

Las cuantías del tope máximo y las bases máximas de cotización a la Seguridad Social se incrementarán a partir del 1 de enero de 2017 en un 3 % respecto a las vigentes en el año 2016, lo que supone un tope máximo de cotización de 3.751,26 euros mensuales.

#### [Portugal]

##### Contraordenações Laborais – Competência da Autoridade para as Condições do Trabalho para ordenar o Pagamento de Créditos de Trabalhadores

*Acórdão do Tribunal Constitucional, de 24 de outubro de 2016*

Neste acórdão, o Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a constitucionalidade da norma contida no artigo 564.º, n.º 2, do Código do Trabalho, segundo a qual «A decisão [da Autoridade para as Condições do Trabalho] que aplique a coima deve conter, sendo caso disso, a ordem de pagamento de quantitativos em dívida ao trabalhador, a efetuar dentro do prazo estabelecido para o pagamento da coima».

A pronúncia do Tribunal Constitucional foi suscitada pela decisão da 1.ª Secção do Trabalho de Braga de não aplicar esta norma por a considerar violadora do princípio constitucional da separação de poderes e, em especial, da reserva da função jurisdicional atribuída aos tribunais.

Para este tribunal, a possibilidade de a Autoridade para as Condições do Trabalho determinar aos empregadores, para além do pagamento de coima, o cumprimento de deveres de natureza pecuniária perante os trabalhadores corresponde ao exercício de uma competência de natureza jurisdicional que a Constituição da República Portuguesa confere, em exclusivo, aos tribunais, enquanto órgãos de soberania.

O Tribunal Constitucional não subscreveu a opinião do juiz de 1.ª instância, concluindo que a norma em apreço não padece de inconstitucionalidade, porquanto se aplica aos casos em que o pagamento dos créditos é uma decorrência lógica da verificação pela Autoridade para as Condições do Trabalho da violação de deveres (de pagamento) que consubstanciam a infração

\* Esta sección ha sido coordinada por Mario Barros, y han intervenido en su elaboración María Arla, Sara Duro, Laura I. Royo, Adrián Vázquez y Marta Presas, del Área de Derecho Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

contraordenacional. Ao concluir pela violação do dever de pagamento, a Autoridade para as Condições do Trabalho apura necessariamente o respetivo quantitativo, pelo que as questões são associáveis.

Acresce que a ordem de pagamento constitui um reforço da competência sancionatória confiada à Autoridade para as Condições do Trabalho, tornando-a eficaz. Como resulta do acórdão em epígrafe: «É evidente a intenção prática desta solução legal: repor tão depressa quanto possível a legalidade e, desse modo, acelerar não só à satisfação dos créditos do trabalhador prejudicado, como a eliminação do benefício económico indevido da empresa empregadora».

Na opinião do Tribunal Constitucional, a Constituição da República Portuguesa não proíbe que os direitos fundamentais dos trabalhadores sejam assegurados por via da emissão pela Autoridade para as Condições do Trabalho da ordem de pagamento de créditos, pelo que concluiu pela inexistência de qualquer óbice constitucional apontável ao citado artigo 564.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 2, do Código do Trabalho.

#### **Comunicação da Cessação da Suspensão de Contrato de Trabalho**

##### *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de novembro de 2016*

No âmbito do presente recurso, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu que a comunicação da cessação da suspensão do contrato de trabalho (feita pelo trabalhador devido a falta de pagamento pontual da retribuição) terá que revestir a forma escrita tal qual é exigido para a comunicação da suspensão, não bastando a mera apresentação do trabalhador ao serviço. Ou seja, para que a suspensão que foi assente na falta de pagamento pontual da retribuição termine não basta que o trabalhador se apresente na empresa e manifeste a intenção de laborar; é, pois, necessário que este remeta uma comunicação escrita ao seu empregador a informar que pretende por termo ao período de suspensão do contrato de trabalho.

#### **Terça-feira de Carnaval**

##### *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de novembro de 2016*

No caso em apreço, o Supremo Tribunal de Justiça foi chamado a decidir se os trabalhadores da entidade empregadora conquistaram ou não o direito a não trabalhar na terça-feira de carnaval, sem perda da respetiva retribuição.

Concretamente, os trabalhadores invocaram que, entre 1994 e 2013, a empresa concedeu o gozo da terça-feira de Carnaval a todos os seus trabalhadores, sindicalizados ou não, sem perda de retribuição, pelo que não podia esta retirar unilateralmente o seu gozo a partir de 2014. Por sua vez, o tribunal apurou que tal gozo foi concedido pela Ré durante toda a antiguidade de cada um dos seus trabalhadores e abrangeu quer os que foram admitidos diretamente ao seu serviço, quer os que transitaram das anteriores sociedades comerciais, detendo alguns deles uma antiguidade superior a trinta anos. Perante tal circunstância, o Relator concluiu que «tratou-se duma prática constante, uniforme e pacífica, sendo por isso merecedora da tutela da confiança dos trabalhadores na sua continuidade, pois face aos anos em que a mesma vigorou, criou nestes a convicção de que o empregador a prosseguiria no futuro (...) Consideramos por isso ilegítimo que a R tenha retirado, unilateralmente, o gozo da terça-feira de carnaval, a partir de 2014, tal como fez, pois esta prática tornou-se vinculativa.».

#### **Valor da Causa em Ação de Impugnação da Regularidade e Licitude do Despedimento**

##### *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de novembro de 2016*

Neste processo, o Tribunal da Relação do Porto debruçou-se sobre a determinação do valor da ação cuja fixação lhe cabe por força do artigo 98.<sup>o</sup>-P, n.<sup>o</sup> 2, do Código de Processo do Trabalho, que determina que «2. [o] valor da causa é sempre fixado a final pelo juiz tendo em conta a utilidade económica do pedido, designadamente o valor da indemnização, créditos e salários que tenham sido reconhecidos».

No âmbito da ação, o trabalhador pediu que fosse declarada a ilicitude do despedimento, com as legais consequências, bem como o pagamento de €5.000 a título de danos não patrimoniais já liquidados, acrescido dos danos não patrimoniais futuros a fixar pelo tribunal, mas nunca em quantia inferior a €5.000. Ora, a estes pedidos corresponderá uma utilidade económica que irá determinar o valor da ação.

A jurisprudência tem, defendido que o critério geral para a determinação do valor coincide, pois, com a utilidade económica imediata que pela ação se pretende obter a qual deve ser avaliada, segundo Alberto dos Reis, pelo «fim ou o objetivo da ação e depois procura-se a equivalência económica desse objetivo. (...) a equivalência económica consiste na indicação da quantia em dinheiro correspondente ao objetivo da ação. Ora o objetivo duma ação conhece-se pelo pedido que o autor faz. De maneira que o princípio fundamental da fixação do valor enuncia-se assim: Valor da causa igual a valor do pedido expresso em moeda legal.»

Sucedo que, o trabalhador não pediu expressamente a sua reintegração ou, em substituição desta, a indemnização de antiguidade, assim como não peticionou o valor das retribuições intercalares, pelo que se poderia entender que, não tendo sido peticionados e atento o princípio do dispositivo, tais consequências não seriam atendíveis para efeitos de fixação do valor da ação pois não representariam a utilidade económica do pedido. Não obstante, o tribunal entendeu que «tratando-se a indemnização no sucedâneo pecuniário da reintegração, afigura-se-nos que a utilidade económica desta corresponderá ao valor daquela (revendo posição em que se entendia que ao pedido de reintegração corresponderia o valor da alçada da 1ª instância mais 1 cêntimo).» Adicionalmente, «como consequência da ilicitude do despedimento, o A. teria ainda direito às retribuições intercalares desde a data do despedimento (07.11.2014) até à data da sentença (11.07.2016)». Nesta medida, ainda que o trabalhador não tivesse deduzido o pedido de reintegração ou peticionado as remunerações intercalares, o tribunal considerou que as mesmas devem ser consideradas aquando da determinação da utilidade económica dos pedidos deduzidos pelo autor, mesmo apesar destes terem improcedido integralmente.

#### Atualização da Retribuição Mínima Mensal Garantida

*Decreto-Lei n.º 86-B/2016, de 29 de dezembro (DR 249, SÉRIE I, de 29 de dezembro de 2016)*

No passado dia 29 de dezembro de 2016, foi publicado o Decreto-Lei n.º 86-B/2016, que procedeu à atualização do valor da retribuição mínima mensal garantida para € 557 a partir de 1 de janeiro de 2017.

#### Orçamento do Estado para 2017 - Novidades em Matéria Laboral

*Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro (DR 248, SÉRIE I, de 28 de dezembro de 2016)*

No passado dia 28 de dezembro de 2016 foi publicada a Lei n.º 42/2016, que aprovou o Orçamento do Estado para o ano de 2017.

Em matéria laboral, têm especial relevância as seguintes novidades:

(i) Atualização do subsídio de refeição fixado na Portaria n.º 1553-D/2008, de 31 de dezembro, alterada pela Portaria n.º 1458/2009, de 31 de dezembro, para € 4,52, a partir de 1 de janeiro de 2017, e para € 4,77, a partir de 1 de agosto de 2017. Esta atualização implica um aumento do limite de isenção deste subsídio, que, a partir de 1 de janeiro de 2017, passará a ser de € 4,52 e € 7,23, conforme seja pago em dinheiro ou em cartão/vale de refeição, respetivamente;

(ii) Consagração de um regime de pagamento fracionado (em duodécimos) de metade dos subsídios de férias e de Natal durante o ano de 2017, segundo o qual (a) 50% daqueles subsídios são pagos, respetivamente, antes do início do período de férias (ou proporcionalmente a cada período de gozo, no caso de gozo interpolado) e no mês de dezembro; (b) e os restantes 50% são pagos em duodécimos, ao longo do ano. O presente regime não se aplica aos trabalhadores com vínculo por tempo indeterminado que tiverem manifestado a sua oposição até ao dia 6 de janeiro de 2017 e é apenas aplicável aos trabalhadores contratados a termo quando exista acordo escrito com o empregador nesse sentido;

(iii) Concessão de autorização, ao Governo, para introdução de alterações ao regime contributivo dos trabalhadores independentes previsto no Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social;

(iv) Determinação da obrigação de o Governo iniciar um processo de avaliação das atuais isenções e reduções da Taxa Social Única, com vista à sua revisão;

(v) Majoração do montante diário do subsídio de desemprego e do subsídio por cessação de atividade em 10%, (a) quando, no mesmo agregado familiar, ambos os cônjuges ou pessoas em união de facto sejam titulares destes subsídios e tenham filhos ou equiparados a cargo, e (b) quando, no agregado monoparental, o parente único seja titular de um destes subsídios;

(vi) Prorrogação da medida extraordinária de apoio aos desempregados de longa duração prevista no artigo 80.º da Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Unión Europea]

#### Indemnización por cese de trabajadores interinos

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2016, en el asunto C-596/14*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia («TSJ») de Madrid en el procedimiento judicial instado por una trabajadora que, tras celebrar diversos contratos de interinidad con el Ministerio de Defensa para cubrir el puesto de secretaria, solicita que se declare la celebración de dichos contratos en fraude de ley y que se convierta su relación laboral en indefinida.

En fase de suplicación, el TSJ no alberga dudas sobre la legalidad en la contratación de la recurrente, pero se plantea si la trabajadora tiene derecho a reclamar el pago de alguna indemnización por la finalización de su relación contractual.

Así, el TSJ de Madrid plantea ante el TJUE diversas cuestiones que tienen por objeto determinar si la diferencia de indemnización entre (i) los trabajadores indefinidos a los que se extinga su contrato por causas objetivas, (ii) los trabajadores con contrato de duración determinada cuyos contratos se extingan por finalización de la duración pactada u obra contratada y (iii) los trabajadores interinos (sin indemnización por cese), es o no contraria a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que recoge el principio de no discriminación entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos en lo que respecta a sus condiciones de trabajo, a menos que se justifique ese trato diferente por razones objetivas.

Con el fin de determinar el ámbito de aplicación de dicho principio, el TJUE aclara, en primer lugar, que la indemnización cuestionada se concede al trabajador por razón de la finalización del contrato de trabajo que le vincula a su empresario, por lo que dicha indemnización está incluida en el concepto de «condiciones de trabajo».

Una vez sentado lo anterior, el TJUE analiza si dicho principio se opone a una normativa nacional que deniega cualquier indemnización por finalización del contrato al trabajador interino, mientras que sí se ofrece a trabajadores fijos comparables. El TJUE parte para ello de la premisa de que el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato diferenciado esté objetivamente justificado.

Sobre esta base, el TJUE alcanza su decisión analizando dos circunstancias: (i) si el trabajador interino efectúa un trabajo similar al de un trabajador fijo y, en caso afirmativo, (ii) si existe una razón objetiva que justifique un trato diferente en materia indemnizatoria.

Respecto a la primera circunstancia, el TJUE entiende que la trabajadora interina efectuaba un trabajo comparable al de la trabajadora sustituida, ya que cumplían los mismos requisitos de formación y desempeñaban las mismas tareas. Respecto a la segunda, el TJUE no ve posible justificar una diferencia de trato entre trabajadores interinos y trabajadores fijos por el mero hecho de que aquella esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo.

A la luz de lo anterior, el TJUE concluye que la normativa española vulnera el Derecho de la Unión Europea al denegar cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización a los trabajadores fijos comparables.

Para más información en relación con esta sentencia, véase, en este mismo número el foro titulado «*La indemnización de los contratos temporales a la luz de la sentencia del TJUE, caso «De Diego» (C 595/14)*».

### Despido de trabajadores en situación de incapacidad temporal

#### *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15*

El TJUE analiza la aplicación de la Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación («**Directiva 2000/78**»), al despido disciplinario de un trabajador, hasta el momento bien considerado profesionalmente, que se encontraba en situación de incapacidad temporal.

En este análisis, el TJUE señala que la Directiva 2000/78 no define el concepto de «discapacidad» ni establece el de limitación «duradera» de la capacidad de la persona con arreglo a dicho concepto. En este sentido, concluye que el hecho de que se aplique al trabajador el régimen jurídico de la incapacidad temporal, con arreglo al Derecho español, no determina la calificación automática de la limitación de su capacidad como duradera, a los efectos de la Directiva 2000/78.

Por el contrario, señala que se trata de una cuestión fáctica que debe ser analizada por el juzgador de instancia.

Entre los indicios que sugiere el TJUE para analizar el carácter duradero de la limitación, figuran las perspectivas de recuperación en el momento del hecho presuntamente discriminatorio o la perspectiva de prolongación significativa antes del restablecimiento.

Para ello, el juzgador debe basarse en los elementos objetivos de que disponga, como los documentos y certificados médicos y técnicos relativos al estado de esa persona.

### [España]

### Consignación para recurrir un despido cuando el empresario ha optado por la indemnización

#### *Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2016*

El origen del recurso se encuentra en la inadmisión del recurso de suplicación de dos empresas por error en la consignación de la cuantía objeto de la condena. Tras la declaración de improcedencia del despido del actor, las empresas optaron por la indemnización y procedieron a su consignación para recurrir.

Sin embargo, el TSJ de Canarias les requiere para que consignen no solo el importe de la indemnización, sino también el importe de los salarios de tramitación, en la medida en que la consignación debe comprender todas las incidencias que puedan producirse a lo largo de la ejecución de la sentencia.

El Tribunal Constitucional («**TC**») aclara que la exigencia de consignación de los salarios de tramitación tiene una finalidad cautelar cuando nos encontramos en alguno de los supuestos siguientes:

- si el empresario puede modificar su opción, una vez recaída la sentencia que resuelve el recurso de suplicación; o
- si la sentencia que resuelve el recurso interpuesto por el empresario puede declarar la nulidad del despido.

Dado que en este caso no concurre ninguno de los dos supuestos anteriores, el TC resuelve que, declarada la improcedencia del despido con opción empresarial por la indemnización, es suficiente con la consignación de esta, sin que exista razón alguna que justifique la necesidad de consignar también los salarios de tramitación.

**Los trabajadores autónomos que constituyan una empresa también pueden percibir el pago único de la prestación por desempleo**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 21 de junio de 2016*

El Tribunal Supremo («TS») declara que el hecho de constituir una empresa no impide a los beneficiarios cobrar la prestación por desempleo en un pago único.

El procedimiento judicial trata sobre la constitución por el actor de una sociedad de responsabilidad limitada de la que es administrador único, dándose de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos («RETA») y solicitando la prestación por desempleo en la modalidad de pago único para el desarrollo de una actividad por cuenta propia.

Inicialmente, la prestación le fue reconocida por el Servicio Público de Empleo Estatal («SEPE»), pero, más tarde, fue declarada como indebidamente percibida, por entender que, mientras que en la solicitud se hizo constar que la actividad era la de «trabajador autónomo», el demandante realmente constituyó una sociedad mercantil de responsabilidad limitada.

El SEPE entiende vulnerada la disposición transitoria cuarta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, que prevé el pago único de la prestación por desempleo a los trabajadores que se den de alta como autónomos. Considera el SEPE que dicha norma no debe aplicarse a los solicitantes que constituyan una sociedad de responsabilidad limitada.

En contra de tal argumento, el TS concluye que constituir una sociedad mercantil de responsabilidad limitada no es incompatible con la figura del trabajador autónomo, ya que su posición jurídica de socio único determina su obligada afiliación al RETA, lo que le haría reunir la cualidad de trabajador autónomo a los efectos de tener derecho a recibir el pago único de la prestación por desempleo.

**Un convenio colectivo puede regular los cambios temporales de centro de trabajo que no impliquen un cambio de residencia**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de julio de 2016*

El TS resuelve un procedimiento judicial en el que se impugna un artículo del VII convenio colectivo del personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, por entender que vulnera los artículos 40 y 41.7 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores («ET»).

El artículo convencional impugnado habilita a la Administración a desplazar a los trabajadores a otro centro de trabajo en un radio inferior a 50 kilómetros de su centro de origen y por un máximo de 12 meses en un periodo de tres años, siempre que concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de mejor prestación de los servicios públicos. El citado artículo también prevé que dicho cambio temporal de centro de trabajo no genera derecho a compensación por los gastos derivados del desplazamiento ni a días adicionales de permiso.

El TS no aprecia la vulneración alegada, por considerar (i) que, al no tratarse de traslados o desplazamientos que impliquen cambio de residencia, no se trata de un supuesto de movilidad geográfica del artículo 40 del ET, y (ii) que tampoco se trata de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del artículo 41 del ET, ya que el cambio de centro de trabajo no conlleva cambio de residencia.

Por lo tanto, el TS entiende que el cambio de centro de trabajo sin cambio de domicilio se considera parte del *ius variandi* del empresario y puede, en consecuencia, venir regulado en un convenio colectivo.

**El contrato de agencia puede estar sujeto al régimen laboral de la subcontratación**

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

El TS analiza en esta sentencia si el régimen legal de responsabilidades del artículo 42 del ET resulta de aplicación a los supuestos de contratos de agencia. En concreto, la cuestión esencial del debate casacional se centró en determinar si el contrato de agencia celebrado entre dos entidades mercantiles para la comercialización de los productos de la empresa principal se excluye o no del régimen legal aplicable a la subcontratación de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal.

El TS rectifica su doctrina anterior y razona que, para determinar si existe un fenómeno de contrata o subcontrata, ha de estarse al tipo de actividad asumida por la empresa auxiliar en bene-



ficio de la principal. Declara el TS, en este sentido, que el hecho de que se haya celebrado un contrato de agencia no basta para descartarlo, incluso en el supuesto de que el contrato de agencia que se hubiera celebrado se ajustara a las prescripciones de la normativa que regula esta figura.

Por tanto, el TS concluye que el hecho de que exista un contrato de agencia entre una empresa principal y una empresa auxiliar no excluye *per se* la aplicación del régimen de subcontratación de actividades previsto en el artículo 42 del ET.

**Modificación de las condiciones de trabajo en una sucesión de empresa**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, 12 de septiembre de 2016*

El TS declara la nulidad del acuerdo alcanzado entre la sociedad cedente y la mayoría de la representación de los trabajadores sobre las condiciones aplicables a los trabajadores afectados por una externalización.

La sociedad cedente alcanzó un acuerdo con los representantes de sus trabajadores en materia de despido colectivo y otras medidas de flexibilidad interna. Entre estas medidas, y con el objetivo de minorar el número de despidos, se pactó la externalización de ciertos servicios mediante la transmisión a una empresa cesionaria de determinadas ramas de negocio.

El acuerdo impugnado en este supuesto preveía, para los trabajadores afectados por la externalización, la modificación del convenio colectivo aplicable y otras condiciones laborales con base en la necesaria homogeneización de las condiciones laborales en la empresa cesionaria.

Sin embargo, el TS declara la nulidad de este acuerdo señalando que (i) solo pueden alcanzarse este tipo de acuerdos en el marco de una sucesión de empresa, en situaciones de grave crisis económica y con la finalidad de mantener el empleo y garantizar la supervivencia de la empresa; (ii) la transmisión de empresa no puede servir, por sí misma, como argumento que justifique la modificación; y (iii) ello sin perjuicio de que, una vez consumada la sucesión empresarial y transferidos los trabajadores a la empresa cesionaria, esta pueda iniciar el correspondiente procedimiento de modificación sustancial.

**Legitimación de las secciones sindicales para la negociación de convenios colectivos de empresa**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 27 de septiembre de 2016*

El TS recuerda que las secciones sindicales tienen legitimación absoluta para negociar un convenio colectivo de empresa, siempre que ostenten la mayoría del conjunto de los representantes unitarios de la empresa, sea cual fuere su implantación individual en cada uno de los centros de trabajo.

Por el contrario, si se pretende negociar un convenio con los representantes unitarios deberá acreditarse que estos representan a todos los centros de trabajo de la empresa, sin que sea posible que los representantes elegidos en un centro de trabajo representen a los centros de trabajo que no les han elegido, por cuanto la representatividad unitaria no se irradia desde un centro de trabajo a otro.

En el caso analizado, la comisión negociadora estaba inicialmente integrada por los representantes unitarios de la empresa. Posteriormente, y ante la existencia de defectos en la legitimación, se acordó constituir una nueva comisión negociadora compuesta por las secciones sindicales de dos sindicatos (UGT y USO) que acreditan la afiliación de la mayoría de los representantes unitarios de la empresa.

El acuerdo alcanzado por esta segunda comisión, válidamente constituida, fue suscrito también por los representantes unitarios que formaron parte de la comisión precedente. Este refuerzo de legitimación es impugnado por la representación sindical, cuestionando la validez de esta comisión híbrida.

Sin embargo, el TS razona que la firma del convenio por parte de estos representantes unitarios no convierte la comisión negociadora en una «comisión híbrida», sino que constituye un mero aporte suplementario de legitimación a las secciones sindicales, que de no haberse producido, no hubiera afectado a la validez del convenio.

**Competencia del orden social para resolver las reclamaciones de los intereses devengados por las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial**

*Sentencias del Tribunal Supremo de 28 y 29 de septiembre de 2016*

El Tribunal Supremo («TS») analiza si el orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones de intereses de demora ante el Fondo de Garantía Salarial («FOGASA») por retraso en el pago de obligaciones es el orden social o el contencioso-administrativo.

Dado que la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social («LRJS»), atribuye la competencia de la reclamación principal (prestaciones del FOGASA) al orden social de la jurisdicción, el TS considera que una interpretación de las normas conforme al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva conduce a atribuir a una misma jurisdicción —la Social— el conocimiento de las acciones de reclamación de cantidad por las dos partes de una misma deuda de prestación de garantía salarial (principal e intereses) y no a dividirla entre dos jurisdicciones con diferentes presupuestos y principios procesales.

**Unidad de referencia para determinar la superación de los umbrales de despido colectivo**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 17 de octubre de 2016*

El Tribunal Supremo («TS») desestima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia («TSJ») de País Vasco en materia de despido colectivo.

El TS recoge los argumentos del TJUE en sus sentencias dictadas en los asuntos «Wilson» (sentencia del TJUE de 30 de abril de 2015) y «Rabal Cañas» (sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2015) y, tras concluir que la normativa española (artículo 51.1 del ET) traspone incorrectamente la directiva europea en la materia (Directiva 98/59/CE, del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos), respecto de las unidades de referencia para determinar si unas extinciones contractuales deben o no tramitarse a través de procedimientos de despido colectivo, declara, con base en el principio de interpretación conforme del Derecho de la Unión Europea, que la unidad de referencia para computar si se superan o no los umbrales que separan el despido colectivo del despido objetivo individual debe ser (a) el centro de trabajo que emplea a más de 20 de trabajadores en aquellos casos en los que los despidos que se producen en el centro aisladamente considerado excedan de tales umbrales o (b) la empresa cuando se superen los umbrales tomando como unidad de cómputo la totalidad de la empresa.

**La interrupción de más de tres meses en la contratación temporal limita el devengo de antigüedad**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de octubre de 2016*

El TS analiza la validez del artículo 37 del convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad de Madrid. Dicho artículo señala que «a los trabajadores eventuales que pasen a formar parte de la plantilla de personal laboral fijo, se les computarán los servicios prestados en la Comunidad de Madrid, a efectos de antigüedad, salvo que la prestación de sus servicios hubiera tenido en algún momento solución de continuidad por más de tres meses consecutivos, en cuyo caso sólo se computarán los servicios posteriores a la última interrupción superior a tres meses».

La controversia se plantea sobre el carácter discriminatorio de esta fórmula de devengo de antigüedad, que, a juicio de los demandantes, penaliza a los contratos temporales frente a los indefinidos.

Sin embargo, el TS concluye que, en la medida en que la referencia a la interrupción de tres meses no se aplica en exclusiva a los contratos temporales, sino que se usa de manera indistinta para todos los contratos, no resulta contraria al principio de igualdad de trato.

Es de destacar que, para el análisis de esta cuestión, el TS aclara que la interrupción de más de tres meses en la prestación de servicios de los contratos temporales supone la ruptura del vínculo contractual.

**Necesidad de concreción de los objetivos en los sistemas de retribución variable**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 15 de junio de 2016*

La empresa tenía implantado un sistema de retribución variable por objetivos. Para la consecución de la retribución variable debían cumplirse unos objetivos individuales y colectivos. En el año 2015, la empresa comunicó a sus trabajadores que no se había generado derecho a la retribución variable al no haberse cumplido los objetivos marcados.

Sin embargo, en el acto del juicio se acreditó por los actores que estos objetivos no fueron comunicados previamente a los trabajadores afectados ni a sus representantes.

La sentencia repasa la doctrina sentada por el TS en, entre otras, su sentencia de 24 de marzo de 2015 (rec. 8/2014), conforme a la cual «(...) el hecho de que el contrato establezca que el trabajador podrá acceder a un incentivo condicionándolo a la fijación de los objetivos por la empresa (...) cuando los objetivos de los que dependía la percepción del complemento no se conoce si eran los que había de alcanzar cada trabajador o los objetivos fijados para la empresa en su conjunto, permite interpretar la realidad de un contrato con un pacto de incentivos sujeto a la exclusiva voluntad de uno de los contratantes, contrariando lo prohibido por el art. 1256 del Código Civil, y por lo tanto, de un pacto de incentivos realmente no condicionado, y por lo tanto exigible en la cuantía prometida. (...) se trata de un pacto que, ante su falta de claridad y su falta de desarrollo (...) no puede sino interpretarse en el sentido más adecuado para que (...) pueda causar efecto —art. 1284 CC— y en contra de quien incluyó esas cláusulas en el contrato, que obviamente fue la empresa —art. 1288 CC—».

En este sentido, la Sala concluye que la comunicación abstracta y sin la necesaria antelación a los trabajadores afectados y a sus representantes legales genera el derecho incondicionado de los trabajadores a la percepción de la retribución variable.

**El periodo entre la declaración de nulidad del despido y la readmisión del trabajador no genera derecho a vacaciones**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 15 de marzo de 2016*

El TSJ del País Vasco resuelve el procedimiento judicial planteado por unas trabajadoras despedidas en diciembre de 2012 y readmitidas en junio de 2014 (tras declararse la nulidad de sus despidos) que reclaman su derecho a descanso retribuido, al no incluirse en los salarios dejados de percibir las cuantías correspondientes a las vacaciones no disfrutadas en el año 2013.

El TSJ argumenta que, aunque tengan derecho a percibir el salario no abonado entre el despido y la readmisión, ello es una consecuencia de carácter indemnizatorio que se deriva de la declaración de nulidad de los despidos, no una retribución por la prestación efectiva de trabajo.

Por ello, concluye el TSJ que las vacaciones no constituyen en este caso un derecho que deba ser restituido porque solo nace por la prestación del trabajo y el consiguiente derecho al descanso. Por lo tanto, si las trabajadoras realmente no trabajaron durante ese período, no tienen derecho a las vacaciones retribuidas.

**El error en la retención de IRPF posibilita la reclamación del trabajador a la empresa de la sanción y los intereses de demora**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 11 de abril de 2016*

El TSJ de Cataluña analiza la reclamación planteada por un trabajador frente a su antiguo empleador, derivada de la sanción y recargo tributario que se vio obligado a abonar el empleador como consecuencia de una incorrecta retención de IRPF.

El trabajador y la empresa pactaron en conciliación extrajudicial el abono de 121.294 euros brutos en concepto de indemnización por no competencia postcontractual.

La empresa aplicó a esa cuantía el beneficio fiscal de renta irregular en la certificación del IRPF. El trabajador también aplicó este beneficio en la declaración del IRPF.

La aplicación de este beneficio fue cuestionada por la Inspección de Hacienda, que reclamó al actor el recargo y la sanción correspondiente, quien a su vez se lo reclamó a la empresa en el presente procedimiento.

En este sentido, la Sala concluye que el sujeto pasivo de la deuda tributaria es el trabajador, sin embargo, el incumplimiento del empresario de su obligación de retener le hace, a su vez, responsable de los intereses de demora y sanciones derivadas de ese incumplimiento.

**Es válido el calendario laboral en el que no se incluyen los horarios ni los turnos de trabajo**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, de 12 de mayo de 2016*

El TSJ de Andalucía analiza una reclamación de cinco trabajadores pertenecientes a una sección sindical que consideran que la empresa vulneró su derecho de libertad sindical por imponer el calendario de trabajo de forma unilateral y sin intervención de los sindicatos.

Concreta la demanda que el calendario laboral no contiene una relación individualizada de los turnos y horarios de cada trabajador. Más bien al contrario, la empresa negocia y realiza anualmente un calendario laboral que incluye los festivos y las vacaciones de cada trabajador y solo trimestralmente publica los calendarios individualizados de cada trabajador en cada centro de trabajo.

La pretensión fue desestimada en instancia y en sede de suplicación. El TSJ de Andalucía basa su decisión en las siguientes consideraciones:

- (i) La redacción del artículo 34.6 del ET vigente al tiempo de la interposición de la demanda obliga únicamente a negociar el calendario laboral (pero no a llegar a un acuerdo) y exponerlo en un lugar visible al inicio del año.
- (ii) Ante la ausencia de regulación sobre el contenido mínimo del calendario, debe recurrirse a las previsiones que se hayan acordado al respecto mediante negociación colectiva.
- (iii) En virtud de un acuerdo con los representantes de los trabajadores, la empresa asumió únicamente la obligación de comunicar a los trabajadores afectados, con tres meses de antelación, los cuadrantes de trabajo que afectasen a sábados y domingos.

Por todo lo expuesto, el TSJ concluye que es válido el calendario laboral elaborado por la empresa, concretándolo *a posteriori* en aplicación de las previsiones convencionales o de los acuerdos colectivos que hubiera alcanzado.

**Nulidad del despido de un trabajador basado en información obtenida de una cuenta de correo electrónico personal**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 13 de mayo de 2016*

El TSJ de Madrid declara la nulidad del despido disciplinario de un trabajador por la vulneración de sus derechos fundamentales a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones.

La empresa reproducía en la carta de despido disciplinario unos correos electrónicos pertenecientes a una cuenta de correo electrónico personal del trabajador, localizada en un archivo temporal que la empresa pudo recuperar parcialmente. Afirma la Sala que, aunque dicha cuenta de correo electrónico pudiera haberse creado o incluso utilizado en alguna ocasión desde el ordenador de la empresa, esta debió cesar su revisión al constatar que eran correos de naturaleza privada. Al no hacerlo, vulneró los derechos fundamentales a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones del trabajador. Finalmente, esta sentencia considera que deben reputarse nulos todos los actos que traen causa de una prueba obtenida ilegalmente. Por este motivo declara la nulidad del despido del trabajador.

**Es improcedente el despido objetivo cuando la indemnización legal transferida al trabajador no está a su disposición cuando se le entrega la carta de despido**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 27 de mayo de 2016*

El TSJ de Madrid declara la improcedencia del despido objetivo de un trabajador por considerar que la empresa incumple el requisito formal del artículo 53.1.b) del ET, que exige que la indemnización legal por despido objetivo debe ponerse a disposición del trabajador simultáneamente con la entrega de la carta de despido.

En el supuesto analizado por la Sala, la empresa transfiere la indemnización en la misma fecha en la que entrega la carta de despido al trabajador. No obstante, la transferencia se recibe por el trabajador con posterioridad en el tiempo. El despido se califica como improcedente en tanto en cuanto el trabajador no tuvo ninguna posibilidad de disponer de la cantidad a la que legalmente tenía derecho cuando se le entregó la carta de despido, ni la referida cantidad había salido del patrimonio del demandado en ese mismo momento.

**Incapacidad permanente total por alergia a las redes móviles y al wifi**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) de 6 de julio de 2016*

El actor, ingeniero de telecomunicaciones, sufría una alergia que le provocaba hipersensibilidad (cefalea, insomnio, irritabilidad y agresividad) inducida por la contaminación radioeléctrica, teléfonos inalámbricos, antenas de telefonía móvil y wifi. Esta alergia obliga a quien lo padece a evitar lugares con contaminación electromagnética y reducir al máximo su exposición a los anteriores agentes.

Frente a esta dolencia, el INSS denegó la declaración de incapacidad permanente total, en la medida que las anteriores lesiones no disminuían un grado suficiente de su capacidad laboral.

Sin embargo, el TSJ de Madrid declara acreditada la incapacidad permanente total del demandante a causa del síndrome de sensibilidad química o hipersensibilidad electromagnética que padece, al entender que se trata de una alergia identificada como tal por el Ministerio de Sanidad y que su sintomatología la hace incompatible con la profesión habitual del actor.

**Despido disciplinario del superior que tolera el acoso laboral de un trabajador hacia sus compañeras**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 20 de septiembre de 2016*

La Sala analiza la procedencia del despido de un trabajador en un puesto de responsabilidad que no había actuado ante la denuncia de acoso de varias trabajadoras respecto de un subordinado.

Así, señala que la tolerancia de este tipo de conductas, sin comunicarlo a la dirección de la empresa ni adoptar medida alguna para evitar la reiteración de tales hechos supone un ilícito por omisión.

En este sentido, el TSJ entiende que la falta de actuación del supervisor constituye un ejemplo de deslealtad y desatención en el ejercicio de sus funciones que es incardinable en la transgresión de la buena fe contractual prevista en el ET y, por tanto, justifica la procedencia del despido.

**Indemnización por cese de trabajadores interinos**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 5 de octubre de 2016*

El TSJ de Madrid resuelve el recurso de suplicación interpuesto por una trabajadora que había prestado sus servicios para el Ministerio de Defensa a través de un contrato de interinidad cuya extinción sin indemnización, tras siete años de vigencia, había sido convalidada por la sentencia de instancia.

Haciendo suyos los argumentos de la Sentencia del TJUE, de 14 de septiembre de 2016 (asunto «*De Diego Porras*»), que resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el propio TSJ de Madrid en este asunto, la Sala concluye que no se puede discriminar a la demandante en materia de indemnización por cese como consecuencia del tipo de contrato suscrito. Por consiguiente, declara su derecho a recibir la misma indemnización que la que le correspondería a un trabajador indefinido comparable al que se le extinguiese su contrato de trabajo por causas objetivas. Siguiendo este razonamiento, se reconoce a la trabajadora una indemnización de 20 días de salario por año de servicio.

**Indemnización de 20 días de salario por año trabajado por la válida finalización de un contrato temporal de obra: aplicación de la doctrina comunitaria a otros trabajadores temporales**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, Sala de lo Social, de 18 de octubre de 2016*

El TSJ de País Vasco estima parcialmente el recurso de suplicación formulado por una trabajadora contra la sentencia de instancia que había desestimado íntegramente sus peticiones de declaración de nulidad o improcedencia de su despido.

La Sala indica que, si bien la terminación del contrato por obra o servicio determinado ha de considerarse ajustada a Derecho, el conocimiento que ha tenido de la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto «*De Diego Porras*») durante la tramitación del recurso de suplicación hace replantearle si la indemnización recibida es la adecuada.

El TSJ de País Vasco interpreta la sentencia del TJUE en el sentido de considerar que en toda extinción de un contrato de trabajo, temporal o indefinido, decidida unilateralmente por la empresa, con base en la concurrencia de una causa legalmente justificada y por motivos ajenos

a la voluntad del trabajador, se produce una identidad en la objetivización de la causa, que se podría identificar como productiva.

Como la situación de la actora es, según el criterio del TSJ, comparable a la de un trabajador indefinido en la empresa, no existe una justificación objetiva y razonable para que al momento de la extinción del contrato por la finalización de la obra o el servicio contratado no perciba la misma indemnización que la que recibiría un trabajador indefinido que fuese despedido por causas productivas. Como consecuencia de este razonamiento, la Sala eleva la indemnización de la trabajadora de 12 días de salario por año de servicio a 20 días de salario por año de servicio.

## MARÍTIMO, TRANSPORTE Y LOGÍSTICA\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

#### Marítimo. Embarcaciones de recreo

*Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1 de la Comisión, de 3 de enero de 2017, sobre los procedimientos de identificación de embarcaciones con arreglo a la Directiva 2013/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las embarcaciones de recreo y las motos acuáticas (DOUE L 1/1, de 4 de enero de 2017)*

El objeto de este Reglamento es establecer las normas básicas para la identificación de embarcaciones, mediante la atribución y administración de los códigos de fabricante. De esta forma, se pretende garantizar una mejor aplicación del sistema de codificación necesario para la identificación de embarcaciones según lo dispuesto en la Directiva 2013/53/UE, facilitar la cooperación entre los Estados miembros y mejorar la transparencia.

#### Transporte de viajeros por ferrocarril. Apertura del mercado de los servicios nacionales

*Reglamento (UE) 2016/2338 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2016 que modifica el Reglamento (CE) n.º 1370/2007 en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril. (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 354/22, de 23 de diciembre de 2016)*

El Reglamento 2016/2338 modifica al Reglamento 1370/2007 con el objetivo de aumentar la competencia en la adjudicación de contratos de servicio público. A tal efecto, limita las situaciones en las que la autoridad competente puede adjudicar directamente dichos contratos y establece la obligación de que estos especifiquen las obligaciones de servicio público y su compensación.

Además, se toman medidas (a) para facilitar el acceso al material rodante a las empresas privadas y (b) para proteger a los trabajadores del sector ferroviario.

#### Transporte de viajeros por ferrocarril. Gobernanza de las infraestructuras ferroviarias

*Directiva (UE) 2016/2370 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, que modifica la Directiva 2012/34/UE, en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril y a la gobernanza de las infraestructuras ferroviarias (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 352/1, de 23 de diciembre de 2016)*

La Directiva 2016/2370 modifica la Directiva 2012/34 con el fin de incidir en la apertura del espacio ferroviario europeo único. Así, la Directiva 2016/2370 especifica las actividades que el

\* 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 y Maria Joao Dias, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Oporto).

gestor de la infraestructura y las empresas ferroviarias no pueden realizar para garantizar la independencia entre ambas, e introduce dos artículos en la Directiva 2012/34 con el fin de fomentar la competitividad del transporte ferroviario frente a las alternativas existentes.

### [España]

#### Transporte terrestre. Infraestructura para combustibles alternativos

*Real Decreto 639/2016, de 9 de diciembre, por el que se establece un marco de medidas para la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos (BOE de 10 de diciembre de 2016)*

Este Real Decreto tiene como finalidad la trasposición parcial al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2014/94/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014. Su objeto es el establecimiento de un marco de medidas para la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos, con el fin de minimizar la dependencia de los transportes del petróleo y mitigar el impacto medioambiental del transporte.

#### Transporte terrestre. Transporte de animales vivos

*Real Decreto 542/2016, de 25 de noviembre, sobre normas de sanidad y protección animal durante el transporte (BOE de 25 de noviembre de 2016)*

Este Real Decreto contiene exclusivamente disposiciones relativas al bienestar y sanidad animal. Tiene por objeto (i) establecer disposiciones sobre autorización, registro de transportistas, documentos de transporte y formación del personal en relación con la protección de los animales durante el transporte y operaciones conexas; (ii) designar los puntos de entrada por los que podrán introducirse vehículos de transporte por carretera de animales vivos de las especies equina, porcina, bovina, ovina y caprina, cargados o vacíos, así como los vehículos de transporte por carretera de piensos, cargados o vacíos, procedentes de determinados terceros países; y (iii) establecer determinadas disposiciones en aplicación de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal, en lo relativo al transporte de animales.

### [Portugal]

#### Transporte de Passageiros Flexível

*Decreto-Lei n.º 60/2016 (DR 173, série I de 2016-09-08)*

O Decreto-Lei n.º 60/2016, de 8 de setembro («DL 60/2016»), regula o serviço público de transporte de passageiros flexível («TPF»), previsto no artigo 34.º e seguintes da Lei n.º 52/2015, de 9 de junho, que aprovou o Regime Jurídico do Serviço Público de Transporte de Passageiros («RJSPTP»).

O TPF visa dar resposta às necessidades de mobilidade nos casos em que o transporte público regular ou em táxi não se revelam adequados, designadamente em regiões de baixa densidade populacional, com incidência em situações de exclusão social por via económica ou em períodos noturnos e fins de semana.

Nos termos do RJSPTP a flexibilidade poderá respeitar a diferentes dimensões do TPF. O RJSPTP prevê, entre outras modalidades, a flexibilidade quanto à determinação das paragens, dos itinerários, das frequências e dos horários dos serviços; à capacidade e características dos veículos a afetar a cada serviço; à existência de sistemas de solicitação ou reserva de serviço pelo passageiro; e a regime tarifário especial.

O DL 60/2016 prevê que poderão realizar serviços de TPF as empresas licenciadas para a atividade de transporte rodoviário de passageiros, as empresas licenciadas para o transporte em táxi e, subsidiariamente, determinadas instituições particulares de solidariedade social. A prestação de TPF está sujeita a comunicação prévia ao IMT. Nos termos do RJSPTP, tal prestação dependerá ainda de atribuição ou autorização pela autoridade de transportes competente.

O DL 60/2016 regula ainda, entre outros aspetos, os requisitos dos veículos a utilizar. Prevê igualmente o regime de fiscalização e contraordenacional aplicável.

O DL 60/2016 entrou em vigor a 9 de setembro de 2016.



### Transporte em Táxi – Medidas Dissuasoras da Atividade Ilegal

*Lei n.º 35/2016 (DR n.º 223, série I de 2016-11-21)*

A Lei n.º 35/2016, de 21 de novembro («Lei 35/2016») introduz a sexta alteração ao Decreto -Lei n.º 251/98, de 11 de agosto («DL 251/98»), que regulamenta o acesso à atividade e ao mercado dos transportes em táxi, visando reforçar as medidas dissuasoras da atividade ilegal neste setor. Para o efeito, altera os artigos 28.º e 30.º do Decreto-Lei 251/98, relativos respetivamente ao exercício da atividade sem licença e ao exercício irregular da atividade.

Nesse sentido, destaca-se que a Lei 35/2016 equipara ao exercício de atividade sem licença a prática de angariação, com recurso a sistemas de comunicações eletrónicas, de serviços para viaturas sem alvará. Nesta sede, destaca-se igualmente que, no ato de fiscalização pela entidade competente, o infrator será notificado para, de imediato ou no prazo máximo de 48 horas, prestar depósito de valor igual ao mínimo da coima prevista para a contraordenação imputada.

Por outro lado, a Lei 35/2016 inclui expressamente no rol de situações de exercício irregular de atividade a utilização, injustificada, de veículo licenciado em concelho diferente.

Em acréscimo, a Lei 35/2016 agrava as coimas aplicáveis, nomeadamente quanto à inobservância das normas de identificação e características dos táxis.

A Lei 35/2016 entrou em vigor a 26 de novembro de 2016.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Espanña]

#### Compraventa de buques

*Resolución de 28 de noviembre de 2016 de la Dirección General de Registros y del Notariado (BOE de 22 de diciembre de 2016)*

Se plantea si es o no ajustada a derecho la transmisión de la propiedad de un buque mediante la formalización de una póliza intervenida por notario. Cabe recordar que la redacción originaria del artículo 118 de la Ley 1472014 de 24 de julio, de Navegación Marítima disponía que la compraventa de buques debía constar en escritura pública. No obstante, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, modificó, entre otros, el citado artículo 118 a los efectos de admitir, junto con la escritura pública, cualquiera de los otros documentos previstos en el artículo 73 de la Ley de Navegación Marítima, entre los que se encuentra, precisamente, la póliza notarial.

La DGRN estima el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador, revoca la calificación impugnada y reconoce la posibilidad de transmitir la propiedad de un buque mediante póliza intervenida por notario.

#### Inmatriculación de aeronaves

*Resolución de 20 de diciembre de 2016 de la Dirección General de Registros y del Notariado (BOE de 9 de enero de 2017)*

Se pretende la inscripción de un arrendamiento financiero sobre aeronave, sin que resulte que ésta figure previamente inmatriculada o inscrita en el Registro, pretendiéndose su inmatriculación directa en base al referido contrato de arrendamiento. El registrador rechaza la inmatriculación por no coincidir la titularidad administrativa del bien con la que resulta del documento presentado.

Se presentó recurso contra la calificación del registrador, que fue desestimada por la DGRN al entender que la pretendida inscripción no era posible, no solo por la disparidad existente en cuanto a la titularidad administrativa de la aeronave, sino fundamentalmente por la inexistencia en el Registro de una previa inscripción de titularidad a favor del arrendador financiero, sin que el contrato de arrendamiento sirva como título inmatriculador. No se trataba, por tanto, de un problema de falta de tracto sucesivo entre la inscripción en el Registro de Aeronaves y el Registro de Bienes Muebles, que son totalmente independientes (aunque interconectados telemáticamente), sino de un problema de falta de previa inscripción de la titularidad de la aeronave.

**Prescripción de la acción para reclamar responsabilidad al transportista***Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2016*

La Sala analiza el artículo 32 del Convenio de 19 de mayo de 1956 relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías («*Convenio CMR*»), en relación con el artículo 79.3 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías («*LCCT*»), relativos a la prescripción de la acción para reclamar responsabilidad al transportista. Sostiene que la traducción al castellano del precepto expresado alude a interrupción, pero se trata propiamente de suspensión, como se deduce del artículo 32.3 del Convenio CMR y de la propia regulación. La suspensión se distingue de la interrupción porque el transcurso del plazo no se reinicia, sino que se reanuda, y por la aplicabilidad (excepcional) de la paralización del curso del plazo en tanto no se produce una respuesta por escrito a la reclamación, citando en línea con la anterior afirmación, otras sentencias de la Sala.

En este caso, la suspensión de la prescripción de la acción se desprende de los correos electrónicos que se enviaron los días 18, 22 y 24 de marzo de 2010, los cuales, en opinión de la Sala, reflejan con claridad la reclamación por escrito de la demandante, desestimando así los argumentos efectuados de contrario por los que no se entendía que los correos electrónicos tuvieran entidad suficiente a los efectos de reclamar formalmente el pago. La Sala entiende que, solo cuando la demandante le reiteró su reclamación con mayor firmeza por correo electrónico de 20 de julio de 2011, la reclamada rechazó su responsabilidad, con fecha 4 de agosto de 2011, sin que hasta esta fecha se hubiese opuesto a la reclamación solicitada con anterioridad, período en el cual la prescripción de la acción estuvo en suspenso. La Sala concluye que el ejercicio de la acción se realizó válidamente dentro del plazo establecido para ello, y confirma la sentencia de la Audiencia Provincial impugnada.

**Matriculación de buques dedicados a la navegación privada***Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 31 de mayo de 2016*

De conformidad con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, deben ser objeto de matriculación definitiva en España, entre otros, los buques de recreo o de deportes náuticos de más de 8 m de eslora, nuevos o usados, cuando se destinen a ser utilizados en el territorio español por personas o entidades que sean residentes en España o que sean titulares de establecimientos situados en España. De no haber cumplido con lo previsto anteriormente dentro de los 30 días siguientes a la utilización en nuestro territorio de las citadas embarcaciones, y de conformidad con el artículo 65.1 de la citada Ley, dichos medios de transporte estarán sujetos al impuesto de matriculación o de utilización en España.

En este caso, el titular utilizó el buque por un periodo muy superior a los 30 días, sin acreditar que fuera para pruebas de mar, sosteniendo que el retraso en la matriculación no implica la sujeción de la embarcación al impuesto. La Sala, por el contrario, no admite esta postura y confirma la aplicabilidad del impuesto al hecho discutido. Además, considera acreditada la existencia de culpabilidad en la actuación de la actora, toda vez que es de conocimiento general que un vehículo no puede utilizarse sin estar matriculado y desestima el recurso de casación interpuesto.

**Improcedencia de la acción de repetición ejercitada por la compañía aseguradora de la responsabilidad civil derivada de los hechos de la circulación contra la aseguradora de la responsabilidad civil derivada de la explotación de la actividad de la empresa***Sentencia núm. 384/2016, de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Quinta, de 27 de octubre de 2016*

El siniestro sobre el que se debate en este procedimiento tiene su origen en el desprendimiento de una serie de materiales desde el vehículo asegurado, en concreto piedras, que provocaron daños a terceros que tuvieron que ser indemnizados por la aseguradora demandante. En la sentencia analizada, la Audiencia Provincial de A Coruña revoca la sentencia de primera instancia tomando en consideración la finalidad del seguro de responsabilidad civil derivado de los hechos de la circulación, así como los sujetos protegidos por él. Con estas premisas, los magistrados determinan que el objeto de este seguro es el riesgo creado por la conducción de un vehículo y la responsabilidad por los daños causados con motivo de su circulación, extendiéndose su cobertura a los conductores y a los propietarios del vehículo asegurado de modo que no pueden considerarse terceros a los efectos del artículo 10 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos. Esta conclusión impide que pueda ejercitarse la acción de repetición entre ambas aseguradoras.

Añade la sentencia que la concurrencia de seguros contemplada en el artículo 32 de la Ley de Contratos de Seguro tampoco podría aplicarse aunque fuera por analogía, a pesar de que se trate de dos seguros contratados por el mismo tomador, debido a que cada seguro garantiza riesgos e intereses distintos.

## MEDIO AMBIENTE\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

##### Cambio climático

*Decisión (UE) 2016/1841 del Consejo, de 5 de octubre de 2016, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de París aprobado en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (DOUE de 19 de octubre de 2016)*

Esta Decisión aprueba, en nombre de la UE, el Acuerdo de París firmado el 22 de abril de 2016, fruto de lo convenido en la 21.<sup>a</sup> Conferencia de las Partes en la CMNUCC. Se establece como objetivo a largo plazo mantener el aumento de la temperatura mundial por debajo de 2 °C respecto a niveles preindustriales, realizando esfuerzos para que esa cifra permanezca en 1,5 °C. A partir de 2023, cada cinco años se realizará un balance de progresos. Además, se hace hincapié en el objetivo adquirido internamente por la UE para la transición hacia el uso de energías limpias.

##### Emisiones

*Directiva (UE) 2016/2284, de 14 de diciembre, relativa a la reducción de las emisiones nacionales de determinados contaminantes atmosféricos, por la que se modifica la Directiva 2003/35/CE y se deroga la Directiva 2001/81/CE (DOUE de 17 de diciembre)*

Esta norma deroga la anterior Directiva del año 2001 sobre techos nacionales de emisión. La Directiva 2016/2284 fija, en torno a dos períodos de tiempo diferente (2020-2030 y de 2030 en adelante), objetivos de reducción de determinados contaminantes para cada uno de los Estados miembros y en forma de porcentaje respecto de la emisiones totales de 2005. Incorpora la obligación de los Estados de aprobar programas nacionales de control de la contaminación atmosférica, actualizados cada cuatro años, con las medidas necesarias para cumplir tales objetivos. También se impone la obligación de seguimiento de los efectos de la contaminación atmosférica en los ecosistemas y se crea el llamado «Foro Europeo de Aire Puro», como medio de reunión de todos los actores implicados (autoridades y sociedad civil) para potenciar buenas prácticas y asegurar la aplicación coordinada de la política de la Unión.

#### [España]

##### Plan Director de la Red de Parques Naturales

*Real Decreto 389/2016, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Plan Director de la Red de Parques Naturales (BOE de 24 de octubre de 2016)*

La Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales, define la Red de Parques Nacionales como un sistema integrado por aquellos espacios declarados parques nacionales, su marco

\* Esta sección ha sido coordinada por Jesús Andrés Sedano Lorenzo, y en su elaboración han participado Elena Picó Barandiarán, José Ezequiel Clérigues, Bárbara Fernández Cobo, Maite Munárriz Azcona, Jon Sebastián Garay y Carlos Oviedo Moreno, del Grupo de Práctica de Derecho Público y Medio Ambiente de Uría Menéndez (Madrid).

normativo básico y el sistema de relaciones necesario para su funcionamiento. El elemento vertebrador para materializar dicha finalidad es el Plan Director, como el más elevado instrumento de planificación y ordenación de los parques nacionales de carácter básico.

La figura del Plan Director nació con la vocación de ser el elemento a través del cual se fijaran las líneas generales de actuación de la Red de Parques Nacionales y la pauta para la redacción de los Planes Rectores de Uso y Gestión. Por ello, el Plan Director es especialmente relevante en el mantenimiento de la coherencia interna de la Red de Parques Nacionales, sirviendo también como elemento que favorece su proyección exterior.

Como novedad, la Ley de Parques Nacionales añade al contenido del Plan Director los criterios para la determinación del nivel de conservación y gestión básicos que debe mantener en el tiempo cada uno de los parques nacionales y de los parámetros con que realizar su seguimiento, y los criterios para determinar la existencia de un grave peligro para la integridad y la seguridad de un parque nacional, así como las directrices para las actuaciones en las situaciones de estado de emergencia declarado.

La disposición transitoria única establece que los Planes Rectores de Uso y Gestión ya vigentes deberán adaptarse a este Real Decreto en el plazo de dos años desde su entrada en vigor (el 23 de octubre de 2016). Al mismo tiempo, se deroga el Plan Director anterior, que databa de 1999.

#### **Residuos**

*Real Decreto 20/2017, de 20 de enero, sobre los vehículos al final de su vida útil (BOE de 21 de enero de 2017)*

Esta disposición deroga el anterior Real Decreto 1383/2002 en la materia y actualiza la regulación en este ámbito en concordancia con la normativa europea de referencia. Clarifica que se aplica a los vehículos al final de su vida útil, mientras que los residuos generados por estos hasta este momento se registrarán por la Ley 22/2011, de Residuos. Evita que se produzca una doble financiación de la gestión de los vehículos o sus componentes, de forma que los materiales y componentes de estos vehículos no han de someterse a regímenes distintos de responsabilidad ampliada del productor, y matiza, en aplicación de la jerarquía de residuos, que en estos casos, en cuanto residuos, es pertinente la preparación para la reutilización en cuanto operación de tratamiento.

#### **Ley de prevención y control integrados de la contaminación**

*Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación (BOE de 31 de diciembre de 2016)*

Este Real Decreto Legislativo integra y armoniza el contenido de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación y las disposiciones con rango de ley en materia de emisiones industriales que han introducido sucesivas modificaciones en dicha Ley (entre ellas, la Ley 1/2005, Ley 27/2006, Ley 34/2007 y Ley 42/2007).

El objeto sigue siendo la evitación de la contaminación de la atmósfera, el agua y el suelo o, cuando ello no sea posible, reducirla y controlarla. Para ello sus disposiciones se aplican al listado de actividades industriales contenidas en el anejo 1 cuando alcancen los umbrales de capacidad que se proporcionan. Seguidamente, se incluye una extensa relación de definiciones a efectos de esta norma.

Se incluyen los factores que deben ser tenidos en cuenta para la fijación de valores límite de emisión, así como, en su caso, medidas técnicas equivalentes y se regulan los mecanismos de intercambio de información entre el Ministerio y las Comunidades Autónomas.

El régimen jurídico de la autorización ambiental integrada incluye el contenido de la solicitud, además de los distintos informes y trámites que deben producirse durante el procedimiento hasta llegar al contenido de la propia autorización. También se regulan las especificaciones aplicables a su modificación y revisión.

Finalmente, se incluye el régimen sancionador y de control ambiental en el que se contemplan infracciones muy graves, graves y leves, y sus correspondientes sanciones.

**Dominio Público Hidráulico**

*Real Decreto 638/2016, de 9 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, el Reglamento de Planificación Hidrológica, aprobado por el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, y otros reglamentos en materia de gestión de riesgos de inundación, caudales ecológicos, reservas hidrológicas y vertidos de aguas residuales (BOE de 29 de diciembre de 2016)*

Esta norma modifica algunos instrumentos de rango reglamentario de desarrollo del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de aguas: (i) Reglamento del Dominio Público Hidráulico; (ii) Reglamento de la Planificación Hidrológica; (iii) Instrucción de planificación hidrológica; (iv) Real Decreto de evaluación y gestión de riesgos de inundación; y (v) Real Decreto por el que se establecen los criterios de seguimiento y evaluación del estado de las aguas superficiales y las normas de calidad ambiental. Son cuatro las áreas que se vienen a modificar o completar:

(a) Riesgos de inundación. Se actualiza el marco normativo vigente, en aras de la implantación y coordinación de los Planes hidrológicos de cuenca y los Planes de gestión del riesgo de inundación. De este modo, se establece el procedimiento a seguir para determinar la máxima crecida ordinaria de los cauces en los que no se podía aplicar la definición existente hasta ahora y se identifican usos y actividades vulnerables frente a avenidas que no podrán ser autorizados en zonas de flujo preferente. Además, se completa el desarrollo de las limitaciones básicas al uso de zonas inundables y se clarifica la regulación de la gestión de los embalses durante las avenidas. Por último, se regulan los criterios técnicos para ciertas autorizaciones en el dominio público hidráulico, como el cruce de infraestructuras de comunicación.

(b) Caudales ecológicos. Se reconoce la complejidad técnica de este concreto ámbito y su necesidad de constante actualización, siendo un requisito para la consecución de los objetivos de protección e incidiendo en los usos privativos. Se precisa el régimen jurídico en cuanto a la vertiente de su exigibilidad, seguimiento y aplicación práctica. Se configura como una restricción, un volumen del que la Administración no puede disponer por estar subordinado al interés general superior de la protección del medio ambiente y uso racional de los recursos, por lo que también se establecen métodos de control y seguimiento.

(c) Reservas hidrológicas por motivos ambientales. Se manifiesta la necesidad de medidas adicionales de protección por la presión del desarrollo humano y la amenaza del cambio climático. Estas reservas pretenden proteger y conservar los tramos fluviales y masas de agua aún no alterados por la acción del hombre en las distintas cuencas hidrográficas. La modificación permite la declaración de las reservas naturales fluviales cuya protección ya se comenzó a tramitar en 2015 y no podían ser protegidas por no cumplir los requisitos entonces vigentes.

(d) Censo de vertidos. El Censo Nacional de Vertidos es la base de datos de ámbito nacional que recopila información de los vertidos de aguas residuales a las aguas, permite elaborar informes y es accesible a través de internet, por lo que se adapta a lo preceptuado por la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Se matizan algunas actuaciones mínimas a las que debe ir destinado el canon de control de vertidos y se adapta su coeficiente de mayoración sobre calidad del medio a las zonas protegidas. Al mismo tiempo, se adapta la normativa del canon de regulación y tarifa de utilización del agua a lo determinado por el Tribunal Supremo y se establece que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística no podrán incluir determinaciones incompatibles con la normativa aplicable a cada origen de inundación.

**La Rioja**

*Decreto 39/2016, de 21 de octubre, por el que se aprueba el Plan Director de Residuos de La Rioja 2016-2026 (BOR de 26 de octubre de 2016)*

El Decreto se dicta en aplicación de la competencia autonómica de desarrollo legislativo en materia de protección del medio ambiente, y establece las directrices de gestión para las diferentes tipologías de residuos de conformidad con lo previsto por la Ley autonómica 5/2002 y con el PEMAR 2016-2020.

El Plan Director de Residuos consta de 18 capítulos, 12 de ellos dedicados a los flujos de residuos con normativa específica: residuos domésticos y comerciales (incluyendo los residuos de envases), residuos sanitarios, RAEEs, pilas y acumuladores, vehículos al final de su vida útil, neumáticos al final de su vida útil, aceites usados, PCB, PCT y aparatos que los contengan, lodos de depuradora, residuos de construcción y demolición, residuos industriales y residuos agropecuarios. Se incluye también un primer capítulo introductorio y tres capítulos sobre traslado de residuos, vertederos y suelos contaminados. Además, se incluyen dos capítulos finales dedicados al presupuesto y financiación, seguimiento y revisión del propio Plan.

El Plan Director de Residuos describe la normativa existente, así como la evolución y situación actual de la gestión de los residuos, establece los objetivos a conseguir y fija una serie de medidas para conseguirlos. Para ello, revisa la planificación anterior y establece medidas de seguimiento a través de determinados marcadores durante su vigencia temporal, todo ello asumiendo los objetivos en materia de economía circular establecidos a nivel europeo y estatal.

#### Castilla-La Mancha

*Decreto 78/2016, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan Integrado de Gestión de Residuos de Castilla-La Mancha (DOCM de 29 de diciembre de 2016)*

El Gobierno autonómico aprueba este Plan Integrado para dar cumplimiento a lo dispuesto por la Ley 22/2011, de Residuos, y para englobar en un único instrumento de planificación las medidas necesarias para lograr la consecución de los objetivos propuestos en la materia. Asume expresamente la incorporación del enfoque de la economía circular a la gestión de residuos y realiza un análisis de la situación actual de este ámbito. Pretende incorporar objetivos de prevención para una correcta aplicación de la jerarquía de residuos. Se establecen indicadores cuantitativos por programas y flujos de residuos para su seguimiento y evaluación, mientras que su horizonte temporal se extiende hasta el año 2022.

#### Navarra

*Acuerdo del Gobierno de Navarra, de 14 de diciembre de 2016, por el que se aprueba el Plan de Residuos de Navarra 2017-2027 (BON de 23 de diciembre de 2016)*

Se aprueba un plan integrado que aborda la materia desde los ámbitos de la prevención y de la gestión en aplicación de la normativa europea, la Ley 22/2011, de Residuos, y el Plan Estatal Marco de gestión de residuos. El Plan regional 2017-2027 incorpora una visión a largo plazo de sustitución de una economía lineal por una economía circular y sus principios, en concordancia con la Comunicación de la Comisión Europea para la economía circular de diciembre de 2015. Se consideran esenciales los principios de prevención, jerarquía, proximidad y suficiencia y de responsabilidad del productor; al mismo tiempo que se destaca que la gestión y prevención de los recursos son vitales para la consecución de los objetivos del Acuerdo de París (COP21), los cuales la comunidad autónoma asume plenamente, siendo además integrante de la «red mundial de Regiones implicadas en la lucha contra el cambio climático».

## 2 · JURISPRUDENCIA

#### Aplicación de la «jerarquía de residuos» en las ordenanzas municipales

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de marzo de 2016*

La Sala examina el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación Española de la Recuperación y el Reciclaje contra la Ordenanza Municipal de Limpieza Pública y Gestión de Residuos Municipales de Sevilla, aprobada por el Pleno de este Ayuntamiento el 25 de julio de 2014.

En concreto, se solicita la nulidad de determinados preceptos de dicha Ordenanza, arguyendo la infracción del principio de jerarquía al contrariar la legislación de residuos.

En uno de los preceptos recurridos, el artículo 102, se prevé lo siguiente: «*Lipasam (empresa municipal de limpieza pública se Sevilla) establecerá los sistemas más adecuados para realizar la*

*recogida selectiva de los aceites vegetales usados generados en domicilios particulares así como en comercios, servicios, establecimientos de hostelería o restauración y otros lugares asimilables ya que la producción de aceite vegetal usado en estos establecimientos tienen la consideración de residuos municipales, estando por tanto obligados a participar en el Sistema de Recogida determinado por Lipasam. Queda prohibido verter aceite usado por los desagües».* La parte recurrente sostiene que dicho precepto contraría lo dispuesto en los artículos 12.5.c) y 17.3 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.

El primero de los preceptos —el 12.5.c)— ampara la posibilidad, en lo concerniente a los residuos comerciales no peligrosos y los residuos domésticos generados en las industrias, de que la entidad local pueda imponer su propio sistema de gestión, siempre que lo efectúe de manera motivada y basándose en criterios de mayor eficiencia y eficacia en la gestión de los residuos, incorporando obligatoriamente a los productores de residuos.

La Sala estima el recurso, anulando el artículo 102 en su totalidad, al entender que en la Ordenanza recurrida no se motiva la imposición obligatoria del sistema público de gestión, tal y como así lo imponen los artículos 17.3 y 12.5.c).2.º de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.

#### Responsabilidad civil por suelos contaminados

##### *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 2016*

El TS desestima y estima los recursos de casación interpuestos contra la sentencia de la AP de Huelva, que resolvía el recurso de apelación frente a la sentencia del JPI n.º 5 de Huelva, que condenaba a un grupo de empresas al pago de los daños y perjuicios derivados de la contaminación del suelo de un inmueble adscrito a una actividad minera que fue transmitido sucesivas veces mediante compraventa.

La Sala:

- (i) Considera de aplicación el artículo 27.2 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, a una compraventa de un inmueble que había sido transmitido sucesivamente con anterioridad a su entrada en vigor, el cual establece, en caso de concurrencia de sujetos causantes de la contaminación, la obligación solidaria de realizar las actuaciones necesarias para proceder a la limpieza y recuperación de suelos declarados como contaminados.
- (ii) Razona que el citado artículo debe interpretarse a la luz del criterio teleológico —cuyo espíritu es *quien contamina paga*—, por lo que la obligación de limpieza y recuperación produce efectos inmediatos respecto de la declaración de suelo contaminado realizada durante la vigencia de la norma y no cuando efectivamente se produzca la contaminación.
- (iii) Reconoce al responsable subsidiario de la contaminación —poseedor o, en su caso, propietario de la finca contaminada— el derecho a subrogarse en la posición de la Administración, frente a la cual deben cumplirse las obligaciones de descontaminación, si hubiere satisfecho las operaciones de limpieza y recuperación, en cuyo caso podrá repetir contra quienes sean declarados causantes de la contaminación.
- (iv) Confirma la aplicación del instituto de la responsabilidad extracontractual por analogía del artículo 1908 del CC, al concurrir todos los requisitos, en especial la alteridad del daño, al considerarse al adquirente como un tercero, sin que la responsabilidad se incardine en el ámbito contractual de la compraventa, por no haber recibido la propiedad directamente de las demandadas. Aclara que no es causa de exoneración de la responsabilidad del causante de la contaminación que su actividad estuviera autorizada por la Administración, por lo que la contaminación producida independientemente de la autorización de la actividad debe reputarse como un daño antijurídico.
- (v) Exime al grupo de toda responsabilidad en relación con la obligación de satisfacer los daños y perjuicios derivados de la contaminación, en la consideración de que la misma no sucedió universalmente a la sociedad causante de la contaminación, sino que la sociedad que había adquirido la rama de actividad —y en ella el patrimonio industrial minero en que se encontraba inmersa la finca en cuestión— había sido otra diferente.



**Modificación  
sustancial de una  
autorización  
ambiental integrada**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de julio de 2016*

El tribunal desestima el recurso contencioso-administrativo planteado por una organización ecologista contra las resoluciones administrativas de la Consejería de Fomento y Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León, de 22 de octubre de 2012 y de 17 de febrero de 2015, por las que, respectivamente, se autorizaron una modificación sustancial para la valorización energética de residuos no peligrosos mediante coincineración y el inicio de dicha actividad, en el seno de una fábrica de clínker y cemento (la «Orden de 22 de octubre» y la «Orden de 17 de febrero»).

Debemos destacar que la autorización ambiental integrada («AAI») de la planta, otorgada en 2008, había sido anulada mediante sentencia del propio Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 26 de julio de 2013, confirmada por el Tribunal Supremo. Si bien la parte recurrente entiende que dicha anulación comporta *per se* la anulación de la Orden de 22 de octubre, la Sala considera que la tramitación de la modificación sustancial con arreglo al artículo 10.5 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y control integrados de contaminación, constituye una nueva AAI que sustituye a la originaria de 2008. De esta forma, la ahora impugnada Orden de 22 de octubre debe ser considerada como una nueva AAI que autoriza la actividad de fabricación de cementos, la cual se modifica para añadir la coincineración de residuos a la actividad permitida.

Por otro lado, la Orden de 22 de octubre fija los valores límite de emisión («VLE») de la instalación con arreglo a lo dispuesto en el Anexo II, apartado 1.4 del entonces vigente Real Decreto 653/2003, de 30 de mayo, sobre incineración de residuos, por el cual se permitía autorizar exenciones al cumplimiento de los VLE cuando el COT y el SO<sub>2</sub> no procedieran de la incineración de residuos. Y, efectivamente, en el presente caso los citados compuestos contaminantes procedían de las materias primas utilizadas en el proceso productivo de cementos, pero no de la incineración de residuos.

La desestimación del recurso se basa en este punto en la consideración de las circunstancias atmosféricas del emplazamiento respecto de las cuales, con arreglo a la declaración de impacto ambiental y a la prueba practicada en el procedimiento, se puso de manifiesto una evolución positiva de la calidad del aire, que lleva al Tribunal a acoger las declaraciones de los peritos de las partes demandadas, no desvirtuadas por prueba en contrario.

Tampoco resulta vulnerado, a juicio del tribunal, el principio de jerarquía de residuos recogido en el artículo 8.1 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados, el cual se configura como un objetivo a nivel nacional para determinados residuos, a cuya consecución deben contribuir las Comunidades Autónomas dentro del principio de cooperación. Este principio no puede ser interpretado de forma excluyente, ya que recoge expresamente otros tipos de valorización, incluida la energética.

Finalmente, la Sala considera que no concurre vulneración del trámite de información pública pese a que la recurrente solicitó el traslado de los nuevos informes emitidos en el marco del procedimiento administrativo de modificación sustancial una vez efectuadas las alegaciones correspondientes. El tribunal indica que la demandante no realizó ninguna valoración de ellos en la demanda ni se ha llegado a desvirtuar su contenido.

## MERCANTIL\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

— *Reglamento (UE) 2016/1705 del Banco Central Europeo de 9 de septiembre de 2016 por el que se modifica el Reglamento (CE) 1745/2003 (BCE/2003/9) relativo a la aplicación de las reservas mínimas (BCE/2016/26) (DOUE de 23 de septiembre de 2016)*

— *Reglamento Delegado (UE) 2016/1712 de la Comisión de 7 de junio de 2016 que 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 que especifican el conjunto mínimo de información sobre contratos financieros que debe figurar en los registros detallados y las circunstancias en las que debe imponerse la obligación (DOUE de 24 de septiembre de 2016)*

— *Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1792 del Consejo de 29 de septiembre de 2016 por el que se sustituyen los anexos A, B y C del Reglamento (CE) 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia (DOUE de 11 de octubre de 2016)*

— *Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1801 de la Comisión de 11 de octubre de 2016 por el que se establecen normas técnicas de ejecución relativas a la correspondencia de las evaluaciones crediticias de las agencias externas de calificación crediticia para la titulación de conformidad con el Reglamento (UE) 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 12 de octubre de 2016)*

— *Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1800 de la Comisión de 11 de octubre de 2016 por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con la asignación de las evaluaciones de crédito de las agencias de calificación externas a una escala objetiva de grados de calidad crediticia, de conformidad con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 12 de octubre de 2016)*

— *Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1799 de la Comisión de 7 de octubre de 2016 por el que se establecen normas técnicas de ejecución relativas a la correspondencia de las evaluaciones crediticias de las agencias externas de calificación crediticia para el riesgo de crédito de conformidad con el artículo 136, apartados 1 y 3, del Reglamento (UE) 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 12 de octubre de 2016)*

— *Dictamen del Banco Central Europeo de 12 de septiembre de 2016 sobre una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) 345/2013, sobre los fondos de capital riesgo europeos, y el Reglamento (UE) 346/2013, sobre los fondos de emprendimiento social europeos (DOUE de 26 de octubre de 2016)*

— *Reglamento Delegado (UE) 2016/1904 de la Comisión de 14 de julio de 2016 por el que se completa el Reglamento (UE) 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a la intervención en materia de productos (DOUE de 29 de octubre de 2016)*

— *Decisión (UE) 2016/1974 del Banco Central Europeo de 31 de octubre de 2016 por la que se modifica la Decisión (UE) 2016/810 (BCE/2016/10) sobre la segunda serie de operaciones de financiación a plazo más largo con objetivo específico (BCE/2016/30) (DOUE de 11 de noviembre de 2016)*

---

\* Esta sección de Actualidad Mercantil ha sido elaborada por Javier Tortuero, Clara Muñoz, Leonor de Osmá, César Albiñana, Mafalda Almedia Carvalho, Joana Torres Ereio, Inês Caria Pinto Basto, Joana Mota, Manuel Carvalho, Manuel Barbosa Moura, Maria Francisca Couto y Mariana Barreira, del Grupo de Práctica de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Nueva York, Madrid y Lisboa).

- *Reglamento Delegado (UE) 2016/1969 de la Comisión de 12 de septiembre de 2016 que modifica el Reglamento (CE) 428/2009 del Consejo, por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones, la transferencia, el corretaje y el tránsito de productos de doble uso (DOUE de 15 de noviembre de 2016)*
- *Reglamento Delegado (UE) 2016/2021 de la Comisión de 2 de junio de 2016 por el que se completa el Reglamento (UE) 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los mercados de instrumentos financieros, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre el acceso a índices de referencia (DOUE de 19 de noviembre de 2016)*
- *Reglamento Delegado (UE) 2016/2022 de la Comisión de 14 de julio de 2016 por el que se completa el Reglamento (UE) 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre la información para el registro de empresas de terceros países y sobre el formato de la información que deberá facilitarse a los clientes (DOUE de 19 de noviembre de 2016)*
- *Reglamento Delegado (UE) 2016/2020 de la Comisión de 26 de mayo de 2016 por el que se completa el Reglamento (UE) 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados financieros en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre los criterios dirigidos a determinar si los derivados sujetos a la obligación de compensación deben estar sujetos a la obligación de negociación (DOUE de 19 de noviembre de 2016)*
- *Dictamen del Banco Central Europeo de 12 de octubre de 2016 sobre una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica la Directiva 2009/101/CE (DOUE de 9 de diciembre de 2016)*
- *Reglamento de Ejecución (UE) 2016/2227 de la Comisión de 9 de diciembre 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 los Reglamentos (UE) 575/2013 y (UE) 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 10 de diciembre de 2016)*
- *Decisión (UE) 2016/2232 del Consejo de 6 de diciembre de 2016 relativa a la firma, en nombre de la Unión, y a la aplicación provisional del Acuerdo de Diálogo Político y de Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por un lado, y la República de Cuba, por otro (DOUE de 13 de diciembre de 2016)*
- *Reglamento Delegado (UE) 2016/2251 de la Comisión de 4 de octubre de 2016 por el que se completa el Reglamento (UE) 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones, en lo que atañe a las normas técnicas de regulación sobre las técnicas de reducción del riesgo aplicables a los contratos de derivados extrabursátiles no compensados por una entidad de contrapartida central (DOUE de 15 de diciembre de 2016)*
- *Reglamento (UE) 2016/2340 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2016 por el que se modifica el Reglamento (UE) 1286/2014 sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista empaquetados y los productos de inversión basados en seguros, en lo que respecta a su fecha de aplicación (DOUE de 23 de diciembre de 2016)*
- *Reglamento Delegado (UE) 2017/104 de la Comisión de 19 de octubre de 2016 por el que se modifica el Reglamento Delegado (UE) 148/2013 por el que se completa el Reglamento (UE) 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre los elementos mínimos de los datos que deben notificarse a los registros de operaciones (DOUE de 21 de enero de 2017)*

## [España]

- Mercado de Valores** — Resolución de 23 de septiembre de 2016, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se modifica el anexo I de la Resolución de 16 de noviembre de 2011, por la que se crea y regula el Registro Electrónico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (BOE de 29 de septiembre de 2016)
- Circular 22/2016, de 18 de octubre (Boletín de Cotización de la Bolsa de Madrid de 20 de octubre de 2016), por la que se modifica el modelo de contrato de gestión automática de garantías, con el objetivo de ampliar el servicio de gestión de colateral a las garantías aportadas mediante garantía financiera pignoraticia en una operación financiera entre entidades participantes usuarias del servicio.
- Circular 23/2016, de 18 de octubre (Boletín de Cotización de la Bolsa de Madrid de 20 de octubre de 2016), por la que se modifica la norma 3.ª, apartado 3 de la Circular 4/2010 sobre aperturas de cuentas por IBERCLEAR en otro sistema de depósito centralizado de valores o de compensación y liquidación para incorporar una mención sobre el momento de la efectiva transmisión de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta, y las actuaciones que IBERCLEAR lleva a cabo en el contexto de las transmisiones de valores a través de los enlaces entre depositarios centrales de valores.
- Circular nº 25/2016, de 15 de diciembre (Boletín de Cotización de la Bolsa de Madrid de 23 de diciembre de 2016), que tiene por objeto establecer penalizaciones aplicables a las entidades que no cumplan en tiempo y forma, e incurran en un incumplimiento total o en un cumplimiento defectuoso, de las obligaciones de suministro de datos al Sistema de Información.
- Bancario** — Real Decreto-ley 4/2016, de 2 de diciembre, de medidas urgentes en materia financiera (BOE de 3 de diciembre de 2016)
- Circular 7/2016, de 29 de noviembre, del Banco de España, por la que se desarrollan las especificidades contables que han de aplicar las fundaciones bancarias, y 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 5 de diciembre de 2016)
- Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (BOE de 21 de enero de 2017)
- Seguros** — Resolución de 21 de septiembre de 2016, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las Directrices de la Autoridad Europea de Seguros y Fondos de Pensiones de Jubilación sobre la supervisión de sucursales de empresas de seguros de terceros países (BOE 30 de septiembre de 2016)
- Orden ECC/1591/2016, de 4 de octubre, por la que se aprueban los modelos de información cuantitativa a efectos estadísticos y contables a remitir con periodicidad semestral por los grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras (BOE de 5 de octubre de 2016)
- Resolución de 18 de noviembre de 2016, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las directrices preparatorias de la Autoridad Europea de Seguros y Fondos de Pensiones de Jubilación relativas a los procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos para empresas de seguros y distribuidores de seguros (BOE de 1 de diciembre de 2016)
- Otras Materias** — Resolución de 27 de octubre de 2016, de la Secretaría General Técnica, sobre aplicación del artículo 24.2 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacio-

*nales; por la que se hacen públicas, para conocimiento general, las comunicaciones relativas a tratados internacionales multilaterales en los que España es parte, que se han recibido en el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación desde la publicación anterior hasta el 27 de octubre de 2016 (BOE de 1 de noviembre de 2016)*

— *Real Decreto 602/2016, de 2 de diciembre, por el que se modifican el Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre; el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre; las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas aprobadas por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre; y las Normas de Adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos aprobadas por el Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre (BOE de 17 de diciembre de 2016)*

#### Cataluña

— *Decreto 321/2016, de 22 de noviembre, de obligaciones de información de carácter económico de las mutualidades de previsión social y otras entidades aseguradoras supervisadas por la Generalidad de Cataluña (DOGC de 25 de noviembre de 2016)*

#### Aragón

— *Decreto 150/2016, de 11 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento regulador de los Servicios de Atención a Consumidores y Usuarios, de las Hojas de Reclamaciones y por el que se crea el Distintivo de Calidad de Consumo de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA de 20 de octubre de 2016)*

#### Castilla y León

— *Ley 1/2016, de 13 de octubre, por la que se modifica la Ley 2/2015, de 4 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto del Consumidor de Castilla y León (BOCL de 25 de octubre de 2016)*

### [Portugal]

#### Regime jurídico do reagrupamento de ações

*Decreto-Lei n.º 63-A/2016, de 23 de setembro (DR 184, série I de 2016-09-23)*

O presente Decreto-Lei cria o regime do reagrupamento de ações representativas do capital social das sociedades emittentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado ou em sistema de negociação multilateral, aditando um novo artigo, o artigo 23.º-E, ao Código de Valores Mobiliários («CVM»).

Este novo artigo do CVM estabelece que as sociedades acima referidas podem proceder ao reagrupamento de ações, sem alteração do capital social, mediante a divisão do número de ações por um coeficiente aplicável a todas as ações na mesma proporção, fixado por deliberação da assembleia geral, «de acordo com o princípio de proteção dos investidores.».

Nos termos deste preceito, na sequência de uma operação de reagrupamento de ações, cada acionista fica titular da quantidade de ações correspondente à divisão do número de ações de que seja titular na data em que o reagrupamento produz efeitos pelo referido coeficiente, com arredondamento por defeito para o número inteiro mais próximo, prevendo-se ainda que, em caso de arredondamento, cada acionista tem direito ao recebimento de uma contrapartida em dinheiro pelas ações que não permitam a atribuição de um número inteiro de ação, calculada nos termos do artigo 188.º do CVM, com as necessárias adaptações.

As ações sobrantes após arredondamento devem ser adquiridas pela sociedade, ou ser promovida a sua venda pela mesma, por conta dos respetivos titulares, nos 30 dias subsequentes à data de produção de efeitos do reagrupamento, aplicando-se às ações sobrantes, nesse período, parte do regime das ações próprias (em particular, a suspensão de todos os direitos inerentes às ações, exceto o de o seu titular receber novas ações no caso de aumento de capital por incorporação de reservas). Uma vez decorrido aquele prazo sem que tenha adquirido ou promovido a venda das ações sobrantes, a sociedade torna-se automaticamente titular das mesmas.

Este novo preceito do CVM estabelece também os elementos obrigatórios que deve incluir a deliberação da assembleia geral relativa à alteração dos estatutos da sociedade decorrente do

reagrupamento: (i) o interesse social que determina o reagrupamento; (ii) o coeficiente fixado para efeitos de divisão do número de ações; (iii) o critério de determinação da contrapartida a pagar pelas ações que não permitam a atribuição de um número inteiro de ação; e (iv) a data de produção de efeitos do reagrupamento de ações, ou o modo de fixação da mesma, a qual não pode ser inferior a 15 dias a contar da data da deliberação.

Este diploma entrou em vigor no dia 24 de setembro de 2016.

#### **Deliberações do Conselho de Administração - Impugnação Judicial Direta**

##### *Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de setembro de 2016*

O presente Acórdão analisa a admissibilidade de impugnação judicial direta (isto é, sem necessidade de apreciação prévia pelo conselho de administração ou pela assembleia geral, nos termos previstos no artigo 412.º do Código das Sociedades Comerciais - «CSC») das deliberações do conselho de administração.

Neste caso, uma das acionistas de uma sociedade anónima requereu a declaração de nulidade ou a anulação de uma deliberação de aumento de capital social adotada pelo conselho de administração, ao abrigo da competência que lhe fora delegada pela assembleia geral.

Em primeira instância, a sociedade ré foi absolvida do pedido, tendo o tribunal entendido que as deliberações do conselho de administração são insusceptíveis de impugnação judicial direta, devendo a validade da deliberação em causa ser primeiramente apreciada pelo próprio órgão de administração ou pela assembleia geral, nos termos do disposto no artigo 412.º do CSC.

O TRL julgou procedente o recurso e revogou a decisão impugnada.

Para o efeito, invocou diversos argumentos, em particular, (i) um argumento literal, nos termos do qual a letra do artigo 412.º do CSC não proíbe o recurso direto aos tribunais; (ii) um argumento de constitucionalidade, na medida em que esta interpretação é a única conforme ao direito fundamental de acesso à justiça previsto no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa («CRP»); (iii) um argumento de tutela efetiva, que não se compadece com a demora do mecanismo previsto no artigo 412.º do CSC, concluindo que os dois mecanismos de reação contra deliberações do conselho de administração (o previsto no referido preceito do CSC e o recurso direto aos tribunais) não são incompatíveis, sendo antes cumulativos ou alternativos; (iv) um argumento de não ingerência na vida da sociedade, em que se refuta o entendimento de que admitir o recurso direto aos tribunais significaria uma interferência excessiva na vida da sociedade; e (v) um argumento de igualdade de tratamento: se os terceiros interessados podem, ao abrigo do artigo 286.º do Código Civil, impugnar judicialmente as deliberações do conselho de administração quando estas violem normas imperativas, não se admitiria negar esse mesmo acesso aos acionistas, sob pena de violação do artigo 13.º da CRP.

No entanto, o TRL conclui que, efetivamente, a regra geral é a da não admissibilidade da impugnação judicial direta das deliberações do conselho de administração, sendo necessária uma prévia apreciação por parte da assembleia geral, só desta cabendo ação judicial.

Admite, porém, neste caso concreto (e com base na tese de que só as deliberações da sociedade (correspondentes às deliberações dos sócios) ou que sejam passíveis de ser imputadas à sociedade (correspondentes às deliberações dos outros órgãos sociais, em particular, do órgão de administração no exercício de competência delegada) poderão ser objeto de providência cautelar de suspensão de deliberações sociais), a derrogação dessa mesma regra, e como tal, a possibilidade de recurso direto aos tribunais, por estar em causa uma delegação de competências da assembleia geral no conselho de administração, consubstanciada numa «deliberação susceptível de impedir ou embaraçar o exercício pelos Recorrentes dos direitos inerentes às suas ações».

#### **Procedimento Cautelar - Contrato de Swap**

##### *Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06 de outubro de 2016*

No Acórdão em apreço discute-se a viabilidade de uma providência cautelar interposta por uma sociedade parte de um contrato de swap celebrado com o Banco Espírito Santo («BES») contra o BES e o Novo Banco («NB») no sentido de impedir os requeridos (NB e BES) de (i) comunicar



ao Banco de Portugal («BdP») a mora e/ou o incumprimento do referido contrato de swap por parte da requerente; (ii) acionar judicialmente a requerente para pagamento da dívida resultante do contrato de swap; e de (iii) compensar o direito de crédito de que se arrogavam titulares com eventuais direitos de crédito, atuais ou futuros, de que a requerente seja titular.

Em sede de ação principal, a requerente pediu a resolução do contrato de swap por alteração das circunstâncias ou a declaração de invalidade do mesmo por abuso de direito do BES, com a consequente indemnização ou restituição das quantias entretanto prestadas no âmbito da execução desse contrato.

Por um lado, o TRL, à semelhança do tribunal de primeira instância, julgou extinta a instância, por impossibilidade superveniente da lide, no que concerne ao requerido NB, uma vez que, de acordo com as deliberações do BdP (de 3 de agosto de 2014, 11 de agosto de 2014 e no Anexo 1 da deliberação de 29 de dezembro de 2015), as responsabilidades contratuais e obrigacionais do contrato de swap em causa não haviam sido transmitidas para o NB, permanecendo na esfera do BES.

Por outro lado, o TRL indeferiu igualmente a providência cautelar relativamente ao BES, alegando não existir uma verdadeira conexão entre os direitos invocados pela requerente na ação principal (resolução do contrato de swap ou a declaração de invalidade do mesmo por abuso de direito do BES) e o risco de lesão dos mesmos que se pretendia evitar com o procedimento cautelar, já que os riscos da comunicação da mora/incumprimento ao BdP podendo embora causar outro tipo de lesão de interesses, como cortes na concessão de crédito ou a possibilidade de insolvência da requerente, não afetarão a efetivação dos seus direitos, caso procedam as suas pretensões na ação principal.

Em suma, o TRL julgou o recurso improcedente, confirmando a decisão recorrida.

#### **Extinção da Sociedade na Pendência da Ação - Ónus da Prova**

##### *Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 15 de dezembro de 2016*

O acórdão em apreço surge na sequência da decisão do tribunal de 1.<sup>a</sup> instância de extinguir a instância, por inutilidade superveniente da lide, com fundamento na dissolução e encerramento da liquidação da ré (uma sociedade por quotas) na pendência da ação, discutindo-se neste acórdão, em particular: (i) a nulidade da sentença proferida pelo tribunal de 1.<sup>a</sup> instância, por ter decidido em objeto diverso do pedido e (ii) o mérito dessa decisão, questionando-se se ao invés de ter julgado extinta a instância, o tribunal deveria ter prosseguido os autos, realizando audiência de julgamento e proferindo a respetiva sentença.

Relativamente à primeira questão, o TRE decidiu pela nulidade da decisão do tribunal de 1.<sup>a</sup> instância, mas por violação do princípio do contraditório, visto que o tribunal de 1.<sup>a</sup> instância proferiu a decisão de extinção da instância sem audiência prévia das partes.

De igual forma, e quanto ao mérito da decisão de 1.<sup>a</sup> instância, o TRE discordou da decisão proferida, na medida em que, nos termos do artigo 162.<sup>o</sup> do CSC, a extinção de uma sociedade não produz a extinção da instância nas ações em que a mesma seja parte, considerando-se a sociedade aí substituída pela generalidade dos seus sócios, representados pelos liquidatários, e a instância não se suspende, nem é necessária habilitação.

Por outro lado, o TRE notou que uma vez extinta a sociedade (após o registo do encerramento da liquidação), os antigos sócios respondem pelo passivo social não satisfeito, até ao montante que receberam na partilha de bens da sociedade, tendo feito um esclarecimento essencial: incumbe ao credor (no caso em apreço, a autora), nos termos das regras gerais de ónus da prova, alegar e provar o recebimento de bens pelos sócios da sociedade no âmbito da partilha do seu património (facto constitutivo do direito do credor).

Por último, o TRE refere que, tendo-se verificado a extinção da sociedade na pendência da ação, tal alegação poderia ter sido feita em articulado superveniente até ao encerramento da discussão.

Em suma, o TRE julgou procedente a apelação e, consequentemente, revogou a decisão recorrida, determinando a prossecução dos autos nos termos referidos.



**Guia em Matéria de Cumprimento do Direito da Concorrência no âmbito de Associações de Empresas**

*Publicado no sítio da internet da Autoridade da Concorrência em 8 de novembro de 2016*

A Autoridade da Concorrência publicou um guia destinado a proporcionar esclarecimento e orientação a associações de empresas e respetivas associadas relativamente a comportamentos ou decisões que possam apresentar potenciais riscos concorrenciais, incluindo ainda orientações relativas a boas práticas a adotar no seio de associações.

Embora influenciado pelas Orientações da Comissão Europeia sobre a aplicação do artigo 101.º do TFUE a acordos de cooperação horizontal, o guia utiliza a prática decisória da Autoridade da Concorrência para melhor ilustrar exemplos de práticas de associações que poderão ser consideradas anticoncorrenciais, fornecendo também um elenco de atuações a adotar e a evitar neste contexto.

A este respeito, a Autoridade da Concorrência relembra que as decisões ou recomendações de associações de empresas estão sujeitas a um escrutínio de direito da concorrência, designadamente se propiciarem a coordenação de variáveis comerciais relevantes por parte de empresas concorrentes, não podendo ainda as associações ter funções de facilitação de condutas anticoncorrenciais por parte dos seus associados.

Relembra ainda a Autoridade da Concorrência que o incumprimento do direito da concorrência por parte de associações de empresas ou no âmbito destas poderá determinar a aplicação de coimas que, no caso da associação, não poderá exceder 10% do volume de negócios agregado das empresas associadas.

O Guia encontra-se disponível para consulta em:

[http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas\\_Proibidas/Praticas\\_Restritivas\\_da\\_Concorrenca/Documents/Guia%20para%20Associações%20de%20Empresas.pdf](http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Documents/Guia%20para%20Associações%20de%20Empresas.pdf)

**Deveres de Registo e de Comunicação de Operações em Offshore**

*Aviso do Banco de Portugal n.º 8/2016, de 30 de setembro (DR 189, SÉRIE II, de 30 de setembro de 2016)*

O Aviso do BdP n.º 8/2016, de 30 de setembro («Aviso 8/2016») veio regular, na sequência da alteração ao Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF) preconizada pelo Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro, os deveres de registo e de comunicação das entidades supervisionadas pelo BdP, previstos nos números 3 e 5 do artigo 118.º-A do RGICSF, desta forma revogando a Instrução n.º 8/2010 do BdP, de 16 de agosto de 2010.

Assim, o Aviso 8/2016 veio concretizar os deveres de registo e comunicação a que as instituições sujeitas à supervisão prudencial do BdP e as entidades operadoras que estejam incluídas no perímetro de consolidação financeira daquelas devem obedecer a respeito das operações que envolvam serviços de pagamento prestados que tenham como beneficiária pessoa singular ou coletiva sediada em qualquer ordenamento jurídico *offshore*.

O Aviso do BdP 8/2016 entrou em vigor no dia 1 de dezembro de 2016, tendo o prazo para o primeiro envio de informação ao BdP terminado no dia 31 de janeiro de 2017.

**Governança e Monitorização de Produtos Bancários de Retalho**

*Carta-Circular n.º 69/2016/DES do Banco de Portugal, de 1 de setembro de 2016*

A Carta-Circular n.º 69/2016/DES do BdP, de 1 de setembro de 2016, veio recomendar às instituições de crédito, sociedades financeiras, instituições de pagamento e instituições de moeda eletrónica a observância das «Orientações relativas aos procedimentos de governança e monitorização de produtos bancários de retalho», emitidas pela *European Banking Authority* em março de 2016 (EBA/GL/2015/18), que visam a implementação de procedimentos para a conceção e comercialização de produtos bancários de retalho em que se identifiquem, entre outros, a respetiva estratégia, funções e processos internos associados.

Estas orientações entraram em vigor no dia 3 de janeiro de 2017.

**Misselling de Produtos de Aforro e Investimento**

*Carta-Circular n.º 72/2016/DES do Banco de Portugal, de 12 de setembro de 2016*

A Carta-Circular n.º 72/2016/DES do BdP, de 12 de setembro de 2016, veio enfatizar a necessidade do respeito pelas orientações divulgadas pelo Conselho Nacional de Supervisores Finan-

ceiros relativamente às práticas de *misselling* de produtos de aforro e de investimento, por parte das entidades supervisionadas.

A nível prudencial estas medidas traduzem, no essencial, a concretização de princípios e regras já previstos no enquadramento regulamentar em vigor, em particular no que respeita aos requisitos sobre (i) o ambiente de controlo e cultura de gestão de riscos da instituição; (ii) a atuação dos membros dos órgãos de administração e fiscalização e das funções de controlo na monitorização do sistema de controlo interno; e (iii) a implementação de uma política formal de aprovação de novos produtos abrangente, eficaz e integrada nos processos de gestão de riscos.

#### Plano de Contas para as Empresas de Seguros

*Norma Regulamentar da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões n.º 10/2016-R, de 15 de setembro (DR 186, SÉRIE II, de 27 de setembro de 2016)*

A Norma Regulamentar da ASF n.º 10/2016-R, de 15 de setembro, procedeu à incorporação, no Plano de Contas para as Empresas de Seguros, das regras harmonizadas em matéria de reconhecimento e mensuração das provisões técnicas que servem de base ao regime contabilístico das empresas de seguros relativamente aos passivos resultantes dos contratos de seguros.

A presente norma regulamentar procedeu ainda a atualizações e alterações formais, destacando-se a introdução de disposições relativas ao cálculo da provisão para riscos em curso, a consolidação de conteúdos relacionados dispersos em normas regulamentares e circulares da ASF, e o estabelecimento do princípio de afetação de ativos às provisões técnicas, tendo em conta que a representação das provisões técnicas passa, nos termos do n.º 4 do artigo 333.º do novo regime jurídico de acesso e exercício da atividade seguradora e resseguradora, aprovado pela Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro, a ser efetuada sobre o balanço económico.

#### Mercado de Operações de Intervenção

*Instrução n.º 14/2016 do Banco de Portugal (BO N.º 10, Suplemento, de 26 de outubro de 2016)*

A Instrução n.º 14/2016 do BdP, de 26 de setembro de 2016 («Instrução 14/2016») veio alterar a Instrução n.º 7/2012 do BdP, de 15 de março de 2012 («Instrução 7/2012») que veio estabelecer, temporariamente, os requisitos para os direitos de crédito adicionais no âmbito do Mercado de Operações de Intervenção.

A Instrução 7/2012 foi publicada na sequência da previsão, nos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu, da possibilidade de os bancos centrais da zona euro poderem efetuar operações de crédito com instituições de crédito, mediante a constituição de garantias adequadas. Por seu turno, a Instrução 14/2016 veio ainda alterar o Anexo III da Instrução 7/2012 relativamente aos procedimentos para a utilização de portefólios de direitos de crédito como ativos de garantia nas operações de crédito no Eurosistema.

A Instrução 14/2016 entrou em vigor no dia 31 de outubro de 2016.

#### Implementação da Política Monetária do Eurosistema

*Instrução n.º 15/2016 do Banco de Portugal (BO n.º 10, Suplemento, de 26 de outubro de 2016)*

A Instrução n.º 15/2016 do BdP, de 26 de setembro de 2016 («Instrução 15/2016») veio alterar a Instrução n.º 3/2015 do BdP, de 15 de maio de 2015 («Instrução 3/2015»), devido à implementação de um novo sistema de registo e verificação dos direitos de crédito dados em garantia ao BdP no âmbito das operações de crédito do Eurosistema, denominado «Tratamento de Empréstimos Bancários».

A Instrução 15/2016 promove, por um lado, a atualização de conceitos e expressões do Anexo XIV da Instrução 3/2015, relativo aos procedimentos para a utilização de ativos de garantia nas operações de crédito do Eurosistema, introduzindo também a possibilidade de cobrança de comissões pelo manuseamento de empréstimos bancários que deverão ser divulgadas através de Carta-Circular.

Por outro lado, a Instrução 15/2016 altera ainda a definição de «Instrumento de dívida titularizado» e a redação dos artigos 135.º, 149.º, n.º 1, a), 151.º, n.º 1, c) e 161., n.º 4º, corrigindo e clarificando as redações anteriores e atualizando-as de acordo com a nova terminologia introduzida.

A Instrução 15/2016 entrou em vigor no dia 31 de outubro de 2016.

**Taxas de Supervisão do Mercado de Valores Mobiliários**

*Portaria n.º 342-B/2016, de 29 de dezembro de 2016 (DR 249, SÉRIE I, de 29 de dezembro de 2016)*

A Portaria n.º 342-B/2016, de 29 de dezembro, vem alterar a Portaria n.º 913-I/2003, de 30 de agosto, que consagrou o sistema das taxas de supervisão do mercado de valores mobiliários. Através das alterações introduzidas, foram definidas, em particular, as taxas devidas à Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários pelos seus serviços de supervisão contínua relativos a (i) plataformas de negociação e prestadores de serviços de comunicação de dados de negociação; (ii) sistemas centralizados de valores mobiliários, sistemas de liquidação, câmaras de compensação e contrapartes centrais; e (iii) organismos de investimento coletivo.

**Taxas Máximas Aplicáveis aos Contratos de Crédito aos Consumidores no 1.º Trimestre de 2017**

*Instrução n.º 16/2016 do Banco de Portugal (BO n.º 12, de 15 de dezembro de 2016)*

A Instrução n.º 16/2016 do BdP, de 15 de dezembro («Instrução 16/2016»), veio definir os limites máximos aplicáveis aos contratos de crédito aos consumidores durante o primeiro trimestre de 2017. Assim, aos contratos de crédito pessoal cuja finalidade seja educação, saúde, energias renováveis e locação financeira de equipamentos, aplicar-se-á uma Taxa Anual de Encargos Efetivos Globais (TAEG) máxima de 5,5%. Aos restantes contratos de crédito pessoal aplicar-se-á uma TAEG máxima de 14,3%.

Aos contratos de crédito automóvel aplicar-se-ão quatro valores distintos, nos seguintes termos: (i) nos casos de locação financeira ou aluguer de longa duração de automóveis novos aplicar-se-á uma TAEG máxima de 5,5%; (ii) nos casos de locação financeira ou aluguer de longa duração de automóveis usados aplicar-se-á uma TAEG máxima de 6,9%; (iii) nos casos de crédito automóvel com reserva de propriedade e outros relacionados com automóveis novos aplicar-se-á uma TAEG máxima de 10,2%; e (iv) nos casos de crédito automóvel com reserva de propriedade e outros relacionados com automóveis usados aplicar-se-á uma TAEG máxima de 12,8%.

Por último, às ultrapassagens de crédito aplicar-se-á a Taxa Anual Nominal máxima de 17%.

A Instrução 16/2016 produz efeitos desde o dia 1 de Janeiro de 2017.

**Implementação da Política Monetária do Eurosistema**

*Instrução n.º 18/2016 do Banco de Portugal (BO n.º 12 Suplemento, de 22 de dezembro de 2016)*

A Instrução n.º 18/2016 do BdP, de 22 de dezembro («Instrução 18/2016»), veio alterar a Instrução n.º 3/2015 do BdP, de 15 de maio («Instrução 3/2015»), relativa à implementação da política monetária do Eurosistema no seguimento da publicação das Orientações do Banco Central Europeu números BCE/2016/31 e BCE/2016/32. As alterações incidem, nomeadamente, sobre os critérios de elegibilidade e as medidas de controlo de risco aplicáveis aos instrumentos de dívida sénior, sobre os critérios de elegibilidade aplicáveis aos direitos de crédito, bem como sobre o regime dos ativos de garantia.

**Reporte de Crédito à Habitação**

*Instrução n.º 19/2016 do Banco de Portugal (BO n.º 12 2.º Suplemento, de 23 de dezembro de 2016)*

A Instrução n.º 19/2016 do BdP, de 23 de dezembro («Instrução 19/2016»), vem definir o modelo para comunicação ao BdP de informações relativa às características (i) dos contratos de crédito à habitação e de crédito conexo, (ii) dos respetivos colaterais e rendimentos dos mutuários, (iii) dos reembolsos antecipados, sejam totais ou parciais, e (iv) das renegociações dos contratos de crédito referidos no ponto (i). A comunicação da informação deve ser feita pelas instituições de crédito até ao dia 31 de janeiro do ano subsequente ao período de referência, através do Portal BPnet.

A Instrução 19/2016 produz efeitos desde o dia 24 de dezembro de 2016.

**Sistema Bancário Paralelo ou Shadow Banking**

*Instrução n.º 20/2016 do Banco de Portugal (BO n.º 12 3.º Suplemento, de 26 de dezembro de 2016)*

A Instrução n.º 20/2016 do BdP, de 26 de dezembro («Instrução 20/2016») tem por base as orientações elaboradas pela *European Banking Authority* sobre esta matéria, que visavam estabelecer limites adequados ao risco de crédito perante o conjunto de entidades que compõem o

sistema bancário paralelo. Nessa medida, a Instrução 20/2016 do BdP veio determinar que devem ser estabelecidos processos e mecanismos de controlo interno eficazes que permitam identificar posições em risco sobre entidades do sistema bancário paralelo.

A Instrução 20/2016 produz efeitos desde o dia 1 de janeiro de 2017.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [España]

#### Transformación de una sociedad de responsabilidad limitada en una sociedad anónima

*Resolución de 19 de julio de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 19 de septiembre de 2016)*

Se deniega la inscripción de la transformación de una sociedad de responsabilidad limitada en una sociedad anónima, ya que no se acompaña a la escritura el informe de experto independiente sobre el patrimonio social.

La DGRN sostiene que la importancia del informe de experto independiente en sede de transformación del tipo social reside en la determinación de la suficiencia patrimonial para cubrir la cifra mínima de capital social requerida por ley para el tipo social de que se trate. En este sentido, el artículo 18.3 de la Ley de Modificaciones Estructurales dispone que «*si las normas sobre la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte así lo exigieran, se incorporará a la escritura el informe de expertos independientes sobre el patrimonio social*». Sin embargo, la DGRN plantea la duda, a la vez que la resuelve, de si el informe debe versar sobre el patrimonio total o solo sobre el no dinerario, como se venía entendiendo con anterioridad a la entrada en vigor de la disposición mencionada. De esta forma, concreta que el informe debe versar sobre el patrimonio no dinerario por cuatro razones fundamentales: (i) el mencionado artículo 18.3 se remite al régimen de constitución de la sociedad anónima, de forma que el informe de experto versará sobre las aportaciones no dinerarias; (ii) al remitirse al régimen mencionado, el informe en sede de la Ley de Modificaciones Estructurales no puede ser más amplio que el propio del régimen al que se remite; (iii) la ampliación del objeto del informe no supone ningún valor añadido; y (iv) en línea con la finalidad legislativa de la Unión Europea de simplificación y reducción de los trámites y cargas, se simplificaría la emisión de dicho informe.

Por todo ello, se estima el recurso y se revoca la calificación impugnada.

#### Depósito de cuentas anuales. Nombramiento de auditor

*Resolución de 22 de julio de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 19 de septiembre de 2016)*

Se califica negativamente el depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2014 de una sociedad y se plantean, con ocasión del recurso, dos cuestiones fundamentales: (i) en primer lugar, si existiendo auditor nombrado por el Registro Mercantil en un expediente instado conforme al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital resulta válido el depósito de las cuentas correspondientes al ejercicio que el auditor nombrado debía verificar presentando un informe emitido por un auditor diferente; y (ii) en segundo lugar, si puede procederse al depósito de las cuentas de un ejercicio cuando faltan los depósitos de cuentas de los ejercicios anteriores (en este caso los correspondientes a los ejercicios 2010, 2011, 2012 y 2013).

Con respecto a la primera cuestión, la DGRN considera que si hay un auditor nombrado por el Registro Mercantil a solicitud de la minoría conforme al referido artículo 265.2 será este el que deba presentar el informe de auditoría de las cuentas anuales de la sociedad, (i) salvo que la sociedad haya nombrado voluntariamente a un auditor cuyo cargo esté inscrito con carácter previo a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio solicitando el nombramiento de auditor; y (ii) siempre que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo podrá lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. En caso de que se

cumplan los dos presupuestos anteriores, dicha auditoría voluntaria enervaría el derecho de la minoría, toda vez que lo relevante no es el origen del auditor, sino que efectivamente se auditen las cuentas por un profesional capacitado para ello.

Con respecto a la segunda cuestión, la DGRN entiende que no puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas de una sociedad cuando su hoja registral se encuentra cerrada por falta de depósito de cuentas del ejercicio anterior.

**Escritura de aumento de capital de una sociedad de responsabilidad limitada. Aportación de rama de actividad**

*Resolución de 22 de julio de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 19 de septiembre de 2016)*

Se califica negativamente una escritura de elevación a público de acuerdos sociales adoptados por unanimidad de los socios en junta general universal de una sociedad de responsabilidad limitada por la que se aumenta el capital social mediante la aportación de una rama de actividad. El registrador deniega la inscripción de la escritura por cuanto entiende que no puede calificarse como aumento de capital con aportación no dineraria, ya que la aportación de una unidad económica convierte a la operación en segregación. De esta forma, se estaría evitando los requisitos que se prevén en la Ley de Modificaciones Estructurales, incurriendo en fraude de ley.

La DGRN entiende que la posición de los socios de la sociedad adquirente queda suficientemente garantizada con la aplicación de las normas propias de los aumentos de capital con aportaciones no dinerarias (régimen de responsabilidad del aportante, informe de los administradores, mayorías o quórum cualificados, informe de experto independiente si se trata de una sociedad anónima, etc.). En cambio, en la sociedad aportante la posición de los socios podría quedar comprometida, en caso de que la unidad económica aportada tuviera el carácter de activo esencial, en cuyo caso será necesario el acuerdo de la junta conforme al artículo 160.f) de la Ley de Sociedades de Capital; o incluso, si en atención al volumen y características de la aportación en relación con el patrimonio de la sociedad aportante, pudiera ser considerada como un supuesto de modificación en la estructura patrimonial (tal y como expone el preámbulo de la Ley de Modificaciones Estructurales).

Sin embargo, concluye la DGRN que todo posible perjuicio se disipa desde el momento en que los acuerdos son adoptados en sendas juntas universales con el voto unánime de todos los socios.

Asimismo, la DGRN entiende que la protección de los terceros queda a salvo por la propia índole de la operación, al no haber reducción efectiva de la garantía que para ellos representa la cifra de capital social de ninguna de las sociedades. En relación con los acreedores de la sociedad aportante, por la exigencia prevista en el artículo 1205 del Código Civil (su consentimiento individualizado para que la modificación del sujeto pasivo de la relación jurídica con alcance liberatorio sea eficaz frente a ellos) y dado que no consta dicho consentimiento expreso de los acreedores, debe entenderse que la voluntad de las partes se concreta en atribuir un alcance meramente interno al convenio.

Finalmente, la posición de los trabajadores queda, asimismo, suficientemente garantizada con el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que impone, para todo supuesto de cambio de titularidad de la empresa, la subrogación del nuevo titular en los derechos y obligaciones del anterior, con la obligación de comunicar el cambio de titularidad empresarial a los representantes de los trabajadores.

Por todo ello, se estima el recurso y se revoca la calificación impugnada.

**Suspensión de la inscripción del nombramiento de auditores**

*Resolución de 26 de julio de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 20 de septiembre de 2016)*

Se suspende la inscripción del acuerdo de la junta general de una sociedad celebrada el 10 de diciembre de 2015 por el que se nombra un auditor para los ejercicios 2014, 2015 y 2016. En lo

relativo a los ejercicios 2015 y 2016 no se plantea objeción alguna por parte del registrador, ya que el nombramiento se produce antes de que concluya el ejercicio social correspondiente, pero no así respecto del ejercicio 2014.

El supuesto de hecho objeto de la resolución es el siguiente: (i) el 30 de junio de 2014 la junta general de la sociedad acuerda el nombramiento de un auditor para los ejercicios 2014, 2015 y 2016; (ii) en virtud de certificación de los acuerdos de la junta general expedida el 29 de mayo de 2015 se presenta a inscripción el nombramiento del auditor; (iii) el 17 de junio de 2015 el registrador deniega la inscripción del nombramiento al no constar en la certificación del acta las circunstancias necesarias para calificar la validez de los acuerdos adoptados teniendo en cuenta que la junta no fue universal (*i. e.*, fecha y modo de convocatoria, texto íntegro de la misma, etc.); y (iv) con el objeto de subsanar los requisitos formales de la junta celebrada el 30 de junio de 2014, con fecha 19 de noviembre de 2015 se convoca de nuevo una junta general, que se celebra con carácter de universal el 10 de diciembre de 2015, aprobándose todos los acuerdos del orden del día, incluido el nombramiento de auditor.

Con respecto a la cuestión relativa al ejercicio 2014, la DGRN distingue entre los supuestos en los que el nombramiento de auditores es voluntario y aquellos otros supuestos en los que la sociedad está obligada a verificar sus cuentas anuales, estableciendo que, tratándose de una sociedad que no está obligada a verificar sus cuentas, existe la posibilidad de nombrar auditor aunque haya acabado el ejercicio por auditar. Sin embargo, si se trata de una sociedad que está obligada a verificar sus cuentas anuales, el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital impone la obligación del nombramiento de dicho auditor por la junta general antes del cierre del ejercicio.

Con respecto a la cuestión de la validez de los acuerdos adoptados, la DGRN considera que la aplicación del artículo 204.2 de la Ley de Sociedades de Capital se destina a la ineficacia de acuerdos sociales por defectos formales. Por lo contrario, en el caso de acuerdos sociales ineficaces por defectos materiales, se necesita la alteración de la voluntad, materializada en una nueva decisión asamblearia que prive de vigencia a la anterior, ya sea a través de una retractación pura y simple, ya sea por medio de un acuerdo de contenido objetivamente incompatible.

En este caso, habida cuenta de la existencia de un defecto formal y la sustitución de un acuerdo por otro de idéntico contenido adoptado por unanimidad de los socios, se ha producido la subsanación del primer acuerdo y, por ende, se estima el recurso y se revoca la calificación impugnada.

#### **Denegación de la legalización de los libros de actas y libro registro de acciones nominativas de una sociedad anónima**

*Resolución de 26 de julio de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 20 de septiembre de 2016)*

Se debate si el hecho de que los libros sociales se envíen encriptados o cifrados al Registro constituye un obstáculo a su legalización.

La DGRN afirma que existe la posibilidad de formalizar telemáticamente la legalización de los libros a que está obligada la sociedad (*ex* artículo 18.1 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización) y, en especial, los libros de actas del consejo de administración, en archivo encriptado de forma que su contenido resulte inaccesible al personal del Registro, toda vez que, tal y como se estableció en la Instrucción de 1 de julio de 2015, la opción de encriptado de los ficheros por el sistema de cifrado de clave simétrica era válida si se hacía uso de algoritmos disponibles en el mercado que estuvieran habilitados en la plataforma que tiene al efecto el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

Asimismo, entiende la DGRN que la eliminación de los ficheros temporales presentados a los efectos de su legalización se realiza a instancia del registrador, al tratarse de una competencia inherente a su cargo de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de protección de datos. Adicionalmente, no se puede remitir únicamente la huella digital generada por un archivo sin enviarse éste al Registro por imposición del artículo 18 de la Ley 14/2013. Por tanto, del mismo modo que no cabe la mera remisión telemática de la huella digital generada en el momento de la creación del soporte informático de un libro remitido en abierto, tampoco cabe la mera remi-

sión de la huella digital generada como consecuencia de la utilización de un algoritmo de clave simétrica o de un cifrado de doble clave.

Por todo ello, se estima el recurso y se revoca la calificación impugnada.

#### **Disolución y liquidación de una sociedad de responsabilidad limitada**

*Resolución de 2 de agosto de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 23 de septiembre de 2016)*

Se deniega la inscripción de una escritura en virtud de la cual se elevan a público los acuerdos adoptados por unanimidad en la junta general universal de una sociedad de responsabilidad limitada por los que (i) se acuerda disolver la sociedad, al existir pérdidas que dejan reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social; (ii) se nombra a un liquidador; (iii) se aprueban el balance inicial y el balance final de la liquidación, plenamente coincidentes entre sí, de los que resulta que no existe activo alguno que liquidar; y (iv) se declara liquidada y extinguida la sociedad, con la solicitud de la correspondiente cancelación de su hoja registral. Asimismo, en dicha escritura se hace constar la existencia de un único acreedor y la inadmisión de la demanda de un concurso de acreedores al considerarse requisito imprescindible la existencia de un número de acreedores plural.

El registrador justifica su calificación negativa en que no se ha acreditado la previa satisfacción a los acreedores (*ex* artículo 395 de la Ley de Sociedades de Capital) y en que no resulta de la misma escritura el conocimiento ni la intervención de la persona que va a resultar perjudicada por la extinción de la sociedad con su consecuente cancelación registral.

Por un lado, la DGRN explica que la pluralidad de acreedores es una característica natural no esencial del procedimiento concursal, pero, aun así, si resulta acreditada la inexistencia del haber social, no puede impedirse la cancelación de los asientos registrales, siempre que dicha cancelación no perjudique al acreedor al mantenerse la aptitud de la sociedad para ser titular de derechos y obligaciones en tanto no se hayan agotado todas las resoluciones jurídicas pendientes de ella. En este sentido, aun cancelándose los asientos registrales, si apareciesen bienes sociales no tenidos en cuenta en la liquidación, se satisfaría el crédito del acreedor. Asimismo, entiende la DGRN que la improcedencia de la declaración de concurso no puede condenar a los socios a la subsistencia de la inscripción registral de una sociedad disuelta y con las operaciones de liquidación realizadas, máxime, dado que la Ley de Sociedades de Capital y la Ley Concursal no supeditan la cancelación referida de una sociedad que carezca de activo social a la previa declaración de concurso ni a la intervención del acreedor.

Por todo ello, se estima el recurso y se revoca la calificación.

#### **Inscripción de una escritura de ampliación de capital de una sociedad anónima**

*Resolución de 2 de septiembre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 27 de septiembre de 2016)*

Se deniega la inscripción de una ampliación de capital de una sociedad anónima por los siguientes defectos: (i) la hoja registral de la sociedad estaba cerrada por falta de depósito de las cuentas anuales correspondientes al año 2014; (ii) se consideran vulnerados los artículos 96.2 y 188.2 de la Ley de Sociedades de Capital que consagran el principio de proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto; (iii) se considera vulnerado el artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto que debe expresarse en la convocatoria «*con la debida claridad los extremos que hayan de modificarse*»; y (iv) se consideran vulnerados los artículos 286 de la Ley de Sociedades de Capital y 158 del Reglamento del Registro Mercantil, conforme a los cuales la escritura tiene que contener la transcripción literal de la propuesta de modificación de estatutos (o bien señalar que la propuesta es coincidente con los estatutos aprobados), así como la manifestación que se ha emitido el informe justificativo de la modificación y su fecha.

La DGRN desestima el recurso y confirma la calificación respecto de los defectos primero y segundo señalados. En primer lugar, la DGRN recuerda que, una vez cerrada la hoja registral de una sociedad —por el transcurso de un año desde el cierre del ejercicio sin haber depositado las cuentas—, solamente podrán inscribirse los supuestos contenidos en el artículo 282.2 de la



Ley de Sociedades de Capital. Si se pretende inscribir el referido acuerdo de aumento de capital habría que lograr la reapertura de la hoja registral, cuestión que solo puede producirse en caso de que se aporte certificación expedida por el órgano de administración de la sociedad con firmas legitimadas por notario en la que se acredite la falta de aprobación por parte de la junta de las cuentas anuales, como causa justificativa de la falta de depósito (*ex* artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil).

En relación con el segundo defecto señalado, hay que tener en cuenta que en el caso que nos ocupa, el capital social de la sociedad asciende a 1.364.750,80 euros, dividido en 11.354 acciones de 120,20 euros de valor nominal cada una, existiendo una única serie de acciones y otorgando cada acción, según resulta del artículo 11 de los estatutos sociales, el derecho a un voto. En virtud del acuerdo de ampliación de capital se pretenden emitir 258.100 nuevas acciones de 1 euro de valor nominal cada, creándose por tanto una nueva serie de acciones. Sin embargo, nada se dice sobre el derecho de voto asignado a las nuevas acciones emitidas, lo cual conlleva a aplicar el artículo 11 de los estatutos sociales de la sociedad. Esto supondría el quebrantamiento del artículo 96.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que impide crear acciones que de manera directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de voto.

Por otra parte, la DGRN estima el recurso y revoca la calificación respecto de los defectos tercero y cuarto señalados anteriormente. La DGRN entiende que el derecho de información ha sido configurado por la jurisprudencia como un derecho esencial, instrumental respecto del derecho de voto, imperativo e irrenunciable y que, por ende, los defectos meramente formales pueden dejarse a un lado siempre que por su escasa relevancia no comprometan los derechos individuales del accionista. En este sentido, dado que (i) el anuncio de convocatoria de la junta señala con claridad que la ampliación de capital es por importe de un millón de euros, que se llevará a cabo mediante la emisión de nuevas acciones con cargo a nuevas aportaciones dinerarias siendo posible la suscripción incompleta y que los socios pueden examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y pedir la entrega o el envío gratuito de los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la junta, incluida la modificación estatutaria propuesta y el informe emitido por el órgano de administración justificativo de la misma; y que (ii) han asistido a la junta todos los socios que han deliberado y decidido por mayoría suficiente sobre la propuesta de aumento de capital y modificación estatutaria, que a todos se les ha comunicado el comienzo del plazo y las condiciones para el ejercicio del derecho de suscripción preferente, iguales para todos los socios, la DGRN considera que no se puede magnificar la omisión en el anuncio de convocatoria de cuestiones de detalle que han podido ser y han sido conocidas por todos los accionistas, sin que ningún socio haya formulado objeción al respecto. La DGRN recuerda así la doctrina administrativa que establece que, dados los efectos «devastadores» de la declaración de nulidad de los acuerdos adoptados por la junta, los defectos meramente formales no deben originar dicha nulidad siempre que no se hayan mermado los derechos individuales de los accionistas.

Por las mismas razones (no hay que regirse por un rigorismo formal, sino que hay que analizar desde un punto de vista material si las omisiones formales suponen un perjuicio para los accionistas), la DGRN revoca las calificaciones negativas relativas a la falta de la transcripción literal de la propuesta de modificación de estatutos o la manifestación de que la propuesta es coincidente con lo aprobado.

#### **Nombramiento de liquidadores**

*Resolución de 12 de septiembre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 5 de octubre de 2016)*

En el supuesto de hecho objeto de esta resolución se plantean dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, se cuestiona si, acordada la disolución de una sociedad por la junta general y habiendo ésta dispuesto que el liquidador sería designado por el órgano judicial competente, no se produce la designación por el juez, cabe o no aplicar la conversión automática de los anteriores administradores en liquidadores de acuerdo con lo previsto en el artículo 376 de la Ley de Sociedades de Capital y en los estatutos de la sociedad y, por ende,

si es o no ineludible un nuevo acuerdo de junta sobre la designación de liquidadores. En segundo lugar, se plantea si, una vez inscrito el acuerdo de disolución y habiéndose ejercitado una acción social de responsabilidad respecto de uno de los administradores, existiendo incluso sentencia firme de condena, puede o no reflejarse en la hoja registral de la sociedad, con posterioridad, el cese del administrador afectado como consecuencia del ejercicio de aquella acción.

La DGRN entiende que el artículo 376 de la Ley de Sociedades de Capital preceptúa con claridad que para el nombramiento de liquidadores se estará a lo dispuesto en los estatutos, en su defecto, a lo que disponga la propia junta y, en caso de que esta no se pronuncie sobre el nombramiento del liquidador, quedarán convertidos en liquidadores quienes fueren administradores al tiempo de la disolución. En el supuesto de hecho objeto de la resolución, en la medida en que el juez no designó a ningún liquidador ha de procederse con la conversión automática de los anteriores administradores en liquidadores. En este sentido, esta conversión no exige la aceptación *ad hoc* de los antiguos administradores, ya que se entiende que el consentimiento que prestaron con su nombramiento como administradores sirve a estos efectos. Por ello, el defecto, según dispone la DGRN, ha de ser revocado.

Con respecto a la segunda cuestión, la DGRN sostiene que, a pesar de que no se haya inscrito el cese de un administrador por el ejercicio de la acción social de responsabilidad del artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital, resulta factible inscribir la disolución y posteriormente dicho cese. Es decir, que el hecho de que sí haya accedido al registro la disolución no es óbice para obstaculizar la inscripción posterior del cese. De este modo, afirma la DGRN que serán los administradores anteriores los que detenten el cargo de liquidadores, con la excepción del administrador sobre el que se promovió la acción de responsabilidad, habida cuenta de que su confianza social quebró desde el momento en el que se ejercitó la acción de responsabilidad.

Por todo ello, se estima el recurso y se revoca la nota de calificación.

**Suspensión de una inscripción de una escritura de compraventa con subrogación de hipoteca. Validez de poder otorgado en el extranjero**

*Resolución de 14 de septiembre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 5 de octubre de 2016)*

Se debate la calificación registral de un poder otorgado en el extranjero, ante notario de Liverpool (Inglaterra), que el notario español juzgó suficiente para el otorgamiento de una escritura de compraventa de inmueble, ya que según el registrador «*Además de ignorarse el alcance y contenido de dicho certificado notarial como anteriormente se dijo, tampoco se acredita por medio de un informe de un notario o cónsul español o diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la legislación que es aplicable, que el citado certificado notarial sea un poder a todos los efectos*». Por tanto, se trata de dilucidar si el documento público de apoderamiento otorgado en Inglaterra conforme a sus leyes produce en España el efecto de tipicidad que permita subsumir este en la categoría documento público requerido conforme al Derecho español para la representación en la compra del inmueble.

La DGRN considera que, en aplicación de la legislación española y, en concreto, de los artículos 10 y 11 del Código Civil, es preciso que el documento supere un análisis de idoneidad o de equivalencia relativo a los documentos públicos españoles, requisito sin el cual no puede considerarse apto para modificar el contenido del Registro (*ex* artículo 4 de la Ley Hipotecaria). En este sentido, el documento extranjero solo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento los elementos estructurales que dan fuerza al documento público español, esto es (i) que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública; y (ii) que el autorizante dé fe y garantice la identificación del otorgante, así como su capacidad para el acto o negocio que contenga.

En el presente supuesto, el *Certificate* o *power of attorney* ha quedado apostillado (y por tanto se denota la autenticidad del documento), acreditando que se trata de un documento público y garantizando el nombre y la cualidad del notario actuante.

Con este juicio que emite el notario se cumple lo dispuesto en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario en cuanto a la acreditación del Derecho extranjero en lo relativo a la capacidad

legal del otorgante, pero no respecto de la equivalencia de funciones del funcionario público extranjero y el notario español. En la diligencia emitida por el notario español no se realiza una declaración de equivalencia del documento notarial inglés respecto del documento público a que se refiere el artículo 1280.5 del Código Civil, sino que se limita a expresar que la poderdante tiene aptitud y capacidad legal según su ley personal y que se han cumplido las formalidades del país de origen. En los sistemas notariales anglosajones, el *notary public* no emite juicio de capacidad de los comparecientes y no puede considerarse equivalente; mientras que los *notaries-at-law* o *lawyer notaries* sí pueden considerarse equivalentes.

De este modo, al haberse aportado un certificado notarial expedido por un *notary public* y al no establecerse ni justificarse que la autoridad extranjera haya desarrollado funciones equivalentes a las del notario español en la autorización del documento notarial, se procede a desestimar el recurso y confirmar la calificación del registrador.

**Reapertura de hoja registral cerrada por falta de depósito de cuentas de una sociedad**

*Resolución de 19 de septiembre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 6 de octubre de 2016)*

La cuestión debatida es si, calificado defectuosamente el depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2014 de una sociedad, recurrida dicha calificación y hallándose aún pendiente la resolución del recurso, la hoja de la sociedad se halla o no afectada por el cierre registral del artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil. En el supuesto objeto de la presente resolución, el depósito de las cuentas anuales de la sociedad correspondientes al ejercicio 2014 se realizó el 3 de marzo de 2016, es decir, transcurrido más de un año desde el cierre del ejercicio social en cuestión.

Teniendo en cuenta que en la fecha en la que se emitió la nota de calificación la hoja registral de la sociedad estaba cerrada por haber transcurrido el año previsto en el apartado primero del referido artículo 378, la existencia del recurso contra la calificación que impide el depósito no es motivo válido para la reapertura de la hoja. La DGRN sostiene que la única forma de reabrir la hoja registral consiste en practicar el depósito de las cuentas pendientes o en acreditar la falta de aprobación de estas de acuerdo con el apartado 5 del artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil.

**Inscripción de cláusula estatutaria. Lugar de celebración de la Junta**

*Resolución de 3 de octubre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 18 de octubre de 2016)*

El registrador suspende la inscripción de cláusula estatutaria de una sociedad de responsabilidad limitada por la que se establece que «*las Juntas Generales (...) se celebrarán en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio o, de forma alternativa, en el término municipal de Madrid (...)*». A juicio del registrador, no resulta del todo claro el lugar de celebración de la junta general, de forma que no quedan garantizados los derechos de todos los socios a asistir y votar en ella (de conformidad con el artículo 175 de la Ley de Sociedades de Capital).

La DGRN establece que, a luz del artículo 175 de la Ley de Sociedades de Capital, resulta claro que los estatutos sociales pueden prever un lugar de celebración distinto del término municipal donde la sociedad tiene su domicilio. Sin embargo, de acuerdo con la propia doctrina de la DGRN, dos son las circunstancias que limitan el ámbito de modificación de estas previsiones legales: por un lado, el lugar de celebración de la junta previsto en los estatutos sociales debe estar debidamente determinado y, por otro lado, el lugar debe estar referido a un espacio geográfico determinado por un término municipal o espacio menor como una ciudad o un pueblo.

Toda vez que se cumplen los dos requisitos antedichos, se estima el recurso y se revoca la calificación que se impugna.

**Poder de representación de una sociedad de responsabilidad limitada. Administradores mancomunados**

*Resolución de 18 de octubre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 10 de noviembre de 2016)*

Se pretende la inscripción de la siguiente disposición estatutaria de una sociedad de responsabilidad limitada: «*la sociedad se regirá, a elección de la Junta: (...) d) Por varios administradores mancomunados, con un mínimo de tres y un máximo de siete*». El registrador rechaza la inscripción porque no se determina a quién corresponderá el ejercicio del poder de representación de la sociedad (si a todos los administradores mancomunados que se nombren o si únicamente a algunos de ellos), justificando que no puede dejarse al arbitrio de la junta general el modo de actuar de dichos administradores.

La DGRN recuerda que la Ley de Sociedades de Capital atribuye la facultad de representación a los administradores de una sociedad, pero no necesariamente a todos ellos, pues aparece condicionada a la forma en que se organice la administración y, según cual sea esta, se admite cierta autonomía a la libertad organizadora de los estatutos sociales. En este caso, considera la DGRN que son los estatutos, respetando la exigencia legal mínima de que el poder de representación debe ejercitarse al menos por dos de los administradores, los que no solo pueden, sino que en el supuesto de administración conjunta deben, concretar la forma de su ejercicio.

Asimismo, la DGRN rechaza la interpretación alegada por el recurrente quien entiende que, en este supuesto, el poder de representación se ha conferido a todos los administradores mancomunados que se nombren, argumentando que el legislador ha impuesto de forma necesaria, y no facultativa, que sean los estatutos los que configuren la atribución del poder de representación.

Por ello, se desestima el recurso y se confirma la calificación impugnada.

**Inscripción de una escritura de reducción de capital social de una sociedad de responsabilidad limitada. Operación acordeón**

*Resolución de 26 de octubre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 22 de noviembre de 2016)*

Se deniega la inscripción de una escritura por la que se elevan a público los acuerdos adoptados por la junta general de socios de una sociedad el 28 de diciembre de 2015, consistentes en, entre otras cuestiones, la reducción del capital social a cero euros para compensar pérdidas y la ampliación del capital social en la suma de 29.500 euros mediante la creación de 2.950 nuevas participaciones.

La principal razón en la que se basa el registrador para emitir su calificación negativa es que no constan con la debida claridad en la convocatoria de la junta los extremos de los acuerdos sociales adoptados, ya que en el orden del día únicamente se dice «*Reducción de Capital Social para compensar pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores*» y «*Ampliación de Capital Social según establece la Ley de Sociedades de Capital*».

Con el objetivo de subsanar los defectos señalados, se procedió a convocar una nueva junta general de la cual se levantó acta notarial, presentándose de nuevo a inscripción junto con la escritura de aumento y reducción de capital. Sin embargo, el registrador volvió a calificar defectuosamente la escritura por cuanto consideró que, una vez acordado un aumento de capital en una junta que no ha sido debidamente convocada, no se puede pretender ratificar dicho acuerdo en una junta posterior para que se considere adoptado, con todos los requisitos formales desde aquella primera sesión. El registrador rechaza esa pretendida «ratificación sanatoria», porque a su juicio se trata en realidad de un nuevo acuerdo cuya eficacia se producirá únicamente desde el momento en que es válidamente adoptado.

La DGRN considera, en relación con el primer defecto señalado, que es evidente que el anuncio inicial de convocatoria carece de la debida claridad que le exige la ley por cuanto omite un dato esencial que afecta de forma decisiva a la posición jurídica del socio, como es el hecho de que la reducción de capital fuera a cero. Sin embargo, la DGRN recuerda que, a la luz de la doctrina administrativa que aboga por una mayor flexibilidad cuando los defectos formales no perjudican desde un punto de vista material los derechos del socio, no basta simplemente con realizar esta afirmación sino que hay que examinar si se produce una violación de la situación jurídica de los socios.

En el presente caso, la DGRN considera que, dado que los socios asistieron a la junta general y aprobaron el acuerdo y que del informe del auditor y del informe del administrador queda constancia la situación económica de la sociedad y de la medida de reducción de capital a cero, resultaría desproporcionado considerar inválida la convocatoria y por ende los acuerdos sociales adoptados cuando del expediente resulta que los socios conocieron —o pudieron conocer con antelación suficiente— con exactitud el concreto alcance y efectos de la modificación estatutaria propuesta y de las consecuencias económicas y societarias que de las mismas pudieran resultarle.

Con respecto a los acuerdos adoptados en la junta posterior, entiende la DGRN que, toda vez que la segunda junta general celebrada tiene por finalidad subsanar los defectos formales en los que se incurrió en la primera junta general, resulta válida la sustitución, de forma que se habría producido la subsanación de la primera junta y su eficacia se retrotraería a la fecha de la adopción.

Por todo ello, se estima el recurso interpuesto y se revoca la calificación impugnada.

#### Depósito de cuentas anuales

*Resolución de 2 de noviembre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 23 de noviembre de 2016)*

Se califica negativamente el depósito de cuentas de una sociedad porque la página web de dicha sociedad, en la que se indica que ha sido convocada la junta general que aprobó las cuentas anuales, no aparece creada, inscrita y publicada en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* en los términos establecidos en el artículo 11 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

La DGRN sostiene que la legislación vigente al tiempo de la convocatoria de la junta general cuyo acuerdo sirve de respaldo a la solicitud de depósito de cuentas establece, de forma imperativa, que para que la convocatoria de la junta pueda realizarse mediante la página web de la sociedad esta debe haber sido creada, inscrita y publicada en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* en los términos del artículo 11 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Consecuentemente, al no haberse realizado la convocatoria de la junta general que aprobó las cuentas anuales en la forma determinada legalmente, dicha convocatoria y los acuerdos adoptados por la junta general convocada irregularmente son nulos, de modo que estos no pueden acceder al Registro Mercantil.

#### Inscripción de acuerdos sociales de cese y nombramiento del secretario del Consejo de Administración

*Resolución de 7 de noviembre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 23 de noviembre de 2016)*

Se califica negativamente una escritura de elevación a público de acuerdos sociales relativos al cese del secretario del Consejo de Administración de una sociedad limitada y al nombramiento de un secretario no miembro del Consejo, cuando los estatutos sociales de la sociedad disponen que «una vez designado por la Junta el número de Consejeros éstos elegirán entre ellos los cargos de Presidente y Secretario, pudiendo designar también los de Vicepresidente y Vicesecretario, siendo los restantes Vocales». La calificación negativa se justifica en que el secretario debe ser miembro del Consejo de Administración, toda vez que los estatutos sociales establecen que el nombramiento del secretario y del presidente (así como del vicesecretario y del vicepresidente) debe efectuarse entre los miembros del Consejo.

Los recurrentes alegan que el artículo de los estatutos sociales no exige que el cargo de secretario tenga que recaer necesariamente en un miembro del Consejo de Administración, puesto que no se requiere que el nombramiento tenga que efectuarse «de entre los miembros del consejo», sino «entre los miembros del Consejo», expresión que —a su juicio— debe interpretarse como exigencia de que el secretario se nombre por los miembros del consejo.

La DGRN sostiene que, si bien es cierto que de conformidad con el artículo 109.1 a) del Reglamento del Registro Mercantil se prevé la posibilidad de que el cargo de secretario lo ocupe una persona que no sea consejero, la interpretación de la dicción estatutaria «elegirán entre ellos los cargos de Presidente y Secretario» que ha de emplearse consiste en que al haberse empleado únicamente la preposición «entre» seguida de un pronombre personal en plural («ellos») denota situación dentro del espacio figurado delimitado por las personas designadas.

De este modo, se desestima el recurso y se confirma la calificación impugnada.

### Convocatoria del Consejo de Administración

*Resolución de 14 de noviembre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 30 de noviembre de 2016)*

Se califica de forma negativa la inscripción de una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada cuyos estatutos disponen, respecto de la convocatoria del Consejo de Administración, lo siguiente: «El Consejo se reunirá siempre que lo solicite un Consejero o lo acuerde el Presidente, o quien haga sus veces, a quien corresponde convocarlo. En el caso de que lo solicitara un Consejero, el Presidente no podrá demorar la convocatoria por un plazo superior a quince días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud». La registradora entiende que dicha cláusula no puede ser inscrita, ya que omite el segundo apartado del artículo 246 de la Ley de Sociedades de Capital, que faculta a un tercio de los miembros del consejo a convocar una reunión si, previa petición efectuada al presidente, este no ha atendido dicha petición en el plazo de un mes.

La DGRN sostiene que la regla de atribución de la competencia para convocar el Consejo de Administración de una sociedad de responsabilidad limitada puede ser regulada en los estatutos sociales siempre y cuando estos respeten lo previsto legalmente y contengan, a los efectos del 246.2 de la Ley de Sociedades de Capital, disposiciones sobre competencia más favorables para los miembros del consejo. En este sentido, la DGRN explica que no es necesario reproducir reglas idénticas a las legales cuando se haga constar la remisión a la Ley. En el presente caso, la cláusula estatutaria debatida, en tanto no contiene salvedad alguna, contradice directamente la norma legal de legitimación mínima de determinados administradores para convocar el Consejo de Administración (ex artículo 246.2 Ley de Sociedades de Capital).

Por ello, se desestima el recurso y se confirma la calificación impugnada.

### Inscripción de cláusula estatutaria. Transmisión de participaciones sociales

*Resolución de 15 de noviembre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 2 de diciembre de 2016)*

Se rechaza la inscripción de una cláusula estatutaria de una sociedad de responsabilidad limitada por la que se regula la transmisión voluntaria de participaciones sociales por acto *inter vivos*, a título oneroso o gratuito, de forma que serán los demás socios y, en su defecto, la sociedad, los que podrán ejercitar un derecho de adquisición preferente con la siguiente regla: «g) El derecho de adquisición preferente se ejercerá por el valor razonable de las participaciones de cuya transmisión se trate, que será el menor de los dos siguientes: el precio comunicado a la sociedad por el socio transmitente, o el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta. En los casos en que la transmisión proyectada fuera a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, el valor razonable coincidirá con el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta».

El registrador justifica su calificación negativa porque considera que la determinación del valor razonable de las participaciones sociales por el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta puede vulnerar el derecho del socio transmitente a obtener el valor razonable de sus participaciones apreciado el día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir.

La DGRN sostiene que, a pesar de que el artículo 188 del Reglamento del Registro Mercantil no recoja una prohibición similar para las participaciones sociales a la prevista para las acciones en el artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil, debe respetarse el «principio de responder o buscar el valor real o el «valor razonable»». En este sentido, la DGRN entiende que la validez de una cláusula estatutaria de tal naturaleza se predica respecto del grado de intransmisibilidad que genere con respecto a la participación de que se trate.

Por todo ello, concluye la DGRN que la cláusula controvertida no puede reputarse como prohibición indirecta de disponer, pues no impide *ex ante* y objetivamente obtener el valor razonable, o un valor que será más o menos próximo a aquel según las circunstancias y los resultados de la sociedad, ni se considera que tenga carácter expropiatorio o leonino para el socio transmitente. No conforme con lo anterior, si aun cuando en el momento de realizar la transmisión, el valor contable fuera inferior al valor razonable, tampoco podría afirmarse que comporte enriqueci-

miento injusto o sin causa en favor de los restantes socios o de la sociedad, en tanto que responde a lo pactado y aceptado previamente por todos los socios, toda vez que se acordó por unanimidad en junta universal.

Sin embargo, habida cuenta de que la cláusula controvertida atribuye el derecho de adquisición preferente en igual medida a la sociedad, han de rechazarse todos aquellos sistemas de tasación que no respondan de modo patente e inequívoco a las exigencias legales de imparcialidad y objetividad; máxime dado que en el presente caso no se garantiza el cumplimiento de tales exigencias si el derecho de adquisición referido es ejercitado por la sociedad, ya que el valor contable depende del balance aprobado por la junta general. Aun con ello, en la medida en que tal objeción no se hizo constar en la calificación impugnada (*ex* artículo 326 de la Ley Hipotecaria) y de acuerdo con todo lo dispuesto anteriormente, se estimó el recurso y se revocó la calificación impugnada.

**Inscripción de una  
reducción del capital  
social de una sociedad  
de responsabilidad  
limitada aprobada en  
Junta universal**

*Resolución de 12 de diciembre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 5 de enero de 2017)*

Se deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos adoptados por la Junta universal de una sociedad limitada en virtud de los cuales se reduce el capital social de la sociedad con devolución de aportaciones y amortización de determinadas participaciones sociales. La calificación negativa del registrador se basa en las siguientes razones: (i) el acta no aparece firmada por uno de los tres administradores mancomunados del patrimonio hereditario de uno de los socios (ya fallecido); y (ii) las participaciones sociales amortizadas y sus titulares no se identifican correctamente tal y como establecen los artículos 201 y 202 del Reglamento del Registro Mercantil.

La DGRN considera que se cumplen los requisitos previstos en el artículo 178 de la Ley de Sociedades de Capital para la válida celebración de Junta general universal, ya que está presente o representado la totalidad del capital social y los asistentes han aprobado por unanimidad la celebración de la Junta y el orden del día. Por su parte, recuerda que para que los acuerdos adoptados en dicha Junta sean inscribibles en el Registro, la certificación de los acuerdos debe cumplir con lo establecido en los artículos 97 y 112 del Reglamento del Registro Mercantil, entre los que se encuentra la preceptiva firma del acta por todos los asistentes.

Sin embargo, entiende la DGRN que la falta de firma del acta no constituye un defecto que impida la inscripción, y ello porque la exigencia reglamentaria de la firma del acta ha sido notablemente flexibilizada por la jurisprudencia. En este sentido, la doctrina de la propia DGRN establece que la validez y regularidad de los acuerdos adoptados en Junta universal no queda comprometida, ni queda excluida la posibilidad de expedir certificaciones de su contenido, por la falta de firma de todos los asistentes y, además, la efectiva constancia u omisión de las firmas requeridas no ha de recogerse en la certificación que sirve de base a la elevación a público de los acuerdos sociales. De este modo, entiende que el defecto no puede ser mantenido.

Con respecto al segundo defecto alegado por el registrador, la DGRN sostiene que efectivamente no se han identificado correctamente las participaciones sociales amortizadas y la identidad de los socios. En relación con las primeras, debería haberse procedido a amortizar el número de participaciones que sea titular cada uno de los socios de forma proporcional a la reducción pretendida y no sobre el total de participaciones sociales en que se divide el capital social, para después eliminar la numeración correlativa de las participaciones que se pretenden amortizar. Por su parte, en la escritura aparece únicamente el nombre y los dos apellidos de los socios a quienes se restituye el valor de algunas de sus participaciones, así como el número de documento nacional de identidad de tres de tales socios, pero no de los restantes, ni los demás datos a los que se refiere el artículo 38 del Reglamento del Registro Mercantil.

Por todo ello, se estima parcialmente el recurso, respecto del primer defecto y se confirma, en todo lo demás, la calificación impugnada.



**Inscripción de una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada**

*Resolución de 19 de diciembre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 9 de enero de 2017)*

Se deniega la inscripción de la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada cuyo capital social asciende a 30.000 euros, constituido mediante aportaciones dinerarias de uno de los socios fundadores y aportaciones dinerarias y no dinerarias del otro socio fundador. Este último socio aporta *in natura* varias aves por un valor global de 28.000 euros, expresándose en su descripción la numeración de sus anillos identificadores y el valor de cada una de ellas, así como 1.990 euros, adjudicándosele 29.990 participaciones, distinguidas con los números 1 a 29.990, por su valor nominal. Al primer socio se le adjudican las restantes participaciones, «*las distinguidas con los números veintinueve mil novecientos noventa y uno al treinta mil (29.901/30.000), ambos inclusive, por su valor nominal de diez (10) euros, con la aportación dineraria de 10 euros*», tal y como se establece en la escritura pública.

Los defectos señalados por el registrador son los siguientes: (i) no se determinan las participaciones sociales adjudicadas al socio por cada una de las aves aportadas y por el dinero aportado; (ii) la numeración en guarismos de las participaciones adjudicadas al socio que realiza únicamente las aportaciones dinerarias es incorrecta; y (iii) no se acredita el depósito a nombre de la sociedad de las aportaciones dinerarias.

La DGRN confirma el primer defecto señalado por el registrador, ya que se han realizado aportaciones dinerarias y no dinerarias y no se han identificado las participaciones que se adjudican en virtud de cada una de las aportaciones. A pesar de que la aportación de las aves se considere de manera global, se ha de individualizar las participaciones que se adjudican en contraprestación de acuerdo con lo establecido en el artículo 73 de la Ley de Sociedades de Capital. En definitiva, se trata del régimen de responsabilidad por la realidad y la valoración de los bienes aportados y de cumplir con el artículo 190 del Reglamento del Registro Mercantil, que exige la especificación de la numeración de las participaciones asignadas en pago.

Con respecto al segundo defecto señalado, la DGRN sostiene que, a pesar de que efectivamente no sea correcta la numeración en guarismos de las participaciones adjudicadas al socio que realiza las aportaciones dinerarias, no puede provocar el rechazo de la inscripción de la citada escritura, habida cuenta de la claridad que se deduce del contenido y finalidad de la cláusula controvertido en su conjunto. De este modo, se entiende la primacía de la letra sobre el número, ya que, asimismo, las discordancias derivadas de errores que son fácilmente apreciables no deberían de ser objeto de recurso.

Finalmente, con respecto al tercer y último defecto, la DGRN establece que, si bien suscita dudas la certificación bancaria acerca de la acreditación de las aportaciones dinerarias, no se puede considerar defecto dado que en la misma certificación se hace constar su expedición «*a efectos de lo dispuesto en el artículo 62 del R.D. Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y en el artículo 189 del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por R.D. 1784/1996, de 19 de julio*», de forma que se entiende cumplido el requisito previsto en el artículo 62 de la Ley de Sociedades de Capital.

**Depósito de cuentas anuales**

*Resolución de 21 de diciembre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 10 de enero de 2017)*

Se suspende el depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2015 de una sociedad limitada y se presenta un recurso con el objeto de dilucidar si pueden presentarse a inscripción las cuentas anuales de una sociedad no obligada a verificación contable, pero que designó voluntariamente un auditor para tres ejercicios, constanding dicha designación inscrita en el Registro Mercantil, cuando las cuentas no vienen acompañadas del informe del auditor designado.

El registrador sostiene que el depósito no es posible si no viene acompañado del citado informe de verificación, mientras que el recurrente sostiene lo contrario basándose en que el nombramiento del auditor no se hizo por la junta general, sino por un administrador solidario.

La DGRN concluye, haciendo referencia a la doctrina administrativa establecida y a la disposición legal expresa introducida por la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en el

artículo 279.1 de la Ley de Sociedades de Capital, que, habiendo nombrado la sociedad a un auditor de cuentas de forma voluntaria (bien a instancia de la minoría, bien por el órgano de administración) y estando dicho nombramiento inscrito en el Registro Mercantil, la presentación a depósito de las cuentas anuales sin el correspondiente informe de auditoría no es válida.

En consecuencia, la DGRN desestima el recurso y confirma la nota de calificación del registrador.

### [Portugal]

**Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão mantém a Decisão da Autoridade da Concorrência que sancionou a Peugeot Portugal por prestação de informação incompleta**

*Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 14 outubro de 2016 (Processo n.º 273/15.4YUSTR)*

O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão foi chamado a apreciar a questão na sequência de um recurso de anulação interposto pela Peugeot Portugal Automóveis, S.A. («Peugeot») relativamente a uma decisão da Autoridade da Concorrência que tinha aplicado a esta empresa, em junho de 2015, uma coima no valor de 150 mil euros por prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas (esta foi a primeira vez que a Autoridade da Concorrência aplicou uma coima com este fundamento).

Em concreto, nos termos da referida decisão a AdC entendeu que, na resposta a um pedido de informação da AdC no âmbito de um processo de contraordenação, a Peugeot omitiu deliberadamente parte da documentação solicitada. Foi apenas ao consultar, por sua iniciativa, a página oficial da Peugeot na Internet, que a AdC verificou a existência de um documento que não tinha sido remetido em resposta ao pedido de elementos, embora configurasse um dos documentos solicitados e estivesse, à data, disponível na esfera da Peugeot.

A decisão da Autoridade da Concorrência foi confirmada pelo Tribunal, que considerou que «condutas como a levada a cabo pela arguida recorrente põem clamorosamente em causa a atividade sancionatória e investigatória da autoridade» e «colocam em crise a regulação do mercado».

**Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão indefere recurso interposto pelo Grupo Arriva e pelo Grupo Barraqueiro**

*Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 28 outubro de 2016 (Processo n.º 223/06.9TYLSB)*

A decisão judicial em causa surge na sequência de um recurso interposto pelo grupo Arriva e pelo grupo Barraqueiro junto do Tribunal do Comércio (o tribunal anteriormente competente para apreciar os recursos de decisões da Autoridade da Concorrência), no sentido da anulação da decisão da Autoridade da Concorrência que proibiu, em 2005, a operação de concentração que correspondia à aquisição do controlo conjunto da empresa Arriva Transportes da Margem Sul, pelo grupo Barraqueiro e pelo grupo Arriva.

O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, o tribunal competente no âmbito da Lei da Concorrência atualmente vigente, não pôs em causa o entendimento da Autoridade da Concorrência no sentido de que a operação de concentração seria suscetível de criar uma posição dominante da qual poderiam resultar entraves significativos à concorrência no mercado do transporte público rodoviário e ferroviário, compreendendo todos os percursos realizados no eixo Lisboa/Setúbal, via travessia Ponte 25 de Abril. Para além disso, o Tribunal considerou também não ter ficado demonstrado que os compromissos propostos pelas notificantes afastavam as preocupações concorrenciais resultantes da operação.

A sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão ainda é passível de recurso para o Tribunal da Relação.

## PROCESAL CIVIL\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

#### Cláusulas Suelo

*Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (BOE de 21 de enero de 2017)*

Durante los últimos años ha proliferado extraordinariamente la litigiosidad entre los consumidores y las entidades financieras en relación con la inclusión en los préstamos hipotecarios de cláusulas que impiden la bajada de los intereses aplicables al consumidor por debajo de determinados umbrales (*cláusulas suelo*).

En el marco de esta litigiosidad, el Tribunal Supremo dictó la célebre sentencia de 9 de mayo de 2013. En ella, si bien se declaraba la nulidad de esas cláusulas, se optó por acotar los efectos de esa nulidad. Así, la doctrina del Tribunal Supremo no había de afectar ni a las cláusulas que hubieran sido ya enjuiciadas y sobre las que hubiese recaído una sentencia firme ni tampoco a aquellas cantidades satisfechas por los consumidores antes del 9 de mayo de 2013.

Esta interpretación *sui generis* de los efectos de la nulidad fue, sin embargo, rechazada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, la reciente sentencia de 21 de diciembre de 2016 ha establecido que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en sus justos términos y no de un modo limitado, como lo hizo el Tribunal Supremo. Por este motivo, el Tribunal de Justicia entendió que la nulidad de la cláusula debía operar de tal modo que se permitiera al consumidor volver a la situación de hecho y de derecho previa a la inclusión de la cláusula suelo, sin que por lo tanto puedan limitarse los efectos de la retroactividad de la declaración de nulidad.

En ese contexto, y precisamente porque son muchos los consumidores afectados por la decisión del Tribunal de Justicia, el Gobierno ha aprobado con carácter de urgencia un Real Decreto-ley llamado a regular un mecanismo de devolución rápida y ágil de las cantidades adeudadas por las entidades financieras a los consumidores. Y todo ello con un doble objetivo: por un lado, garantizar la máxima protección a los usuarios de servicios bancarios y, por otro lado, impedir que la doctrina del Tribunal de Justicia genere un aluvión de demandas que termine colapsando al sistema de Administración de Justicia y disparar sus costes.

A tal efecto, lo que el Real Decreto-ley prevé es la articulación de un sistema de reclamaciones, voluntario y extraprocesal, que permita a los consumidores exigir a las entidades financieras una devolución ágil y gratuita de las cantidades indebidamente cobradas por las entidades financieras a raíz de la aplicación de las cláusulas suelo. En particular, se obliga a la banca a crear en el plazo de un mes un departamento o servicio de reclamaciones especializado en la gestión de estas solicitudes y a publicitar en su red comercial la existencia de este mecanismo de recuperación de cantidades.

En concreto, el propio Real Decreto establece cuál debe ser el *iter* que debe seguir la reclamación, que deberá ser el siguiente:

---

\* 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 Aranguez, José Espinosa Mora, Guillermo García Berdejo, David García Martín, Tomás García Mico, Mandy Goyos Ball, Adrian Jareño Torrente, Tatiana Llorente de María, Ángela Olalla Domínguez, Efrén Pérez Borges, Álvaro Rifá Brun, Nuria Rodríguez, Laura Salas Gómez, Javier Sánchez-Lozano Velasco, Gerard Sartorio, Alba Solano Avelino, Gonzalo Urcelay Delgado, Jorge Viñuelas González y Xuan Wu Zhuo, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

### (i) Reclamación por parte del cliente

Los consumidores que entiendan que su contrato de préstamo hipotecario contiene una cláusula suelo y que deseen recuperar las cantidades indebidamente cobradas deberán presentar ante su entidad financiera una solicitud formal y por escrito ejercitando su derecho al reembolso de las cantidades indebidamente cobradas.

### (ii) Respuesta de la entidad financiera

Tras recibir la reclamación, la entidad estará obligada a atenderla. En esencia, se considera que pueden existir dos tipos de respuesta.

— Si la entidad considerase que no existe cantidad alguna que devolver, así lo manifestará y razonará por escrito, lo que supondrá la conclusión del mecanismo extraprocetal de recuperación de cantidades previsto por el Real Decreto.

— En caso contrario, la entidad financiera quedará obligada a enviar al consumidor una propuesta de liquidación de las cantidades objeto de devolución, propuesta que incluirá tanto las cantidades cobradas indebidamente como los intereses que se hayan devengado a favor del consumidor.

### (iii) Resolución del expediente

A su vez, el consumidor también puede optar entre dos tipos de respuesta:

— Si el consumidor manifestase su conformidad con la propuesta de la entidad financiera, ésta deberá abonarle las cantidades indicadas en la liquidación en un plazo máximo de tres meses desde la presentación de la reclamación.

— De lo contrario —es decir, si la entidad rechaza la solicitud del consumidor, si transcurren tres meses desde la incoación del expediente y la entidad financiera no ha dado respuesta, si el consumidor rechaza la propuesta de liquidación o si habiéndola aceptado la entidad financiera no atiende a su obligación de pago—, quedará expedita la vía judicial para la reclamación de estas cantidades.

A los efectos de promover el empleo de este mecanismo extraprocetal de resolución de conflictos, el Gobierno ha introducido medidas que desincentivan la vía judicial. Por lo que se refiere a los procedimientos judiciales en curso sobre los que no haya recaído todavía sentencia, el Real Decreto facilita que las partes, conjuntamente y de común acuerdo, puedan solicitar al juez la suspensión del procedimiento judicial para someterse al mecanismo extraprocetal. En relación con los nuevos procedimientos judiciales, se introducen unas reglas específicas en materia de costas judiciales, a los efectos de que el justiciable que opte por acudir directamente a la vía judicial se vea penalizado con una menor expectativa de recuperación de las costas.

## 2 · JURISPRUDENCIA

**Consumo. Requisitos de aplicación del Real Decreto Ley 6/2012, de medidas urgentes de protección a deudores hipotecarios sin recursos**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de enero de 2017*

El Tribunal Supremo desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén y concluye que no resulta aplicable el Real Decreto Ley 6/2012 al caso enjuiciado.

La Sala Primera —confirmando el criterio de los tribunales de instancia— sostiene que no resulta de aplicación el referido Real Decreto en tanto que consta acreditado que la finalidad de los contratos de préstamo impugnados no fue la adquisición de la vivienda habitual (como alegaban los prestatarios), sino la financiación de una actividad empresarial. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal Supremo concluye que la inaplicación del Real Decreto Ley 6/2012 es clara, tanto por la finalidad de la propia norma (recogida en el Preámbulo) como por su artículo tercero, que exige, como requisito necesario, que el préstamo garantizado con hipoteca recaiga sobre la única vivienda propiedad del deudor y sea «concedido para la adquisición de la misma».

**Consumo. El alcance de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de inversiones financieras también conlleva el abono de intereses por los cupones percibidos**

*Sentencias 625/2016 y 716/2016 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 24 de octubre y 30 de noviembre de 2016*

La Sala reitera su criterio en materia de inversión financiera y confirma que los efectos de la nulidad alcanzan a ambas partes, comercializadora y adquirentes en los casos comentados, ambos relativos a inversiones en participaciones preferentes.

En consecuencia, los efectos de la nulidad para la entidad comercializadora deben ser la restitución por la entidad comercializadora del importe de la inversión efectuada por los adquirentes, más el interés devengado desde que se hicieron los pagos, mientras que para los compradores implica la devolución de los rendimientos percibidos más los intereses desde la fecha de cada abono.

Ello porque el Alto Tribunal considera que los intereses constituyen en estos casos los frutos o rendimientos de un capital, a los que, por virtud de la presunción de productividad de este, tiene derecho el acreedor en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y la interdicción del enriquecimiento sin causa.

**Consumo. El Juzgado núm. 10 de lo Mercantil de Barcelona declara nulas las cláusulas de un préstamo hipotecario firmado con un consumidor en las que se constituyen fiadores solidarios y se recoge la responsabilidad patrimonial universal del deudor**

*Sentencia 732/2015 del Juzgado de lo Mercantil 10 de Barcelona, de 7 de diciembre de 2016*

El Juzgado de lo Mercantil estima íntegramente la demanda interpuesta por un consumidor frente a una entidad financiera en la que se solicitaba la nulidad de determinadas cláusulas presentes en la escritura de préstamo hipotecario firmado entre las partes. En concreto, se declara la nulidad de las siguientes cláusulas:

(i) «*Garantía Adicional. Con independencia de la hipoteca establecida en la cláusula correspondiente de la presente escritura y demás garantías personales o reales que se hayan podido pactar en el presente contrato, se garantiza especialmente el cumplimiento de las obligaciones dimanadas del mismo, solidariamente con el deudor principal y con las consiguientes renunciaciones a los beneficios legales de orden, excusión y división, por D. (...) y D. (...), los cuales se constituyen en fiadores solidarios de la presente operación*».

(ii) «*Sin perjuicio de la responsabilidad personal solidaria e ilimitada de la parte prestataria en garantía de la obligación principal de la amortización del préstamo que se formaliza en la presente escritura (...)*».

En primer lugar, el Juzgado de lo Mercantil considera que ambas cláusulas son condiciones generales de la contratación en la medida en que considera probado que (i) el contrato al que se incorporaron estaba celebrado entre un profesional y dos adherentes; (ii) su contenido se encontraba preredactado sin que fuese objeto de negociación entre las partes; (iii) fueron impuestas por la entidad financiera; y (iv) también fueron incorporadas a multitud de contratos celebrados por la entidad con otros clientes.

En segundo lugar, el Juzgado de lo Mercantil efectúa el doble control de incorporación y de claridad o comprensibilidad de ambas condiciones generales de la contratación.

En cuanto al control de incorporación, entiende que ambas han sido válidamente incluidas en el contrato de préstamo hipotecario.

Sin embargo, en cuanto al control de claridad o comprensibilidad, el Juzgado entiende que las cláusulas no lo superan porque (i) no se facilitó información a los clientes sobre el sentido jurídico y económico de las referidas cláusulas (máxime cuando los fiadores renunciaban a los beneficios legales de orden, excusión y división y se establecían tres garantías distintas del préstamo); (ii) no existen simulaciones de escenarios posibles de evolución del contrato; (iii) no hay información sobre la incidencia económica de la evolución del valor de la finca hipotecada; y (iv) se encuentran las cláusulas insertas entre «*una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas*».

Con base en este último control no superado, el Juzgado de lo Mercantil declara la nulidad de ambas cláusulas sin especificar las consecuencias jurídicas concretas de su nulidad, sobre todo en lo que respecta a la nulidad de la cláusula sobre la responsabilidad patrimonial universal.

**Consumo. El Juzgado declara que la cláusula inserta en un contrato de préstamo hipotecario en virtud de la cual se establece el denominado IRPH como índice de referencia en cuanto al tipo de interés aplicable no es abusiva**

*Sentencia 586/2016 del Juzgado de lo Mercantil 1 de Córdoba, de 9 de noviembre de 2016*

La parte actora solicitó que se declarase nula por abusiva la cláusula que fijaba el interés remuneratorio de su préstamo hipotecario por referencia al índice IRPH, alegando que se trataría de un índice manipulable por las entidades financieras y de cuyo funcionamiento no se le había informado. Subsidiariamente, solicitó que dicho índice fuese sustituido por el euríbor.

El Juzgado rechazó la petición, tras considerar que (i) no cabe el control del contenido respecto de una cláusula esencial del contrato, como es la que regula su precio, y (ii) la cláusula objeto de análisis supera el control de transparencia en su doble filtro de incorporación y claridad o comprensibilidad. Y ello porque la cláusula debe entenderse correctamente integrada en el contrato por el mero hecho de que en él se informa claramente de cuál es el tipo de interés aplicable, mientras que, en cuanto a la transparencia real o comprensibilidad, si bien es cierto que no existe prueba alguna de que la entidad financiera facilitase información suficiente sobre cómo se calcula dicho tipo de interés, no es menos cierto que se trata de un índice que está regulado legalmente y a cuya fórmula de cálculo, por ende, se puede acceder con facilidad.

A mayor abundamiento, la sentencia reprocha a la parte actora que funde la abusividad alegada en el supuesto carácter manipulable del índice IRPH y, en cambio, solicite que con carácter subsidiario se aplique el euríbor —índice cuya manipulación por parte de ciertas entidades financieras ha sido sancionado por la Comisión Europea—. Resulta patente, por tanto, que la finalidad perseguida por la parte actora es buscar su propio beneficio económico mediante la aplicación de un índice que resulta ser más favorable a sus intereses, pero no porque considere que el índice previsto en el contrato sea abusivo. Además, considera el Juzgado que lo que acreditan los hechos expuesto es la comprensibilidad real de la cláusula para la actora, puesto que igual de complicado o de sencillo es la forma de determinación del euríbor que la del IRPH.

En cualquier caso, recuerda el juzgador que la jurisprudencia comunitaria no permite a los jueces nacionales integrar el contenido de las cláusulas que declaren nulas por abusivas. De ahí que, en caso de anularse la referencia al IRPH, la consecuencia última sería desfavorable para la parte actora, puesto que si se elimina un elemento esencial del contrato —como sin duda lo es aquel que regula el precio— este perdería por completo su finalidad para una de las partes —la entidad financiera—, debiendo resolverse el préstamo hipotecario con la con siguiente obligación para la parte actora de devolver el íntegramente importe prestado de inmediato.

**Consumo. El Juzgado toma como *dies a quo* de la caducidad de una acción de anulabilidad la constatación de fluctuaciones en el contravalor en euros de las cuotas de una hipoteca multdivisa**

*Sentencia 406/2016 del Juzgado de Primera Instancia 60 de Madrid, de 20 de septiembre de 2016*

La sentencia resuelve sobre una demanda interpuesta por el prestatario de una «hipoteca multdivisa», en la que se ejercitaba una acción de nulidad por vulneración de la normativa Mifid y una acción de anulabilidad por la concurrencia de error.

El Juzgado adopta la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de diciembre de 2015, conforme a la cual los préstamos multdivisa no son un instrumento financiero derivado y, por lo tanto, no son objeto de aplicación de la normativa Mifid en contraposición al criterio de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015.

Asimismo, resulta destacable que el Juzgado aprecia la caducidad excepcionada en la contestación a la demanda en aplicación de la doctrina sentada por la sentencia del alto Tribunal de 12 de enero de 2015. A este respecto, el Juzgado considera que: «de la mera comparación de ambas cuotas se puede ver que aunque la cantidad en yenes a amortizar y el tipo de interés sea menor en el segundo caso, el contravalor en euros es mayor. La explicación es que el cambio del yen varió respecto al euro apreciándose. (...) La citada comparación pone de manifiesto que por lo menos desde 13 de diciembre del 2010 la parte actora tenía conocimiento de la incidencia negativa que podía tener la cotización de la divisa en su préstamo». En consecuencia, desde dicha fecha el prestatario debió salir del error alegado en sede judicial y se inició por tanto el *dies a quo* para el cómputo de la caducidad, transcurrido holgadamente al momento de interposición de la demanda.

**Arrendamientos y multipropiedad. El Tribunal Supremo declara nulo un contrato de aprovechamiento por turnos por falta de determinación del objeto**

*Sentencia 5105/2016 del Tribunal Supremo, de 21 de noviembre de 2016*

El litigio tiene su origen en la demanda de un particular contra un grupo hotelero en la que solicitaba que se declarase la nulidad del contrato por medio del cual había adquirido un derecho de aprovechamiento por turnos en un resort durante tres semanas anuales y con un periodo de vigencia de cincuenta años. Y ello, entre otras consideraciones, porque el citado contrato no identificaba el apartamento concreto ni las semanas de disfrute.

Planteada en estos términos la controversia, el Alto Tribunal recuerda que existen, conforme a lo previsto en el artículo 1.1 de la Ley 42/1998 de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico —actualmente sustituida por la Ley 4/2012, de 6 de julio—, dos formas de constituir un derecho de aprovechamiento por turno: (i) como derecho real limitado o (ii) en forma de contrato de arrendamiento de inmuebles vacacionales que tengan por objeto más de tres temporadas con un máximo de cincuenta años.

Entiende el Tribunal Supremo que el contrato objeto de litigio no puede encajar en la segunda categoría, en tanto que se refiere a la «compra» de un derecho de aprovechamiento, por lo que procede considerarlo como una adquisición de un derecho real limitado. Y, en este tipo de contratos, a diferencia de lo que sucede con los de arrendamientos de inmuebles vacacionales por temporadas, no basta con que el inmueble y las fechas de disfrute sean «determinables por sus condiciones genéricas», sino que entra en juego la previsión del artículo 9.1.3.º de la Ley 42/1998, que exige que el objeto del contrato sea «un alojamiento concreto, con mención de sus datos registrales y del turno que es objeto de contratación, y con indicación de los días y horas en que se inicia y termina».

Expuesto lo anterior, la sentencia llega a la siguiente conclusión: dado que el contrato analizado no se ha configurado como un derecho personal en forma de arrendamiento —único supuesto en el que la ley admite que el objeto sea determinable mediante condiciones genéricas—, sino como una compra de un derecho real limitado, la falta de concreción del inmueble y sus fechas específicas de disfrute suponen una indeterminación del objeto que debe ser sancionada con la nulidad de pleno derecho conforme a lo previsto en el artículo 1.7 de la Ley 42/1998.

Finalmente, el Alto Tribunal admite que las consecuencias de la nulidad de pleno derecho previstas en el citado artículo 1.7 serían la restitución de todas las prestaciones satisfechas por los adquirentes. No obstante, recuerda que las normas han de ser interpretadas conforme a su espíritu y finalidad *ex* artículo 3 del Código Civil y que el precepto aplicado tiene por finalidad dejar indemne al contratante de buena fe que resulta sorprendido por el contenido de un contrato que no cumple con las prescripciones legales. No ha sido este el caso en el supuesto analizado, dado que los demandantes disfrutaron del alojamiento durante ocho años y no procede en consecuencia reintegrarles el total de lo desembolsado, sino únicamente la cantidad correspondiente al tiempo que debía restar de vigencia teniendo en cuenta la duración legal máxima de cincuenta años.

**Concursal. En caso de escisión por transmisión de los activos y pasivos de la rama de actividad escindida a favor de la sociedad beneficiaria no cabe ejercitar una acción rescisoria concursal que afecte solo a la transmisión de los inmuebles y deje incólume la escisión**

*Sentencia 682/2016 del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 21 de noviembre de 2016*

El 31 de diciembre de 2010, la concursada y un tercero acordaron la escisión parcial de la rama de arrendamiento inmobiliario de la concursada a favor del tercero, acuerdos que se instrumentaron en escritura pública de 31 de diciembre de 2010 y se inscribieron en el Registro en marzo de 2011.

La administración concursal interpuso incidente concursal de reintegración solicitando, (i) con carácter principal, la ineficacia de la transmisión de la propiedad de los inmuebles y, (ii) subsidiariamente, la ineficacia de la totalidad de la operación de escisión parcial. La administración concursal entendía que (i) la única finalidad de la escisión parcial fue transmitir los inmuebles menos gravosos y que generaban rentas, contribuyendo así a la situación de insolvencia de la concursada y, además, (ii) en la escisión parcial, la contraprestación por el patrimonio escindido no era percibida por la sociedad escindida, sino por los socios de esta, razón por la que existiría una presunción *iuris et de iure* de perjuicio patrimonial.



La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por entender que (i) no procedía aislar la transmisión de la propiedad de los inmuebles, que iba ineludiblemente ligada a la operación de escisión, y (ii) el artículo 47.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (la «LME») vedaría, por razones de seguridad jurídica, cualquier acción impugnatoria posterior a la inscripción registral, por lo que la escisión quedaría a salvo de las rescisorias comunes del Código Civil y de la reintegradora concursal.

La Audiencia Provincial de A Coruña ratificó el criterio seguido por el Juzgado en la sentencia de primera instancia.

El pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la administración concursal sobre la base de los siguientes fundamentos:

(i) En una escisión parcial como la realizada por la concursada se traspaşa en bloque por sucesión universal una o varias partes del patrimonio de la escindida, cada una de las cuales forma una unidad económica, y los socios de la sociedad que se escinde reciben un número de acciones de la sociedad beneficiaria. La transmisión de los activos y pasivos de la rama de actividad escindida es un efecto propio de la escisión sin que sea un acto posterior o distinto de la propia escisión.

Así, conforme al régimen jurídico de la escisión previsto en el artículo 73 LME (que se remite a las normas de la fusión), la eficacia de la escisión se producirá con la inscripción en el Registro Mercantil. Por lo tanto, no cabe ejercitar una acción rescisoria concursal que afecte solo a la transmisión de los inmuebles dejando a salvo la escisión.

(ii) El artículo 47 LME regula el régimen de impugnaciones de la fusión y, por extensión, de todas las modificaciones estructurales traslativas, también de la escisión parcial. En consecuencia, por razones de seguridad jurídica, la nulidad solo podrá fundarse en la infracción de las normas legales para la realización de cada concreta modificación estructural y, además, su ejercicio está sometido a un plazo de caducidad de tres meses.

La LME es una norma especial, respecto de la normativa general o sectorial que regula la ineficacia de los negocios jurídicos, tanto fuera como dentro del concurso de acreedores, por lo que es correcto afirmar que la escisión parcial está excluida de los actos de disposición susceptibles de rescisión concursal.

(iii) No obstante, la posibilidad de impugnación de las modificaciones estructurales traslativas afecta a las acciones por las que se pretende su ineficacia, pero no impide otros remedios que permiten salvaguardar los derechos de los socios o, en su caso, de determinados acreedores que hubieran sido ilícitamente soslayados. La acción a ejercitar pretendería una compensación equivalente solo a los créditos que hubieran sido, en su caso, ilícitamente defraudados con la escisión.

Sin perjuicio de que esta acción puede ser ejercitada por la administración concursal y que lo obtenido fuera destinado a la masa concursal, el importe reclamado debe guardar relación con los créditos que realmente hubieran sido ilícitamente defraudados que necesariamente deberían ser anteriores a la escisión.

Así, concluye el Tribunal Supremo que, en el caso de autos, la administración concursal no ha fundado su reclamación en que determinados créditos anteriores a la escisión hubieran sido ilícitamente defraudados, dado que ni menciona tales créditos ni justifica los motivos por los que habrían sido ilícitamente defraudados por la escisión.

**Concursal. El Tribunal Supremo fija doctrina jurisprudencial en relación con la interpretación del artículo 97 bis.1 de la Ley Concursal**

*Sentencia 652/2016 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de noviembre de 2016*

La Tesorería General de la Seguridad Social («TGSS») interpuso demanda incidental frente a la concursada, solicitando la modificación de los textos definitivos con posterioridad a su aprobación.

La sentencia dictada en primera instancia desestima la pretensión de modificación de los textos definitivos de la lista de acreedores, dado que (i) no acredita que la modificación del importe

del crédito sea consecuencia de un procedimiento de inspección o comprobación abierto con posterioridad a la lista definitiva, y (ii) la solicitud de modificación fue presentada de forma extemporánea, después de que se hubiera dictado la sentencia que aprobó el convenio.

La Audiencia Provincial de Álava —confirmando la decisión del Juzgado Mercantil n.º 1 de Vitoria— desestimó el recurso de apelación interpuesto por la TGSS frente a la decisión de no modificar la lista definitiva de acreedores de la concursada.

Pese a que el tribunal de apelación constató que el crédito cuya inclusión solicitaba la TGSS se había generado en un procedimiento de inspección abierto con posterioridad a la aprobación de la lista definitiva de acreedores, entendió que la petición de modificación de los textos definitivos resultaba extemporánea al haberse planteado después de la aprobación del convenio mediante sentencia.

Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Álava la TGSS interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo con base en un único motivo: la infracción del artículo 97 bis.1 LC, por cuanto, a pesar de haber existido una propuesta de convenio aceptada por los acreedores y aprobada judicialmente, su cumplimiento se frustró, lo que determinó la apertura de la liquidación.

La Sala Primera estima el recurso de casación y fija la siguiente doctrina jurisprudencial en relación con la interpretación del referido precepto legal:

- (i) El artículo 97 bis.1 LC establece un límite temporal para solicitar la modificación de la lista definitiva de acreedores, el cual variará dependiendo de si el concurso se encuentra en fase de cumplimiento del convenio o de liquidación.
- (ii) En caso de convenio, el momento preclusivo para solicitar la modificación de la lista definitiva de acreedores será la aprobación judicial del convenio mediante sentencia firme.
- (iii) Cuando la modificación se solicita durante la fase de liquidación, con independencia de que haya venido o no precedida de un infructuoso convenio de acreedores, el límite temporal aplicable será el propio de la liquidación: (a) la presentación por la administración concursal del informe final de las operaciones de liquidación *ex* artículo 152.2 LC; o (b) la comunicación de insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa *ex* artículo 176 bis LC.
- (iv) Frustrado el convenio y abierta la fase de liquidación, solo resultará oponible el límite temporal indicado en el apartado (iii) anterior.

**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 Ley Concursal.**

*Sentencia 500/2016 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 pretensión ejercitada al entender que el contrato de compraventa estaba pendiente de cumplimiento por ambas partes al momento de declararse el concurso y, por tanto, el crédito del comprador habría nacido una vez resuelto el contrato con posterioridad a la declaración de concurso, debiendo considerarse como un crédito 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 conforme a la Ley Concursal porque, al haber efectuado el comprador un 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 LC.

El Tribunal Supremo afirma que, aunque el efecto restitutorio de los contratos de tracto único no venga expresamente previsto en el artículo 64.2 LC, ello no significa que no resulte de aplicación, dado que es un efecto connatural al carácter recíproco de las obligaciones, acomodándose mejor a la previsión contenida en el artículo 61.2 LC, 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.

A pesar de lo anterior, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el comprador al entender que 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.

**Concursal. El Tribunal Supremo fija doctrina sobre la validez de las obligaciones de hacer incluidas en los convenios de acreedores**

*Sentencia 3/2017 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2017*

En el año 2011, varios acreedores concursales solicitaron la declaración de incumplimiento del convenio —y la consiguiente apertura de la fase de liquidación— por haber impagado la sociedad concursada sus respectivos créditos. Por su parte, la concursada alegó la inexistencia de incumplimiento alguno, al no haber comunicado los acreedores instantes del incidente sus números de cuenta, tal y como debieron haber hecho al amparo del apartado 5 del convenio.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, aunque en su fallo concedió a la concursada el plazo de «gracia» de un mes para que procediera al pago de los acreedores bancarios que habían solicitado la declaración de incumplimiento y que, transcurrido dicho plazo sin haberse procedido a la mencionada regularización, se podría proceder a declarar el incumplimiento del convenio.

La Audiencia Provincial de Madrid —confirmando la decisión del Juzgado de instancia— desestimó el recurso de apelación interpuesto por la concursada sobre la base de dos argumentos: en primer lugar, que el apartado 5 del convenio no resultaría de aplicación a las entidades bancarias y, finalmente, que ello supondría admitir la posibilidad de modificar la lista de acreedores aprobada.

Contra esta resolución, la concursada interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, siendo estimado el primero al entender el Tribunal Supremo que:

- (i) Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial se exceden en su enjuiciamiento de la cuestión litigiosa, en tanto que el objeto del pleito no era otro que la dilucidación de si se había incumplido el convenio de acreedores, no la validez del apartado 5 del convenio, sin que por tanto pudiesen entrar a valorar la validez o adecuación de dicha cláusula.
- (ii) La validez de la cláusula 5 del convenio no fue objeto de discusión en los trámites de aprobación del convenio.

Por todo lo anterior, concluye el Tribunal Supremo que dicha previsión del convenio «no afecta propiamente al contenido del convenio concursal, sino a la forma de hacerse el pago» y, por tanto, «no incumple los límites que respecto del contenido recoge el art. 100 de la Ley Concursal».

**Concursal. Obligación de pronunciamiento judicial cuando se ejercita una acción de contenido patrimonial contra el concursado aunque el crédito no haya sido comunicado en plazo ni reconocido en el concurso**

*Sentencia 655/2016 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de noviembre de 2016*

En el caso de autos, un acreedor no comunicó su crédito ni impugnó la lista de acreedores para que su crédito fuera incluido en la lista de acreedores de la concursada.

Una vez precluidos los trámites de comunicación de créditos o impugnación de la lista de acreedores, el acreedor interpuso demanda de incidente concursal en la que solicitaba que se declarase que la concursada había incumplido el contrato de ejecución de obras firmado con dicho acreedor, junto con la condena al pago de los daños y perjuicios causados.

El Juzgado Mercantil desestimó la demanda al considerar que el acreedor no había comunicado su crédito en el plazo previsto para ese trámite ni había impugnado la lista de acreedores, habiendo presentado la demanda una vez precluidos dichos trámites. La sentencia del Juzgado Mercantil fue confirmada por la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria.

Sin embargo, el Tribunal Supremo estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el acreedor con fundamento en que las sentencias de instancia no se habrían pronunciado sobre la procedencia o improcedencia de las pretensiones formuladas en la demanda incidental (esto es, sobre el incumplimiento del contrato por la concursada y los daños causados).

El Tribunal Supremo declara que, cuando un acreedor ejercita contra el concursado una acción de contenido patrimonial, en la que solicita que se declare la existencia de un crédito a su favor, el interés del acreedor no se circunscribe exclusivamente a que dicho crédito se reconozca en el concurso mediante su inclusión en la lista de acreedores. El acreedor puede tener otros intereses legítimos como en este caso, por ejemplo, la existencia de un aval solidario por parte de una entidad de crédito, que puede justificar el interés del acreedor.

Asimismo, aunque la reclamación haya sido extemporánea, el interés del acreedor persiste porque el crédito no se ha extinguido y el acreedor en cuestión podría reclamar el pago de su crédito con posterioridad a la conclusión del concurso, tanto en caso de liquidación como en caso de convenio. Se trataría, por lo tanto, de créditos concursales pero no concurrentes, puesto que no serán satisfechos en el concurso ni sus titulares pueden tener en el concurso la intervención que la Ley Concursal atribuye a los titulares de créditos concursales reconocidos.

En definitiva, el Tribunal Supremo estima la pretensión declarativa formulada en la demanda incidental, pero no condena a la concursada al pago del crédito en el concurso porque la reclamación ha sido extemporánea.

**Concursal. El Tribunal Supremo califica como contingente, por litigioso, un crédito contra la concursada documentado en una letra de cambio cuya existencia estaba siendo cuestionada en un proceso penal al tiempo de la declaración de concurso**

*Sentencia 548/2016 del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, de 20 de septiembre de 2016*

La controversia surge de la demanda incidental de impugnación la lista de acreedores en la que el acreedor instante del concurso necesario discutió el reconocimiento como contingente de su crédito por la administración concursal. Este crédito fue asumido por la concursada mediante una letra de cambio cuya existencia era objeto de controversia en un procedimiento penal en el momento de la declaración de concurso, en el que se alegaba la ausencia de relación causal subyacente que justificase tal crédito. En la demanda incidental, el acreedor solicitó el reconocimiento del crédito en un 50 % de su importe como crédito con privilegio general y en el otro 50 % como crédito ordinario, al amparo del artículo 91.7 LC.

El Juzgado Mercantil n.º 9 de Barcelona desestimó íntegramente la demanda de impugnación por entender que el crédito fue adecuadamente calificado como contingente por tratarse de un crédito litigioso al estar su existencia en discusión en un procedimiento penal.

La Audiencia Provincial de Barcelona, sin embargo, estimó el recurso de apelación interpuesto por el acreedor frente a la sentencia del Juzgado Mercantil, negando que el crédito fuese litigioso en el sentido del artículo 87.3 LC. La Audiencia sostuvo que la letra de cambio es un título de crédito privilegiado y dotado de autonomía y que, en sede concursal, la existencia del crédito reconocido en ella debe enjuiciarse por la administración concursal sin remisión a la resolución que se dicte en el procedimiento penal.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la concursada, confirmando la sentencia del Juzgado Mercantil y, en consecuencia, reconoce el crédito objeto de controver-

sia como contingente. El Alto Tribunal afirma que, a los efectos de determinar el carácter litigioso de un crédito, nada impide que la controversia que origina tal carácter se produzca en un procedimiento penal, siempre que el objeto de tal controversia sea claramente la validez o existencia del crédito y que las diligencias penales se hubiesen iniciado al momento de la declaración de concurso.

Para evitar que esta doctrina desemboque en la presentación de denuncias o querellas infundadas para dilatar el reconocimiento de un crédito o impedir la participación de su titular en la aprobación del convenio, el Tribunal Supremo rechaza que la mera apertura de diligencias penales relacionadas con el crédito sea suficiente para considerarlo litigioso. Serán la administración concursal y el juez del concurso quienes deberán apreciar que las diligencias penales entrañan una controversia seria y clara sobre la realidad y existencia del crédito.

El Tribunal Supremo aclara que lo anterior no se ve afectado por el hecho de que el crédito esté documentado en letra de cambio, ya que en sede concursal de lo que se trata es de reconocer la existencia, cuantía y naturaleza a efectos concursales del crédito y no se está ejercitando una acción cambiaria.

**Concursal. El Tribunal Supremo analiza la posibilidad de reclamar créditos no incluidos en la lista de acreedores de la quiebra después de la conclusión de la quiebra por cumplimiento del convenio**

*Sentencia 608/2016 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de octubre de 2016*

El presente caso trae causa de la demanda de juicio ordinario presentada por la cesionaria de tres créditos frente a una sociedad quebrada mediante la cual reclama el pago de los créditos cedidos. Dichos créditos no fueron incluidos en su día en la lista de acreedores de la deudora. Dos de ellos por falta de la documentación justificativa de tales créditos y el tercero porque no fue comunicado. No obstante, la cesionaria solicitó judicialmente el reconocimiento posterior de este crédito que fue denegado en primera y segunda instancia. La quebrada y sus acreedores acordaron un convenio para el pago del 100 % de los créditos más una compensación que fue judicialmente aprobado.

En la demanda se invocó el artículo 904 del Código de Comercio 1885 («*Ccom 1885*»), interpretado de conformidad con el artículo 134 LC, para justificar que el contenido del convenio aprobado debía extenderse a los créditos anteriores a la declaración de la quiebra aunque no hubiesen sido reconocidos.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Madrid desestimó la demanda por entender que los créditos habían sido expresamente denegados en el procedimiento de quiebra. Asimismo, la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación interpuesto por la cesionaria apreciando cosa juzgada respecto del rechazo de tales créditos en el proceso de quiebra.

El Tribunal Supremo estima parcialmente su recurso de casación frente a la sentencia de apelación y reconoce el derecho de la cesionaria a que se le abonen dos de los tres créditos reclamados. Para ello, hace una distinción entre los créditos reclamados dependiendo de si su existencia y cuantía fue o no objeto de discusión en un incidente de impugnación de la lista de acreedores. En síntesis, nuestro Alto Tribunal, haciendo una interpretación del párrafo primero del actual artículo 134 LC, afirma:

(i) Que, como regla general, los créditos anteriores al concurso que no aparezcan reconocidos en la lista de acreedores solo pueden reclamarse frente al deudor concursado/quiebrado después de la declaración de cumplimiento del convenio. Además, estos créditos quedarán afectados por las quitas convenidas para no suponer un perjuicio al resto de acreedores reconocidos en el concurso.

(ii) Que, no obstante lo anterior, en aquellos créditos cuya existencia y cuantía hubiese sido discutida en un incidente de impugnación de la lista de acreedores, se produciría el efecto de cosa juzgada en todo lo que no hubiese sido reconocido por la sentencia firme que pusiera fin al incidente. Por ello, el Tribunal Supremo resuelve que en este caso la cesionaria no podría reclamar el crédito cuyo reconocimiento fue judicialmente rechazado en sede de la quiebra.

(iii) Que, sin embargo, sí cabría reclamar una vez cumplido el convenio los otros dos créditos cuya exclusión de la lista de acreedores no fue impugnada. El efecto de cosa juzgada no alcanza a estos créditos por no constar que su existencia y exigibilidad haya sido objeto de enjuiciamiento judicial.

**Concursal. La constitución de la hipoteca en garantía de deudas futuras no supone perjuicio para la masa si ello conlleva el aseguramiento de la continuidad de la actividad empresarial de la deudora**

*Sentencia 642/2016 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2016*

El 20 de marzo de 2010, una sociedad constituyó hipoteca sobre una finca de su propiedad en garantía del buen fin y completo pago a otra entidad del precio de las ventas de barnices y similares que desde el mismo día y durante siete años le efectuara esta última, hasta un máximo de 500.000 euros.

El 4 de enero de 2011, la hipotecante otorgó escritura pública en la que (i) reconoció adeudar la cantidad de 306.909,93 euros, resultantes de facturas correspondientes a la venta de materias primas y mercancías durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2010, y (ii) cedió a su proveedora créditos por importe de 219.049,29 euros, para el pago de dicha deuda, quedando pendientes 87.860,62 euros.

El 7 de enero de 2011, la deudora solicitó la declaración de concurso voluntario, que fue declarado por auto de 8 de marzo de 2011.

La administración concursal presentó demanda incidental frente a ambas sociedades, en la que solicitó la rescisión de las mencionadas hipoteca y cesión de créditos.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda por considerar (i) que la hipoteca se constituyó para garantizar deudas preexistentes, sin contrapartida patrimonial, por lo que supuso un perjuicio para la masa activa, (ii) que la cesión de créditos para pago de deudas se hizo tres días antes de la solicitud de concurso, con intención manifiesta de alterar la *par conditio creditorum*, y (iii) que ambos actos exceden de lo que pueden considerarse actos ordinarios de administración o disposición de la sociedad.

La Audiencia Provincial de Castellón confirmó el criterio seguido por el Juzgado en primera instancia y añadió que los hechos objeto de controversia fueron perjudiciales para la masa, porque determinan la directa sujeción del bien hipotecado al pago del crédito (art. 155 LC) y otorgan al acreedor un derecho de ejecución separada, de modo que tiene la consecuencia de minorar la masa activa en el valor del bien hipotecado.

El Tribunal Supremo estima el primer submotivo del recurso de casación, en el que se sostenía la infracción del artículo 71.4 LC —en relación con la jurisprudencia configuradora del concepto jurídico indeterminado del perjuicio en la acción rescisoria concursal—, al haberse declarado el carácter perjudicial para la masa de la constitución de la hipoteca en garantía de deudas futuras a pesar de que fuera necesaria para la continuación de la actividad empresarial.

Ello, sobre la base de los siguientes fundamentos:

(i) Al no garantizar el pago de deudas preexistentes, sino el de deudas futuras contraídas por la recepción de suministros imprescindibles para el mantenimiento de la actividad empresarial, la constitución de la hipoteca contribuyó a la subsistencia de la empresa, lo que redundaría en beneficio del resto de acreedores.

(ii) La sentencia recurrida no toma en consideración este factor económico, sino que, desde un planteamiento estrictamente formal, llega a una conclusión de que, de admitirse, supondría que cualquier constitución de un gravamen debería ser considerada perjudicial para la masa.

Aunque, en términos generales, la hipoteca desvaloriza el activo de la deudora, ello es consustancial a cualquier gravamen, y no por ello debe entenderse necesariamente perjudicial para la masa, sino que habrá que comprobar si ese sacrificio es justificado o no.

(iii) La sujeción directa del bien hipotecado al pago del crédito privilegiado especial, así como el privilegio del acreedor de ejecutar separadamente el activo, son consecuencias comunes a cualquier gravamen hipotecario y no implican, *per se*, que sea perjudicial para la masa en los términos que ya hemos expuesto.

El Tribunal Supremo, en definitiva, no comparte la conclusión de la sentencia recurrida porque la minoración de la masa tuvo como contrapartida razonable el aseguramiento de la continuidad de los suministros necesarios para el mantenimiento de la actividad empresarial de la deudora, lo que no puede considerarse un sacrificio patrimonial injustificado.

## PROCESAL PENAL\*

### 1 · JURISPRUDENCIA

#### [España]

**Delito contra la Hacienda Pública. Negocios jurídicos simulados: los préstamos intragrupo cuya única finalidad es la minoración de la base imponible carecen de causa lícita, por lo que son nulos y, por tanto, inexistentes. La contabilización de los préstamos y su reflejo en las cuentas anuales no acreditan su existencia real, ya que es una mera apariencia jurídico contable. Delito especial: condena de los asesores fiscales como cooperadores necesarios de acuerdo con las teorías de imputación de la jurisprudencia del TS**

*Sentencia del Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional n.º 12/2016, de 31 de mayo de 2016*

El Juzgado Central de lo Penal condena a los tres acusados, el administrador de la mercantil obligada tributaria y sus asesores fiscales, como autores de dos delitos contra la Hacienda Pública definidos en el artículo 305 del CP.

El Juzgado declara como probado los siguientes hechos:

El principal acusado, con la ayuda de sus dos asesores legales y fiscales, creó ex profeso un entramado societario, conocido como sándwich holandés. Dicho entramado consistía en un grupo societario compuesto por una sociedad española (la única con una actividad real), dedicada al sector inmobiliario. Las participaciones de dicha sociedad pertenecían a una sociedad *holding* holandesa, que a su vez era propiedad exclusiva de una sociedad radicada en las Antillas Holandesas. Las sociedades tenedoras carecían de estructura y de actividad. Todas ellas eran administradas o bien por los asesores fiscales o por terceros, actuando todos ellos como testamentos del principal acusado.

Este acusado transfirió ingentes cantidades a la sociedad española desde diversas cuentas bancarias propiedad de las sociedades holandesa, antillana y de una tercera sociedad gibraltareña, que fueron documentadas como préstamos intragrupo en favor de la sociedad española. El titular último de dichos fondos era el acusado, quien decidía qué cantidades y cuándo eran transferidas entre las sociedades.

Durante los ejercicios de 2005 a 2008, la sociedad española declaró fiscalmente los intereses generados por los supuestos préstamos como gastos deducibles, aminorándose, en consecuencia, la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, al reducirse los beneficios obtenidos.

El Juzgado considera acreditado que los préstamos intragrupo eran inexistentes, al no constar documentados y carecer de razonabilidad económica. El Juzgado concluye que materialmente era el propio acusado quien se prestaba dinero con interés a sí mismo, a través de sociedades pantalla, careciendo tanto la estructura fiduciaria como los negocios jurídicos de razonabilidad alguna, más allá de la elusión de la tributación. Con ello, el Juzgado rechaza de plano la tesis de la defensa consistente en la existencia real de los préstamos (y, por tanto, la atipicidad de la conducta enjuiciada), dado que carecían de causa lícita y, por tanto, *ex arts. 6.4 y 1275 del CCivil* eran nulos de pleno derecho, por mucho que estos constasen contabilizados y hubiesen sido declarados fiscalmente, al tratarse de una mera apariencia contable.

Finalmente, el Juzgado condena a los asesores fiscales del principal acusado como cooperadores necesarios, de acuerdo con las teorías de imputación de los bienes escasos y de la *conditio sine qua non*, establecidas por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ya que sin su ayuda el principal acusado no podría haber constituido el entramado societario, a través del cual se produjo la defraudación a la Hacienda Pública.

\* Esta sección ha sido coordinada por Ismael Clemente, y en su elaboración han participado Pablo López Ferrer, Mario Montes Santamaría, Ester Martín García, Marta Barceló Moyano, Sandra Cortés Martín y Luís Bertolo Rosa, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona y Lisboa).



**La utilización en el proceso penal de grabaciones de conversaciones con manifestaciones autoinculporatorias del acusado**

*Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo n.º 652/2016, de 15 de julio*

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por un empresario condenado por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa como autor de un delito continuado de estafa en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento mercantil. Según los hechos probados, el empresario, distribuidor de piensos, habría defraudado más de medio millón de euros a su proveedor mediante la reiterada falsificación de los albaranes que deberían reflejar el producto adquirido, consignando cantidades inferiores a las que retiraba del almacén.

La Audiencia tomó en consideración, entre otras pruebas, la grabación de una reunión entre el empresario condenado y varios trabajadores de la empresa proveedora donde implícitamente se reconocían los hechos delictivos, conversación que fue grabada por los empleados de la proveedora sin conocimiento del empresario. En el recurso de casación se alega que la reproducción en juicio de dicha grabación y su valoración por la Audiencia vulneraron el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del empresario, por cuanto este efectuó las manifestaciones grabadas careciendo de las condiciones necesarias para otorgar validez o eficacia probatoria a la manifestación autoinculporatoria de un acusado.

El Alto Tribunal realiza un estudio en profundidad de su propia jurisprudencia y de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la utilización en el proceso penal de grabaciones de conversaciones privadas realizadas por uno de los participantes en ellas. A la vista de ese estudio, se establecen una serie de conclusiones:

- (i) No se vulnera en ningún caso el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), siempre que sea uno de los interlocutores quien grabe la conversación o consienta su grabación por terceros.
- (ii) Como regla general, tampoco se vulnera el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), salvo en aquellos supuestos en que el contenido de la conversación afecte al núcleo de la intimidad de uno de los participantes.
- (iii) Se vulnera el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE) si quien realiza la grabación lo hace desde una posición de superioridad institucional (esto es, agentes de la autoridad o superiores jerárquicos) para obtener una confesión extraprocesal arrancada mediante engaño. Quedan excluidas las grabaciones ordenadas por la autoridad judicial.
- (iv) No se vulnera el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE) cuando la grabación se efectúa en el ámbito particular (no institucional).
- (v) Podría vulnerarse el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) si la persona grabada hubiese sido conducida al encuentro mediante la utilización de argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que pudieran ser utilizados en su contra. Deberán valorarse las circunstancias concurrentes en cada caso.
- (vi) Las manifestaciones recogidas en grabaciones de este tipo no tienen la consideración de «confesión» para la jurisprudencia. Dichas grabaciones podrán servir como ratificación de las declaraciones del resto de intervinientes en la conversación, que a su vez tendrán el valor de testimonio de referencia respecto de las declaraciones del acusado.

En el caso concreto, el Tribunal Supremo considera válida la prueba, dado que (i) existían otras pruebas suficientes para enervar la presunción de inocencia, (ii) el resto de participantes confirmaron el contenido de la conversación en sus declaraciones testificales y (iii) el acusado no fue conducido al encuentro mediante la utilización de ardido alguno.

**Sobre la interrupción de la prescripción de los delitos respecto de hechos previos a la LO 5/2010, de 22 de junio**

*Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo n.º 794/2016, de 24 de octubre de 2016*

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación de las acusaciones contra el auto que decretó el sobreseimiento y archivo de la causa dictado por la Audiencia Provincial de Badajoz, que estimaba que el delito contra la Hacienda Pública había prescrito. Se había considerado prescrito el delito fiscal objeto de condena por estimar que el auto de incoación de la querrela no se

refería de modo expreso a dicho tipo delictivo, y que la causa penal solo se había incoado por un delito de estafa.

La controversia gira en torno a la capacidad de determinadas resoluciones para interrumpir el cómputo del plazo de prescripción. La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, implica que el contenido del artículo 132 del Código Penal hoy vigente, relativo a la interrupción del plazo de prescripción, sea aplicable de manera retroactiva en todos sus aspectos sustantivos que sean más beneficiosos para el reo. No obstante, el Alto Tribunal considera que si la resolución con virtualidad interruptiva se adoptó antes de la reforma de 2010, esta norma debe ser analizada «con una óptica diferente y unos estándares no necesariamente idénticos» a que si la resolución se hubiese adoptado tras la entrada en vigor de la reforma.

El requisito añadido por la reforma, de la existencia de una resolución judicial motivada, proyecta toda su fuerza para las resoluciones dictadas bajo la vigencia del nuevo precepto. Pero tanto si la resolución es previa a la reforma como si es posterior, lo importante es que se trate de una manifestación inequívoca —resolución judicial que no sea de puro trámite— de que el órgano judicial estima que debe investigarse a unas determinadas personas por esa concreta infracción.

Recurriendo a pronunciamientos anteriores del Tribunal Supremo, se afirma que el auto de admisión a trámite de la querella tiene que ser necesariamente motivado, por su naturaleza de auto, de manera que lo exigible es un juicio de verosimilitud sobre la apariencia delictiva de los hechos denunciados y su presunta atribución al querellado o denunciado. No sería necesaria una toma de postura respecto a la calificación jurídica de los hechos.

Así, resoluciones como el auto que se limita a incoar genéricamente diligencias previas o el auto que se limita a requerir a la parte querellante antes de pronunciarse sobre la admisión a trámite de la querella no contienen pronunciamiento sobre su viabilidad y, por tanto, no habría interrupción del plazo de prescripción.

En este caso concreto, el auto de admisión a trámite de la querella es, según afirma el Tribunal Supremo, «contextual». Este auto no puede ser analizado aisladamente al margen tanto de sus precedentes como de las resoluciones subsiguientes. Este auto de admisión a trámite de la querella únicamente se refería a un delito societario. A pesar de esto, el Alto Tribunal considera que es «disparatado deducir que el Instructor no quiso admitir a trámite la querella por los hechos presupuestos del delito contra la Hacienda Pública o que quien leyese en su momento ese Auto pudiera albergar confusión alguna al respecto». Además, los propios querellados, en uno de sus escritos iniciales, combatían específicamente la investigación por delito de defraudación tributaria. En este sentido, la apariencia estrictamente formal del auto no ha de ser el criterio decisor para admitir la eficacia interruptiva (ni después de la reforma de 2010, ni mucho menos antes). No es necesario que el auto de admisión a trámite de la querella razone la tipicidad de los hechos si es evidente y no plantea duda alguna. Se admite, por tanto, la motivación por remisión a la querella.

Concluye el Tribunal Supremo que tachar de «estereotipado» un auto no arrastra inevitablemente su incapacidad para interrumpir la prescripción. La connotación peyorativa que comporta ese calificativo no puede hacer olvidar su sustancialidad —es reflejo de una decisión judicial adoptada reflexivamente por más que luego pueda haber plasmado de forma muy sucinta o despersonalizada como consecuencia de una burocratización del trabajo a veces inevitable—. Motivación suficiente no se identifica ni con extensión ni con originalidad. Decisiones obvias (incoar unas diligencias previas cuando alguien denuncia que bajo amenaza de una navaja le han arrebatado dinero en la calle) no necesitan más motivación que una remisión a la denuncia o querella.

**Posibilidad de condena en costas en el procedimiento penal sin expresa petición de parte**

*Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo n.º 702/2016, de 14 de septiembre de 2016*

En esta sentencia el Tribunal Supremo se pronuncia a favor de la condena en costas a la acusación particular, sin que dicha petición fuera realizada explícitamente por las defensas. Se estima el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada que no impuso

dichas costas, pues exigía una «expresa petición» de condena en costas para poder imponerla a la acusación particular. La Audiencia Provincial había considerado que, de lo contrario, se estaría acordando más de lo solicitado por las partes.

En la sentencia de la Audiencia Provincial se pone de manifiesto la ausencia de concreción de los hechos por los que se acusaba, que se limitaban a hacer una simple referencia al «timo del nazareno», así como la falta total de proposición de prueba en el escrito de conclusiones provisionales de la acusación. En consecuencia, ambas defensas fueron absueltas en la instancia, pero declarándose de oficio las costas causadas.

En el recurso de casación interpuesto por las defensas se alega el error en la aplicación de los artículos 124 CP y 239 y ss. LECrim. En concreto, el artículo 240 LECrim dispone que las partes serán condenadas «al pago de las costas cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe». Para el Alto Tribunal bastaría con, por un lado, la petición genérica incluida en los escritos de conclusiones provisionales de las defensas elevados a definitivo, en los que se solicita «la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables»; y, por otro, la solicitud en el suplico final de la libre absolución con «todos los pronunciamientos favorables inherentes». De ambas fórmulas el Tribunal extrae la conclusión de que implícitamente se estaba reclamando la condena en costas a la acusación. Además, la condena a la acusación resultaba justificada en este caso, por la patente temeridad con la que actuó.

**El silencio del acusado solo se puede utilizar como dato corroborador de su culpabilidad cuando exista prueba de cargo suficiente contra él** *Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo n.º 688/2016, de 27 de julio de 2016*

El Tribunal Supremo desestima el motivo de infracción de precepto constitucional por infracción del artículo 24.2 CE alegado por las acusaciones particulares en su recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería que acordó absolver a dos de los tres acusados por un delito continuado de falsedad en concurso medial con un delito de estafa.

Las acusaciones consideraban que el silencio de los dos acusados absueltos no había sido correctamente valorado. Así, aducían a la jurisprudencia establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el «TEDH») en la sentencia del «caso Murray», de acuerdo con la cual cabe valorar el silencio de los acusados como un indicio incriminatorio o como un elemento corroborador de las restantes pruebas que les incriminan.

El Tribunal Supremo considera que la interpretación realizada por las acusaciones de esta jurisprudencia del TEDH no se ajusta a su contenido ni al sentido que le otorga el Tribunal Constitucional. Solo en los casos en que la prueba existente en contra del acusado sea suficientemente sólida y le coloque en una situación en la que sea exigible una respuesta o explicación, el silencio del acusado permitirá concluir su culpabilidad. *A sensu contrario*, no se puede inferir que el acusado es culpable por el simple hecho de que haya escogido guardar silencio, si no se han aportado pruebas lo suficientemente consistentes como para exigir una respuesta. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en aplicación de la jurisprudencia del TEDH, considera que el silencio del acusado no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo suficiente para justificar su culpabilidad. Es imprescindible que concurren «*ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación*» para que el juzgador funde su condena en la omisión de explicaciones en virtud del derecho a guardar silencio.

Siguiendo esta interpretación, el Tribunal Supremo concluye que el silencio del acusado solo puede servir «*como dato corroborador de su culpabilidad*» y no como un medio sustitutivo o complementario de la insuficiencia de prueba de cargo contra él.

En el caso concreto, el Tribunal considera que no existe prueba de cargo suficiente contra los dos acusados absueltos en la instancia. Por ello, el mero hecho de que los acusados guardaran silencio en la fase de instrucción y en la vista del juicio oral ante las preguntas de la acusación: (i) no puede suplir la falta de prueba de cargo contra los dos acusados y (ii) no puede reforzar, corroborar o reafirmar hechos que no están apoyados en una prueba de cargo suficiente para acreditarlos.

**[Portugal]****Processo Penal -  
Direito ao Recurso****Acórdão n.º 429/2016 – Tribunal Constitucional (DR 192, Série II, de 6 de Outubro de 2016)**

No presente acórdão, o Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a constitucionalidade da norma contida no artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do Código de Processo Penal, na redação da Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, que determina a irrecorribilidade dos acórdãos do Tribunal da Relação que, inovatoriamente face à absolvição ocorrida em 1.ª instância, condenem os arguidos em pena de prisão efetiva não superior a cinco anos.

Considerando que o Tribunal Constitucional já havia proferido dois acórdãos contraditórios sobre a constitucionalidade da referida norma (acórdão n.º 163/2015, de 4 de março de 2015, e acórdão n.º 412/2015, de 29 de setembro de 2015), a questão foi submetida e apreciada pelo plenário.

O Tribunal Constitucional sublinhou que, sempre que a uma absolvição em primeira instância se segue uma condenação em segunda instância, surge uma parte da decisão integralmente nova, designadamente a parte relativa à determinação das consequências jurídicas do crime e da pena concreta a aplicar.

No entender do Tribunal Constitucional, vedar o recurso de uma decisão de segunda instância proferida nestas circunstâncias significa privar por completo o arguido da possibilidade de questionar o fundamento e medida da pena que lhe é aplicada de forma inovadora pelo Tribunal da Relação, o que consubstancia uma restrição inadmissível do direito ao recurso, consagrado no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

Consequentemente, o plenário do Tribunal Constitucional julgou a referida norma inconstitucional, muito embora a decisão tenha sido tomada por seis votos (incluindo o do presidente) contra seis.

**Proteção Jurídica -  
Pessoas Coletivas com  
Fins Lucrativos****Acórdão n.º 591/2016 - Tribunal Constitucional (DR 237, Série II, de 13 de dezembro de 2016)**

No presente acórdão, o Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a constitucionalidade do artigo 7.º, n.º 3, da Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais («LADT»), quando interpretado no sentido de que as pessoas coletivas com fins lucrativos não têm direito a proteção jurídica, sem que se atenda às circunstâncias do caso concreto.

O Tribunal Constitucional começou por afirmar que o acesso ao direito e aos tribunais, consagrado no artigo 20.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, também se aplica às pessoas coletivas, não devendo ser frustrado por insuficiência económica. Em seguida, o Tribunal Constitucional afirmou que a concessão de proteção jurídica a pessoas coletivas com fins lucrativos não constitui uma espécie de auxílio de Estado nem é necessariamente incompatível com o bom funcionamento do mercado e a equilibrada concorrência entre as empresas, valores tutelados pelo artigo 81.º, alínea f), da Constituição.

Esclarece o Tribunal Constitucional que as pessoas coletivas com fins lucrativos podem ser tratadas de forma distinta, mas não lhes pode ser negado, a priori, o acesso à proteção jurídica, sem uma avaliação do caso concreto. Assim sendo, nada obsta a que o legislador ordinário tome em consideração o tipo de pessoa coletiva ou a situação financeira dos seus sócios ou acionistas, por exemplo, desde que o preveja como um critério para a proteção jurídica e que considere a sua concessão, caso a caso.

Por todo o exposto, o Tribunal Constitucional decidiu julgar inconstitucional o artigo 7.º, n.º 3, da LADT, por violação do artigo 20.º, n.º 1, da Constituição, na medida em que veda o acesso das pessoas coletivas com fins lucrativos a proteção jurídica, sem atender à situação económica em concreto das mesmas.

O presente Acórdão representa uma rutura face à jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional, que se vinha pronunciando reiteradamente pela não-inconstitucionalidade da norma.

## PROPIEDAD INTELECTUAL\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

Última Orden que fija la compensación equitativa por copia privada con cargo a Presupuestos

*Orden ECD/1649/2016, de 10 de octubre, por la que se determina la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2015 con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y su distribución entre las tres modalidades de reproducción referidas legalmente (BOE de 12 de octubre de 2016)*

A través de la disposición adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, el legislador modificó el sistema español de financiación de la compensación equitativa por copia privada, sustituyendo el anterior modelo por un sistema de compensación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, tomando como base para su cuantía la estimación del perjuicio causado. En cumplimiento del mandato de dicha disposición se aprobó el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. En el marco de este Real Decreto han sido aprobadas las Órdenes ECD/2128/2013, de 14 de noviembre, ECD/2166/2014, de 14 de noviembre, y ECD/2226/2015, de 19 de octubre, por las que se determinaba la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente a los ejercicios 2012, 2013 y 2014 respectivamente.

La Orden ahora reseñada, a semejanza de sus dos más inmediatas antecesoras, fija la cuantía de la compensación para el ejercicio 2015 en 5.000.000 de euros, que se asignan a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual con cargo al Presupuesto de gastos de 2016. La primera de las órdenes, la correspondiente al ejercicio 2012, determinaba el importe de la compensación en 8.636.728,09 de euros, de los que 3.636.728,09 euros habían sido ya abonados a las entidades de gestión, como entrega a cuenta, con cargo a los Presupuestos para 2012 en concepto de liquidación provisional.

Por lo que se refiere a la distribución del montante de la compensación entre las tres modalidades de reproducción (libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros, fonogramas y videogramas), la Orden dispone el siguiente reparto: un 25,2 % para libros y publicaciones asimiladas, un 29,5 % para fonogramas y un 45,3 % para videogramas (porcentajes en línea, aproximadamente, con los de la Orden de 2015).

La Orden señala que la determinación de la cuantía señalada ha tomado como referencia el daño efectivamente causado a los titulares de los derechos de propiedad intelectual como consecuencia de las reproducciones que se amparen bajo el concepto de copia privada, perjuicio estimado teniendo en cuenta, entre otros, los criterios objetivos establecidos en el artículo 3.2 del Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre. Sin embargo, la norma también añade que se ha tomado en consideración el carácter limitativo de los créditos para gastos consignados en los Presupuestos Generales del Estado, de conformidad con lo previsto en los artículos 42 y 46 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Como se sabe, el sistema español de compensación equitativa por copia privada con cargo a presupuestos fue sometido al dictamen del TJUE, el cual, mediante su Sentencia de 9 de junio de 2016 (C-470/14), concluyó que el art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE (derechos de autor en la sociedad de la información) se opone a un sistema de compensación equitativa por copia privada sufragado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado en el que no resulte posible asegurar

\* Esta sección ha sido coordinada por Agustín González García, y en su elaboración han participado Rafael Sánchez Aristi, Nora Oyarzabal Oyonarte y Teresa García-Barrero, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

que el coste de dicha compensación equitativa sea soportado por los usuarios de copias privadas. Dada esta conclusión, el TJUE no necesitó pronunciarse sobre la segunda cuestión prejudicial planteada, relativa a la conformidad con el Derecho de la UE de un sistema con cargo a Presupuestos en el que la compensación equitativa por copia privada, aun calculada con base en el perjuicio efectivamente causado, deba fijarse dentro de los límites presupuestarios establecidos para cada ejercicio (Cfr. el comentario a esa sentencia, por María GARCÍA GALINDO, en *AJUM*, nº 44 (sección *Foro de actualidad*), pp. 76-80). La Orden ECD/1649/2016, de 10 de octubre, dictada cuatro meses después de la STJUE, no extrae ninguna consecuencia de ella ni contiene la menor alusión a ella. El 10 de noviembre de 2016, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó sentencia que anulaba el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (vid. *infra* reseñada dicha sentencia, en esta misma sección).

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Unión Europea]

**El sistema italiano de copia privada es contrario al Derecho de la Unión Europea**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de septiembre de 2016 (as. C-110/15)*

Esta sentencia se dictó como consecuencia de una disputa surgida entre, por una parte, ocho sociedades productoras y distribuidoras de equipos, aparatos y soportes de reproducción y, por otra parte, diversos órganos del Gobierno italiano, entre ellos el Ministerio de Bienes y Actividades Culturales y Turismo de Italia y la Sociedad italiana de autores y editores («SIAE»). El litigio nació a raíz del sistema establecido en Italia para la compensación equitativa a los autores de obras intelectuales por la reproducción privada para uso personal de estas.

Las empresas demandantes interpusieron sendos recursos ante la jurisdicción italiana para la anulación del Decreto italiano de 30 de diciembre de 2009, para la determinación de la compensación por la reproducción privada de fonogramas y videogramas (conocido como «Decreto Bondi»), alegando su incompatibilidad con el Derecho de la Unión. Los recursos fueron desestimados, por lo que las demandantes acudieron al Consiglio di Stato (Consejo de Estado), que suspendió el procedimiento y planteó una serie de cuestiones prejudiciales ante el TJUE para determinar la conformidad de la norma nacional con el Derecho de la Unión.

En su resolución el Tribunal señala que, en relación con el sistema de compensación equitativa por copia privada, regulada en el artículo 5, apartado 2, letra b) de la Directiva 2001/29 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 («Directiva 2001/29»), el sujeto obligado a reparar el perjuicio debe ser la persona que realiza, para su uso privado, una reproducción de una obra protegida sin solicitar la autorización previa del titular. Se admite que, dadas las dificultades prácticas para identificar a tales sujetos y obligarles a satisfacer la correspondiente indemnización, el canon pueda aplicarse sin distinción a todos los soportes de grabación que pueden ser utilizados para la reproducción. Sin embargo, tales sistemas de recaudación deben garantizar que los obligados al pago disponen del derecho a la devolución del canon cuando este no sea exigible.

La normativa italiana obliga al pago del canon a quien fabrica o importa en territorio italiano los equipos y soportes en cuestión con ánimo de lucro. En cambio no establece ninguna disposición de aplicación general que exonere del pago a los productores e importadores que demuestren que los soportes y equipos han sido adquiridos por personas distintas de las personas físicas y para fines manifiestamente ajenos a la realización de copias de uso privado. El Decreto únicamente impone una obligación de medios a la SIAE consistente en «fomentar» la conclusión de protocolos mediante acuerdos con las personas a quienes se exige el pago del canon por copia privada. El Tribunal aprecia que ello vulnera el principio fundamental de igualdad de trato, ya que permite a la SIAE conceder un trato diferente a productores e importadores que se hallan

en situaciones comparables, según hayan concluido o no un protocolo con la entidad y las condiciones en que este se haya concluido.

Por otra parte, el procedimiento de devolución regulado por la SIAE prevé que únicamente el usuario final que no sea una persona física puede solicitar la devolución del canon indebidamente satisfecho, excluyendo por tanto dicha posibilidad tanto a las personas físicas, como a productores e importadores de los soportes y equipos. Ello quiebra la exigencia de justo equilibrio entre los titulares de derechos y los usuarios de prestaciones protegidas que se deduce del considerando 31 de la Directiva 2001/29, ya que no permite corregir las situaciones de sobrecompensación en detrimento de una categoría determinada de usuarios.

En virtud de lo expuesto, el TJUE declara que el sistema de compensación equitativa por copia privada italiano es contrario al Derecho de la Unión, ya que condiciona la exención del pago del canon por copia privada de los productores e importadores de equipos y soportes destinados a un uso manifiestamente distinto de la copia privada a la conclusión de acuerdos entre una entidad, que dispone de un monopolio legal de la representación de los autores de las obras, y los obligados al pago de la compensación o sus asociaciones profesionales, por una parte, y por otra, prevé que solo el usuario final —que no sea una persona física— de esos equipos y soportes puede solicitar la devolución de ese canon, si hubiera sido indebidamente pagado, lo que no constituye garantía suficiente de exención del pago del canon para los productores e importadores que demuestren que los equipos y soportes se han adquirido para fines manifiestamente ajenos a la realización de copias privadas.

**La realización de una copia de un programa de ordenador y su posterior venta sin la autorización del titular constituye una infracción de derechos de autor**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de octubre de 2016 (as. C-166/15)*

Las cuestiones prejudiciales resueltas por el TJUE en esta sentencia surgen en el marco de un litigio entre, por una parte, los Sres. Ranks y Vasiļevičs, procesados ante los tribunales letones por la venta en un mercado electrónico ([www.ebay.com](http://www.ebay.com)) de más de 3000 copias de programas de ordenador, y, por otra, Microsoft Corp., titular originaria de los derechos de autor sobre tales programas.

El Tribunal debe, en esencia, dilucidar acerca de la posibilidad de aplicar el agotamiento del derecho de distribución, con arreglo a la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador («Directiva 91/250»), a programas de ordenador grabados en un soporte físico distinto del original, ya que tal era el estado en el que se encontraban los programas en cuestión.

En primer lugar, la Sala analiza el artículo 4, letra c), de la Directiva 91/250, conforme al cual la primera venta en la Unión de una copia de un programa de ordenador por el titular de los derechos de autor o con su consentimiento agota el derecho de distribución de dicha copia en la Unión. La sentencia reitera el criterio del TJUE que opta por una interpretación amplia del término «venta», de manera que este comprende todas las formas de comercialización de la copia de un programa de ordenador que impliquen la concesión de un derecho de uso de esta por una duración ilimitada mediante el pago de un precio correspondiente al valor económico de dicha copia (sentencia de 3 de julio de 2012, *UsedSoft*, C - 128/11). En consecuencia, el Tribunal considera que el agotamiento del derecho de distribución se refiere a la propia copia del programa de ordenador y la licencia de uso que la acompaña, tanto si se trata de una copia material o inmaterial del programa, y no al soporte físico en el que la copia haya sido comercializada por primera vez en la Unión por el titular de los derechos de autor o con su consentimiento.

No obstante, a continuación se señala que el artículo 4, letra c) de la Directiva debe conciliarse con los demás derechos recogidos en el texto normativo. En particular, la letra a) del propio artículo 4 otorga al titular del programa de ordenador el derecho exclusivo de realizar y autorizar su reproducción por cualquier medio y en cualquier forma. En este sentido, el adquirente legítimo de la copia de un programa de ordenador comercializado con el consentimiento de su titular puede revender el programa usado conforme a la regla del agotamiento, siempre y cuando no menoscabe el derecho exclusivo de reproducción, ya sea porque el titular del derecho haya autorizado el acto de reproducción, o porque este encuentre amparo en alguna de las excepciones previstas en los artículos 5 y 6 de la mencionada Directiva.



En cuanto a estas excepciones, en contraste con la interpretación amplia del concepto de «venta» descrita anteriormente, la Sala subraya que la jurisprudencia del TJUE interpreta de manera estricta la excepción recogida en el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 91/250, la cual permite la realización de una copia de salvaguardia de un programa de ordenador. El Tribunal establece que la copia de salvaguardia solo puede realizarse y utilizarse para responder a las necesidades de la persona que tiene derecho a utilizar el programa y, por tanto, no puede emplearse a efectos de la reventa de dicho programa de ordenador a un tercero, aun cuando el soporte físico original se haya dañado, destruido o extraviado, si no media autorización del titular de los derechos.

Por ello, en el litigio principal no constituye un ilícito el mero hecho de que las copias vendidas se encuentren en un soporte distinto del original, sino el hecho de que a las copias de salvaguardia de un programa de ordenador se les haya dado un uso diferente del legalmente contemplado sin la autorización de su titular.

Sobre la base de lo anterior, el Tribunal concluye estableciendo que, aunque el adquirente inicial de la copia de un programa de ordenador tiene derecho a revender esta copia usada y su licencia a un subadquirente, en ningún caso, incluso cuando el soporte material original del programa se haya deteriorado y el vendedor de dicha copia haga inutilizable cualquier otra copia en su posesión, podrá proceder a la venta de una copia de salvaguardia del programa sin autorización del titular.

El Tribunal observa que, a diferencia de lo sucedido en el asunto que dio lugar a la sentencia de 3 de julio de 2012, *Usedsoft (C-128/11)*, los Sres. Ranks y Vasiļeviĉs comercializaron en Internet copias de programas de ordenador en soportes físicos que no son los originales, sin que nada permita presumir que hayan sido compradas y descargadas inicialmente en el sitio de Internet del titular de los derechos. De hecho, el TJUE no descarta que las copias de programas de ordenador revendidas por los Sres. Ranks y Vasiļeviĉs fuesen copias ilícitas en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva, y ordena al tribunal remitente extraer, en su caso, las consecuencias de ello.

**Los plazos de la Directiva 93/98, relativa a la armonización del plazo de protección, no se aplican a los derechos de autor inicialmente protegidos por una legislación nacional, pero expirados antes del 1 de julio de 1995**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de octubre de 2016 (as. C-169/15)*

La sentencia resuelve una serie de cuestiones prejudiciales suscitadas a raíz de un litigio entre las sociedades neerlandesas Montis Design BV y Goossens Meubelen BV, en relación con la posible vulneración por parte de este último de los derechos de autor sobre dos modelos de sillón titularidad del primero.

La Ley uniforme del Benelux sobre Dibujos y Modelos, aprobada por la Convención de 25 de octubre de 1966 («Ley Uniforme»), permitía que un dibujo o modelo con carácter artístico destacado se protegiese simultáneamente por la normativa de dibujos y modelos y por las leyes relativas a los derechos de autor, para el caso de que concurriesen las condiciones de aplicación de ambas. El plazo de caducidad de los dibujos y modelos previsto en la Ley Uniforme era de 5 años desde su fecha de solicitud, caducidad que acarrea en paralelo la extinción del derecho de autor, a no ser que el titular de este realizase una declaración con el fin de conservarlo. En este contexto, en el año 1990 la empresa Montis contaba tanto con los derechos de autor sobre los sillones «Charly» y «Chaplin» como con el registro internacional de modelo para ambos (registrado en el año 1988). Sin embargo, en el momento de expirar los derechos sobre ambos modelos, Montis no había presentado la declaración de conservación necesaria para poder hacer perdurar los derechos de autor sobre los sillones.

En 1995 se traspuso al derecho neerlandés la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines («Directiva 93/98»), que estableció que los plazos de protección señalados en la ley de transposición se aplicarían a las obras que se encontrasen protegidas por la ley nacional relativa a los derechos de autor en al menos un Estado miembro de la Unión Europea, o en un Estado parte del Acuerdo sobre el EEE, en fecha 1 de julio de 1995. Sin embargo, en dicha fecha los derechos de autor de Montis se consideraban expirados conforme a la normativa nacional y, por tanto, no sujetos a la aplicación de los plazos de la Directiva 93/98.

En este contexto, se solicita al TJUE que resuelva acerca de si los artículos 10.2 y 13.1 de la Directiva 93/98 deben interpretarse en el sentido de que los plazos de protección en ella previstos se aplican a derechos de autor inicialmente protegidos en un Estado miembro, pero expirados antes del 1 de julio de 1995 como consecuencia de un requisito formal, y si la señalada Directiva se opone a una legislación nacional que mantiene como extinguido un derecho de autor expirado antes del 1 de julio de 1995 por el incumplimiento de un requisito formal.

El Tribunal resuelve señalando, en primer lugar, que los plazos de protección fijados en la Directiva 93/98 no se aplican a los derechos de autor inicialmente protegidos por una legislación nacional, pero expirados antes del 1 de julio de 1995 y no protegidos en el territorio de otro Estado miembro, al tratarse de una cuestión estrictamente regulada por las legislaciones nacionales, ya que la Directiva 93/98 no fija las condiciones en las cuales tal protección podía extinguirse antes del 1 de julio de 1995. Por otro lado, los sillones litigiosos no podían beneficiarse de la segunda condición establecida en el artículo 10.2 de la Directiva 93/98, puesto que al tratarse de obras de arte aplicadas no entraban dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 92/100.

Asimismo, la sentencia determina que la Directiva en cuestión no se opone a una legislación nacional que había otorgado inicialmente a una obra la protección que confieren los derechos de autor, pero que posteriormente dispuso su extinción definitiva antes del 1 de julio de 1995 debido al incumplimiento de un requisito formal. El TJUE advierte que esta conclusión no queda desvirtuada por el hecho de que, aparentemente, la extinción de tales derechos de autor antes del 1 de julio de 1995 no fuera compatible con el artículo 5.2 del Convenio de Berna, según el cual el goce y el ejercicio de los derechos de autor no están subordinados a ninguna formalidad. Lo que no significa que el Estado miembro en cuestión no deba atenerse a sus obligaciones derivadas del artículo 5.2 del Convenio de Berna y asuma las consecuencias de su responsabilidad por la posible violación de ese Convenio.

**Bajo ciertas condiciones, el préstamo de libros digitales puede equipararse al préstamo de libros tradicionales**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de noviembre de 2016 (as. C-174/15)*

Mediante esta sentencia, el TJUE da respuesta a una serie de cuestiones prejudiciales relativas al derecho exclusivo de préstamo de obras protegidas por derechos de autor, cuando estas se encuentran en formato digital. Las cuestiones fueron planteadas por el Tribunal de Primera Instancia de La Haya en el marco de un conflicto que enfrentó en los Países Bajos a la *Vereniging Openbare Bibliotheken* (Asociación de Bibliotecas Públicas), «VOB», y a la entidad que gestiona el derecho de préstamo, *Stichting Leenrecht*, «Stichting», de los Países Bajos.

En virtud del artículo 6, apartado 1 de 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 («Directiva 2006/115»), los Estados miembros pueden establecer excepciones al derecho exclusivo de los autores de autorizar el préstamo de sus obras, siempre que estos reciban a cambio una remuneración. En este contexto, el legislador neerlandés se acogió a dicha posibilidad y reguló la aplicación de la excepción al derecho de los autores de autorizar el préstamo de sus obras en la Ley nacional de derechos de autor.

La controversia surge a raíz de la aprobación de un proyecto de ley de bibliotecas por el Gobierno neerlandés, en el que se preveía la creación de una biblioteca digital nacional para el préstamo digital de libros electrónicos a distancia, sobre la premisa de que los préstamos digitales de libros electrónicos no están amparados por la excepción de préstamo anteriormente descrita. Obviamente, ello implicaba que la puesta a disposición de libros electrónicos en Internet debe basarse en acuerdos de licencia con los titulares de derechos. La VOB interpuso recurso contra el señalado proyecto de ley, solicitando que se declarase que la Ley de derechos de autor neerlandesa es ya aplicable a los préstamos digitales. El tribunal nacional consideró que, para pronunciarse acerca de la validez del proyecto de ley, era necesario despejar primero diversos aspectos relativos a la interpretación de la normativa de la Unión relativa a los derechos de alquiler y préstamo de obras protegidas por derechos de autor, por lo que planteó una serie de cuestiones prejudiciales al TJUE.

En respuesta a dichas cuestiones, el TJUE resuelve estableciendo que el concepto de préstamo enunciado en la Directiva 2006/115 debe interpretarse de manera que abarca el préstamo de una copia de un libro en forma digital cuando ese préstamo se realiza al cargar la copia en el servidor de una biblioteca pública y permitir que el usuario interesado la reproduzca por descarga en su propio ordenador. Se entiende que solo puede descargarse una copia durante el período de duración del préstamo y que, una vez transcurrido ese período, la copia descargada deje de ser utilizable por el usuario, lo que respeta, por tanto, el denominado modelo de «una copia, un usuario»).

Por otra parte, el TJUE admite que los Estados miembros pueden establecer condiciones adicionales para mejorar la protección de los derechos de los autores más allá de lo expresamente recogido en la Directiva 2006/115. En este sentido, la sentencia determina que el Derecho de la Unión no se opone a que un Estado miembro someta la aplicación del artículo 6.1 de la Directiva 2006/115 a la condición de que la copia digital de un libro puesto a disposición por una biblioteca pública haya sido comercializada en la Unión Europea, con el consentimiento del titular del derecho, mediante una primera venta u otra primera forma de transmisión de la propiedad, en los términos del artículo 4.2 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.

Finalmente, no debe perderse de vista que uno de los objetivos de la Directiva 2006/115 es combatir la piratería, por lo que el TJUE aclara que el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de la excepción de préstamo público a la puesta a disposición por una biblioteca pública de una copia de un libro en forma digital cuando esa copia se haya obtenido de una fuente ilegal.

**Una normativa nacional sobre obras fuera del circuito comercial debe garantizar una efectiva información a los autores afectados, de manera que estos puedan oponerse a la utilización de sus obras en tal condición**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de noviembre de 2016 (as. C-301/15)*

El TJUE se pronuncia acerca de una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de los artículos 2 y 5 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 (la «Directiva 2001/29»). La cuestión se plantea en el seno de un litigio que enfrenta, de una parte, al Sr. Marc Soulier y a la Sra. Sara Doke, autores de obras literarias, y de otra, al Primer Ministro francés, el Ministro de Cultura y Comunicación de Francia y posteriormente también la sociedad francesa de defensa de los intereses de los autores de obras escritas (la SOFIA), en relación con la demanda de anulación interpuesta por los primeros respecto de la normativa nacional francesa en materia de explotación digital de los denominados «libros no disponibles del siglo xx».

Conforme a la normativa nacional en cuestión, se entiende por «libros no disponibles del siglo xx» los publicados en Francia antes del 1 de enero de 2001 que ya no sean objeto de comercialización ni publicación en formato impreso o digital. La ley francesa preveía atribuir a las sociedades de recaudación y distribución de derechos el ejercicio del derecho a autorizar la reproducción y la representación en formato digital de estos «libros no disponibles», permitiendo a los autores de dichos libros oponerse en una fase previa a tal ejercicio, en el plazo de seis meses desde la inscripción de tales libros en una base de datos creada al efecto.

La sentencia recuerda que, con sujeción a las excepciones y limitaciones expresamente previstas en el artículo 5 de la Directiva 2001/29, esta otorga a los autores el derecho exclusivo de autorizar o prohibir tanto la reproducción como la comunicación pública de sus obras. Por tanto, sin perjuicio de las excepciones y limitaciones previstas, debe considerarse que toda utilización de una obra por parte de un tercero sin tal consentimiento previo vulnera los derechos del autor de dicha obra. Aunque el artículo 2, letra a), y el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 no detallan de qué manera debe manifestarse el consentimiento previo del autor, el TJUE admite que cabe interpretar que estas disposiciones no imponen que tal consentimiento se deba otorgar necesariamente de forma explícita. Por el contrario, debe entenderse que las referidas disposiciones permiten también que el consentimiento del autor se manifieste de forma implícita. Ahora bien, el objetivo de garantizar a los autores un elevado nivel de protección implica que

las circunstancias en las que puede admitirse el consentimiento implícito deben definirse de forma estricta, para no privar de eficacia al principio mismo del consentimiento previo del autor.

Así las cosas, todo autor debe ser informado de forma efectiva de la futura utilización de su obra por parte de un tercero y de los medios puestos a su disposición para oponerse a tal uso, pues sin información previa efectiva relativa a esa futura utilización, el autor no está verdaderamente en disposición de prohibirla y, por tanto, considerar que en tal caso ha podido emitir un consentimiento implícito en relación con dicha utilización se torne en un ejercicio puramente hipotético.

Por lo que se refiere a la normativa controvertida, el TJUE considera que esta no incluye un mecanismo que garantice la información efectiva e individualizada a los autores. Ello implica que algunos autores afectados no lleguen siquiera a tener conocimiento de la utilización que se pretende hacer de sus obras en su calidad de obras indisponibles y, por tanto, no estén en condiciones de posicionarse al respecto. El Tribunal rechaza que en estas circunstancias se pueda considerar que una mera falta de oposición por parte del autor exprese su consentimiento implícito a tal utilización.

Por todo ello, la sentencia concluye que el artículo 2, letra a) y el artículo 3, apartado 1 de la Directiva 2001/29 deben interpretarse de manera que se oponen a una normativa nacional como la controvertida, la cual atribuye a una sociedad de recaudación y distribución de derechos el ejercicio del derecho a autorizar la reproducción y la comunicación al público, en formato digital, de libros «no disponibles», sin garantizar al mismo tiempo a los autores la información necesaria, de manera que estos puedan oponerse o poner fin a dicho ejercicio.

**El derecho de información sobre las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual puede ejercitarse en un procedimiento autónomo a aquel que tiene como objeto la declaración de la infracción**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de enero de 2017 (as. C-427/15)*

La sentencia se dicta en el contexto de un litigio entre el titular de la marca denominativa MegaBabe y una empresa que utilizó esta última para comercializar una serie de mercancías sin el consentimiento del titular de la marca.

Tras la conclusión de un primer procedimiento nacional en el que se declaró la conducta infractora del demandado y se le condenó a cesar en ella, así como a retirar los productos comercializados bajo la marca MegaBabe, el demandante interpuso una nueva demanda con el fin de que se ordenara al infractor comunicar toda la información sobre el origen y las redes de distribución de las mercancías con la marca MegaBabe que había almacenado, comercializado o importado. Esta pretensión fue desestimada por el Tribunal municipal de Praga y derivó en la interposición de un recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Praga, el cual revocó la sentencia de primera instancia y ordenó al infractor comunicar al demandante la información solicitada. Interpuesto recurso de casación por parte del condenado ante el Tribunal Supremo de la República Checa, este decidió acudir al TJUE al objeto de que se pronunciase acerca de la posibilidad de interpretar el artículo 8.1 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (la «Directiva 2004/48»), en el sentido de que admite la posibilidad de invocar el derecho de información previsto en la Directiva mediante una demanda formulada de manera autónoma y con posterioridad al procedimiento principal de infracción.

En respuesta a la cuestión planteada, el TJUE determinó que la expresión «en el contexto de los procedimientos relativos a una infracción de un derecho de propiedad intelectual», contenida en el precepto señalado, no puede entenderse limitada exclusivamente a procedimientos cuyo objeto sea la declaración de una infracción de un derecho propiedad intelectual, sino que cabe interpretarlo de manera que englobe procedimientos autónomos entablados tras la conclusión definitiva de un procedimiento declarativo de infracción.

Asimismo, el Tribunal aclara que el destinatario de la obligación de facilitar información no es solo el infractor del derecho en cuestión, sino también «cualquier persona» de las recogidas en el artículo analizado, que no deben necesariamente ser partes del procedimiento relativo a la declaración de la infracción de un derecho de propiedad intelectual, por lo que se confirma la constatación de que el artículo 8.1 de la Directiva 2004/48 no puede interpretarse de modo que se limite su aplicación a tales procedimientos.

Finalmente, la sentencia recuerda que el derecho de información recogido en el artículo señalado concreta el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y garantiza de ese modo el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la propiedad. Ello sobre la base de que permite al titular de un derecho de propiedad intelectual identificar a la persona que infringe dicho derecho y tomar las medidas necesarias a los efectos de protección de este derecho (v. *gr.*, demandas de medidas provisionales). Por otro lado, sin un conocimiento completo del alcance de la infracción de su derecho de propiedad intelectual, el titular de tal derecho no estaría en condiciones de determinar o calcular con exactitud los daños y perjuicios a los que tiene derecho por tal infracción.

### [España]

**El Tribunal Supremo confirma que el perjudicado por una infracción de derechos de propiedad intelectual que reclama una indemnización del daño patrimonial calculada sobre la base del precio de las licencias que hubiese necesitado el infractor para utilizar su derecho puede reclamar adicionalmente la indemnización por daño moral**

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

Un particular demandó a Mandarin y a Mediaset por la realización y emisión, respectivamente, de un documental sobre la prostitución infantil en Cuba en el que se insertaban pasajes de su obra sin su autorización. En su demanda, solicitó 6.740 euros por la infracción de los derechos de explotación y 10.000 euros adicionales por daños morales.

El Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid estimó parcialmente la demanda e incluyó en la condena el daño moral. En cambio, el tribunal de apelación no solo redujo el importe de la indemnización por la infracción de los derechos de exclusiva, sino que eliminó la condena por daño moral al considerar que el demandante no estaba facultado para reclamarla al haber elegido el método de cálculo basado en el precio que habría pagado el infractor por la licencia para llevar a cabo el uso de la obra de manera lícita —artículo 140, apartado 2, letra b) del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual—, en lugar del método basado en la cuantificación del daño establecido en el apartado 2, letra a) del mencionado precepto. A juicio de la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, la elección de un modo de cálculo excluía la aplicación de otro, de modo que no se podían combinar ambos. El autor interpuso recurso de casación contra esta sentencia.

Antes de resolver, el Tribunal Supremo planteó al TJUE si el artículo 13.1 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual («Directiva 2004/48»), puede interpretarse en el sentido de que impide la acumulación de una indemnización por daño moral a la indemnización por infracción de los derechos de explotación de propiedad intelectual calculada según el método de las «licencias hipotéticas».

Por medio de sentencia de 17 de marzo de 2016, el TJUE concluyó que el precepto de la Directiva debía interpretarse en el sentido de que permite al perjudicado por la violación de su derecho de propiedad intelectual que reclama una indemnización del daño patrimonial calculada sobre la base del importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor le hubiese solicitado autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual de que se trate reclamar además la indemnización del daño moral.

En consecuencia, tras aclararse las dudas sobre la compatibilidad de la indemnización del daño moral y del daño patrimonial cuando el perjudicado haya optado, para cuantificarlo, por el criterio de la licencia hipotética por las dificultades existentes para determinar el importe del perjuicio realmente sufrido, el TS estima el recurso de casación y resuelve que, dadas las circunstancias del caso (gravedad del daño moral por sus características intrínsecas y por la divulgación del documental infractor), la indemnización de 10.000 euros se muestra adecuada, por lo que confirma, en este extremo, la sentencia de primera instancia.

**Anulación del sistema de compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado**

#### *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 noviembre de 2016*

La sentencia resuelve un recurso contencioso-administrativo interpuesto por tres entidades de gestión de derechos de autor —EGEDA, DAMA y VEGAP— contra el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equita-

tiva por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (el «RD 1657/2012»). El RD 1657/2012 se dictó en desarrollo de lo dispuesto en la disposición adicional 10.<sup>ª</sup> del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público («RD-L 20/2011»). La mencionada disposición adicional 10.<sup>ª</sup> previó la supresión del sistema de compensación por copia privada prevista en el entonces vigente artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, («TRLPI»), para sustituirlo por un procedimiento de compensación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. En este contexto, las recurrentes solicitaban que se declarase la nulidad de dicha disposición adicional, por no concurrir en su aprobación los motivos de extraordinaria y urgente necesidad que el artículo 86.1 de la Constitución Española exige para que el Gobierno pueda dictar normas en la forma de Decretos-leyes. La Sala sí aprecia la concurrencia de ese presupuesto, ya que la modificación de la compensación equitativa por copia privada introducida por el RD-L 20/2011 fue una de las medidas de política económica tendentes a hacer frente a una coyuntura económica innegablemente grave y excepcional. El Tribunal Supremo también descarta otras alegaciones de derecho interno, como la pretendida falta de cobertura legal del RD 1657/2012: la disposición adicional 10.<sup>ª</sup> del RD-L 20/2011, a la que el RD 1657/2012 da desarrollo, es una norma con rango de ley que hace un llamamiento al Gobierno para dictar un reglamento ejecutivo.

No obstante, las recurrentes paralelamente alegaron que el procedimiento de compensación equitativa por copia privada regulado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado es contrario al Derecho de la Unión Europea, en cuanto conlleva que dicha compensación se encuentre acotada por los límites presupuestarios establecidos para cada ejercicio, desvirtuando con ello su carácter «equitativo». Ante esta alegación, la Sala decidió plantear cuestión prejudicial ante el TJUE (Auto de 10 de septiembre de 2014) con el objeto de que este se pronunciase, en primer lugar, acerca de la conformidad con el artículo 5.2.b) 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 («Directiva 2001/29/CE»), de un sistema de compensación equitativa por copia privada que, tomando como base de estimación el perjuicio efectivamente causado, se sufraga con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sin que resulte por ello posible asegurar que el coste de dicha compensación sea soportado por los usuarios de copias privadas. El Supremo también solicitó al TJUE que, para el caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, se pronunciase acerca de la posibilidad de que la cantidad total destinada a la mencionada compensación se fije dentro de los límites presupuestarios establecidos para cada ejercicio. La cuestión prejudicial, resuelta mediante sentencia del TJUE de 9 de junio de 2016 (asunto C-470/14), contestó de manera negativa a la primera de las cuestiones planteadas, no entrando por ello a dar respuesta a la segunda de ellas.

En su resolución, el TJUE señala que un sistema de compensación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado no es necesariamente contrario a la Directiva 2001/29/CE, pero impone la condición de que el coste efectivo de la compensación pese exclusivamente sobre los usuarios de la copia privada, que en ningún caso pueden ser, por definición, las personas jurídicas. Dado que la regulación española de la compensación equitativa no preveía medio alguno de dar cumplimiento a esta condición, el TJUE declaró su incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea.

Constante el presente proceso fue aprobada la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el Texto Refundido de la Propiedad Intelectual (la «ley 21/2014»), cuyo artículo 1.2, por el que se dio nueva redacción al artículo 25 del TRLPI, fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, aún pendiente de resolverse. Aunque, en sus alegaciones, el Abogado del Estado sostuvo que el proceso debía suspenderse hasta que el Tribunal Constitucional dicte sentencia en dicho recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Supremo lo rechaza por cuanto si una norma jurídica nacional es contraria al derecho de la Unión Europea, ha de ser inaplicable independientemente de que además pueda ser inconstitucional. En efecto, el deber que pesa sobre todos los órganos judiciales nacionales de inaplicar —por sí solos, sin plantear previamente cuestión alguna al propio Tribunal Constitucional— las normas nacionales contrarias al derecho de la UE dimana del principio de primacía de este, como viene siendo constantemente afirmado desde la conocida sentencia *Simmenthal* de 9 de marzo de 1978 ( C-106/77 ).



Pues bien, con base en la sentencia dictada por el TJUE en el asunto C-470/14, y en virtud de ese mismo principio de primacía del derecho de la Unión Europea, el Supremo declara inaplicables al caso los preceptos legales contenidos en la disposición adicional 10.<sup>a</sup> del RD-L 20/2011 y del apartado segundo del artículo 1 de la ley 21/2014, por apreciar su inexorable incompatibilidad con la Directiva 2001/29/CE. Dado que el RD 1657/2012 es un reglamento ejecutivo, cuya finalidad consiste en desarrollar los citados preceptos legales en lo relativo al procedimiento para el pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a las Presupuestos Generales del Estado, es claro que dicho RD carece de un fundamento legal efectivo y, en consecuencia, es nulo. Al estimar el recurso en lo relativo a la impugnación del RD 1657/2012 en su conjunto, la Sala no considera preciso pronunciarse sobre las distintas pretensiones subsidiarias formuladas en la demanda, que apuntaban a la nulidad de concretos preceptos del RD.

Finalmente, el Tribunal Supremo observa que no es procedente recoger en el fallo ningún pronunciamiento con carácter general sobre la inaplicabilidad de la disposición adicional 10.<sup>a</sup> del RD-L 20/2011 y del artículo 1.2 de la Ley 21/2014, como habían solicitado las actoras: el objeto directo del recurso era el RD 1657/2012 y, para resolver sobre su validez, bastaba comprobar que esos preceptos legales no podían proporcionarle un fundamento efectivo.

**El Tribunal Supremo confirma la condena de 6 años de cárcel a dos de los administradores de la web Youkioske, que ofrecía contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual (periódicos, revistas, etc.) sin contar con la autorización de los autores de dichos contenidos**

#### *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 12 de diciembre de 2016*

Tal y como se expuso en el artículo «*La persecución penal de las páginas de internet que permiten el acceso a contenidos sin autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual: el caso Youkioske*», publicado en el número 41 de esta revista, la sentencia de la Sala de lo Penal 5 de la Audiencia Nacional, de 5 de marzo de 2015, impuso penas de prisión de 6 años a los administradores de la página web Youkioke (que permitía el acceso a obras protegidas mediante enlaces sin la autorización de sus titulares) por un delito contra la propiedad intelectual y por un delito de constitución e integración en una organización criminal.

La posterior sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2015 anuló la aludida sentencia y ordenó que se dictase otra en su lugar en la que se describiesen los hechos probados con mayor precisión.

El 5 de febrero de 2016 la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó nueva sentencia en la que confirma todos los pronunciamientos de su anterior sentencia de 5 de marzo de 2015 tras detallar con mayor precisión el relato de hechos probados.

El Tribunal Supremo desestima en su nueva sentencia la totalidad de los motivos esgrimidos por los dos condenados contra el fallo de la Audiencia Nacional. En su resolución del caso planteado, el Tribunal Supremo realiza una serie de precisiones relevantes respecto al delito de propiedad intelectual. Así, arroja luz sobre los requisitos que ha de reunir una conducta para considerarse englobada en la tipicidad del delito contra la propiedad intelectual, sobre la base del concepto de «público nuevo» definido en la Sentencia Svensson (Sentencia del TJUE de 13 de febrero de 2014). En este sentido, la sentencia establece que si la obra ya es conocida por los usuarios o potencialmente puede ser conocida por estos de manera libre, la mera acción de simplificar el acceso, por ejemplo vía enlace en Internet, no constituye un acto de comunicación pública en los términos de la tipicidad recogida en el artículo 270 del Código Penal.

Sin embargo, en el presente caso, tras la corrección del relato fáctico incluido en la sentencia de la Audiencia Nacional, se puso de manifiesto que los condenados ponían a disposición de manera gratuita publicaciones cuyos titulares de derechos habían puesto a disposición únicamente en versión impresa o mediante plataformas digitales de pago. Por tanto, la comunicación de estas obras en condiciones no dispuestas por sus titulares de derechos de autor constituye un acto de comunicación pública de obras protegidas a un público nuevo y consecuentemente un delito contra la propiedad intelectual.

En relación con la actuación concertada de los condenados, la Sala afirma que de los hechos probados se deduce la existencia de una organización con niveles de actuación prefijados de carácter estable o por tiempo indefinido y que, de manera concertada y coordinada, se reparten



diversas tareas y funciones, apreciando por tanto la concurrencia de los elementos previstos en la definición de organización criminal que recoge el artículo 570 bis de nuestro Código Penal.

Por todo lo anterior, la sentencia confirma la condena a seis años de prisión impuesta por la Audiencia Nacional a cada uno de los recurrentes, si bien incluye un voto particular firmado por el ponente de aquella, don Andrés Martínez Arrieta, que discrepa de la decisión mayoritaria en relación con este último aspecto referente a la apreciación de una organización criminal. El voto particular señala que del relato fáctico no ha quedado suficientemente acreditada la existencia de dicha organización, ya que no se ha descrito con suficiencia la naturaleza de las relaciones existentes entre los miembros del grupo que actuaban de manera ilícita.

## SALUD Y ALIMENTACIÓN\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

#### Venta a distancia de medicamentos veterinarios sin receta

*Real Decreto 554/2016, de 25 de noviembre, por el que se regula la venta a distancia al público de medicamentos veterinarios no sujetos a prescripción veterinaria*

Este Real Decreto desarrolla el texto refundido de la Ley de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2015, en particular su art. 38), en lo relativo a la venta de medicamentos veterinarios. Se regula, por primera vez, la venta al público, a distancia, de medicamentos veterinarios no sujetos a prescripción.

La venta a distancia únicamente puede ser realizada por las oficinas de farmacia legalmente establecidas y los establecimientos comerciales detallistas de medicamentos veterinarios. Se deberá notificar previamente esta actividad a la autoridad competente de la Comunidad Autónoma en que radiquen, pudiendo a partir de entonces operar en todo el territorio nacional. El destinatario también podrá encontrarse en otro país dentro del territorio aduanero de la Unión Europea, si bien en este caso la venta solo podrá realizarse si el medicamento se encuentra autorizado también en el Estado miembro de destino y respetando lo establecido sobre la venta a distancia en dicho Estado.

Para que la dispensación se realice con las suficientes garantías sanitarias, los pedidos tendrán que realizarse directamente a la oficina de farmacia o al establecimiento comercial detallista correspondiente, señalando los datos de contacto del comprador. Además, se mantendrá un registro de los pedidos y se observarán todas las previsiones relativas a la farmacovigilancia y al correcto uso de dichos medicamentos veterinarios.

El farmacéutico responsable de la dispensación deberá, asimismo, valorar la pertinencia o no de la dispensación de los medicamentos, especialmente ante solicitudes de cantidades excesivas o peticiones frecuentes o reiteradas, que indiquen la posibilidad de que pueda estar realizándose un abuso o mal uso del medicamento.

Se regulan también los requisitos aplicables a los sitios web de las farmacias y establecimientos comerciales detallistas que realicen venta a distancia.

\* Esta sección ha sido coordinada por Beatriz Cocina, y han participado Santiago Puente y Alejandro Abad, en su parte española, y Mafalda Almedia Carvalho, Joana Torres Ereio, Inês Caria Pinto Basto, Joana Mota, Manuel Carvalho, Manuel Barbosa Moura, Maria Francisca Couto y Mariana Barreira, en su parte portuguesa, todos ellos del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

**[Portugal]****Dispositivos Médicos - Portaria n.º 256/2016 (DR 187 série I de 2016-09-28)****Princípios e Normas de Boas Práticas de Distribuição**

Foi publicada, no passado dia 28 de setembro, a Portaria 256/2016 («Portaria») que aprova os princípios e normas de boas práticas de distribuição de dispositivos médicos a observar pelas entidades que se dediquem ao exercício da atividade de distribuição por grosso de dispositivos médicos em território nacional, dando assim cumprimento ao disposto no n.º 3 do artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de junho («Decreto-Lei 145/2009») relativo ao regime jurídico aplicável ao fabrico e comercialização de dispositivos médicos.

A Portaria estabelece um conjunto de princípios e normas orientadoras que contribuem para a preservação da qualidade, segurança e desempenho dos dispositivos médicos e dos respetivos serviços de comercialização, ao mesmo tempo que regula matérias relacionadas com: (i) a competência e experiência do pessoal que integra a estrutura dos distribuidores de dispositivos médicos; (ii) os requisitos das instalações e dos equipamentos utilizados para o armazenamento, preservação e proteção dos dispositivos médicos; (iii) as normas relativas aos procedimentos internos suscetíveis de afetar a qualidade, segurança ou o desempenho dos dispositivos médicos ou da atividade de distribuição; (iv) o tratamento de documentação e registos; (v) a necessidade de existir um sistema de registo e tratamento de reclamações bem como a obrigação de adotar medidas adequadas em relação a dispositivos falsificados; (vi) a necessidade de assegurar que a receção e a expedição de remessas de dispositivos é adequadamente examinada e conferida; (vii) as regras de armazenamento, transporte e devolução de dispositivos médicos; (viii) a existência de um plano de emergência de recolha de mercado; e (ix) a necessidade de garantir que os produtos rejeitados são devolvidos ou destruídos atempadamente e em condições adequadas.

A violação destes princípios constitui, nos termos da alínea hh) do n.º 1 artigo 61.º do Decreto-Lei 145/2009, uma contraordenação punível com coima de € 2.000,00 até € 44.890,00.

A Portaria entra em vigor 30 dias após a data da sua publicação.

**Formação, alteração e revisão dos preços de medicamentos - Portaria n.º 290-A/2016 (DR 219 série I de 2016-11-15)****Formação, alteração e revisão dos preços de medicamentos**

Foi publicada, no passado dia 15 de novembro, a Portaria 290-A/2016 («Portaria»), que procede à terceira alteração da Portaria n.º 195-C/2015, de 30 de junho, no sentido de adaptar as regras e procedimentos de revisão anual de preços às especificidades inerentes aos medicamentos genéricos, e ao aditamento da Portaria n.º 154/2016, de 27 de maio, clarificando quais os prazos de escoamento dos medicamentos.

Neste contexto, a Portaria vem: (i) definir que o preço de venda ao armazenista dos medicamentos genéricos pode ser revisto anualmente, mas deve ser, no mínimo, 30 % inferior ao preço máximo do medicamento de referência com igual dosagem e forma farmacêutica; e (ii) estabelecer novas regras relativamente aos prazos de escoamento dos medicamentos que apresentem preços diferentes dos notificados, nos termos da Portaria n.º 154/2016, passando a dispor que os medicamentos que se encontrem nos distribuidores por grosso e nas farmácias marcados com o preço antigo no dia anterior ao da entrada em vigor dos novos preços notificados, poderão ser escoados no prazo de trinta e sessenta dias, respetivamente, pelo preço antigo.

A Portaria entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

**Revisão anual de preços de medicamentos - Países de Referência - Portaria n.º 290-B/2016 (DR 219 série I de 2016-11-15)****Revisão anual de preços de medicamentos - Países de Referência**

Foi publicada, no passado dia 15 de novembro, a Portaria 290-B/2016 («Portaria»), que define os de referência, a considerar em 2017, para a autorização dos preços dos novos medicamentos e para efeitos de revisão anual de preços dos medicamentos do mercado hospitalar e do mercado de ambulatório, ao mesmo tempo que introduz, para o mesmo ano, um critério excecional a aplicar no regime de revisão de preços e a sua suspensão para os medicamentos genéricos, de modo a corresponder aos compromissos assumidos pelo Governo no Acordo com a Indústria Farmacêutica para 2017.

Neste contexto, a Portaria vem definir para 2017: (i) que os países de referência são Espanha, Itália e França; (ii) que a revisão dos preços dos medicamentos genéricos não pode resultar numa redução do preço de venda ao público superior a 10% do preço de venda ao público em vigor e; (iii) que as normas dos artigos 17.º e 20.º da Portaria n.º 195 -C/2015, de 30 de junho, na sua atual redação, referentes à revisão anual dos preços máximos de aquisição dos medicamentos genéricos pelos estabelecimentos e serviços do Serviço Nacional de Saúde, serão suspensas.

A Portaria entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

### Setor Vitivinícola - Medidas de Apoio

#### *Portaria n.º 320/2016, de 16 de dezembro (DR 240, série I de 2016-12-16)*

Foi publicada no passado dia 16 de dezembro a Portaria que estabelece, para o continente, as normas complementares de execução do regime de apoio à reestruturação e reconversão das vinhas (VITIS) para o período 2014-2018, previsto no Regulamento (UE) n.º 1308/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2013.

Esta Portaria introduz uma grelha de prioridades adotadas pelo governo no âmbito deste regime de apoio. Em particular, é dada prioridade: (i) às candidaturas submetidas por jovens agricultores; (ii) aos investimentos que prevejam a reconversão varietal assente na plantação de castas autóctones; (iii) ao aumento da dimensão das pequenas explorações; e (iv) aos investimentos a realizar nas Regiões Demarcadas de Carcavelos e de Colares.

São igualmente introduzidas novas regras associadas à submissão das candidaturas, ao controlo da execução dos investimentos e ao aumento da interoperabilidade dos sistemas de informação dos diferentes organismos públicos, visando assegurar a agilização dos procedimentos.

O Instituto da Vinha e do Vinho, I. P. e o Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas, I. P. estabelecem as normas complementares, de caráter técnico e específico, de aplicação da presente Portaria, as quais irão constar de um manual disponível nos respetivos sítios da internet ([www.ivv.min-agricultura.pt](http://www.ivv.min-agricultura.pt) e [www.ifap.pt](http://www.ifap.pt), respetivamente).

As candidaturas serão abertas anualmente entre 15 de novembro e 31 de dezembro.

Esta portaria entrou em vigor no dia 17 de dezembro de 2016 e aplica-se às candidaturas submetidas após a sua entrada em vigor.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Unión Europea]

#### Importación paralela de productos sanitarios: no puede exigirse evaluación complementaria de la conformidad

#### *Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de octubre de 2016, entre Servoprax GmbH y Roche Diagnostics Deutschland GmbH (as. C-277/15)*

En esta sentencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve dos cuestiones prejudiciales que tenían por objeto la interpretación del artículo 9 de la Directiva 98/79/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 1998, sobre productos sanitarios para diagnóstico *in vitro* (la «Directiva»). En concreto, el órgano jurisdiccional remitente solicitó que el TJUE analizara si el referido precepto impone a un importador paralelo de un producto para auto-diagnóstico *in vitro* que lleva un marcado CE y que ha sido objeto de una evaluación de la conformidad realizada por un organismo notificado, la obligación de proceder a una nueva evaluación para acreditar la conformidad del etiquetado y de las instrucciones de utilización de ese producto en el Estado miembro de importación, dado que dichos elementos deberían ser traducidos a la lengua oficial del Estado de destino.

Por un lado, el TJUE recuerda que los productos para diagnóstico *in vitro* que lleven un marcado CE y cuya conformidad haya sido certificada deben disfrutar de la libre circulación en todo el territorio de la UE, sin que del artículo 9 de la Directiva pueda extraerse que el expediente de evaluación de la conformidad haya de estar redactado en cada una de las lenguas oficiales de los Estados en los que vayan a comercializarse los productos.

Por otro lado, el Tribunal también reconoce que, en virtud del artículo 4 de la Directiva, los Estados miembros tienen el derecho y la obligación de exigir que la etiqueta y las instrucciones de utilización de los productos incluyan una traducción en sus(s) lengua(s) oficial(es). No obstante, el Tribunal matiza que esta obligación no puede llegar al punto de imponer al importador de los productos el deber de someterlos a una nueva evaluación de conformidad por un organismo notificado.

Asimismo, el Tribunal rechaza la posibilidad de asimilar a un importador paralelo de estos productos que añada etiquetas e instrucciones de utilización en la(s) lengua(s) del Estado de importación al fabricante, de suerte que tampoco se le puede exigir al importador por esta vía el sometimiento de los productos a una evaluación complementaria de la conformidad. El importador no comercializa los productos en su propio nombre y, por tanto, no puede ser considerado «fabricante».

Por último, el Tribunal subraya que la Directiva prevé la aplicación de medidas de salvaguarda y de vigilancia para supuestos de riesgo para la salud o la seguridad (artículos 8 y 11), y sugiere el recurso a ellas en aquellos supuestos en que la traducción del etiquetado y de las instrucciones no sea exacta o no cumpla con los requisitos de la legislación nacional.

**La fijación de precios uniformes para la venta de medicamentos por parte de farmacias constituye una medida de efecto equivalente a una restricción a la importación**

*Sentencia del Tribunal de Justicia, de 19 de octubre de 2016, entre Deutsche Parkinson Vereinigung eV y Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV (as. C-148/15)*

Esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se plantea en el contexto de un litigio en Alemania relacionado con la fijación de precios uniformes para la venta, por parte de las farmacias, de medicamentos de uso humano sujetos a receta médica.

En primer lugar, el TJUE analiza si una normativa que fija dichos precios constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación, como tal prohibida por el art. 34 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»). El TJUE señala que, efectivamente, la imposición de unos precios de venta uniformes puede constituir un obstáculo para las importaciones de medicamentos provenientes de farmacias situadas en otros Estados miembros. El Tribunal entiende que la fijación de precios impide a las farmacias situadas en otros territorios hacer valer su posible ventaja competitiva consistente en la oferta de precios más bajos. Se trata, por tanto, de una medida de efecto equivalente a una restricción a la importación.

Y en segundo lugar, se plantea si dicha fijación de precios puede estar justificada por razones de protección de la salud y vida de las personas, y, por tanto, puede quedar amparada por el art. 36 TFUE, como excepción a la regla de libre circulación de mercancías. El riesgo para la salud vendría ocasionado por los bajos costes de las farmacias que operan por correo (desde otros Estados miembros): ello podría perjudicar a las farmacias tradicionales, sobre todo en zonas rurales o poco pobladas, u obligar al paciente a realizar un estudio de mercado para ver qué farmacia ofrece el medicamento que necesita a un precio más favorable.

A este respecto, el TJUE recuerda que una norma nacional que pretenda restringir una libertad fundamental de la Unión debe ser interpretada de manera restrictiva y solo puede justificarse en la medida en que sea adecuada y proporcional para alcanzar el objetivo perseguido. El TJUE, en este caso, no considera probado el posible riesgo para la salud de las personas y, de hecho, argumenta que un incremento de la competencia podría precisamente favorecer el abastecimiento uniforme de medicamentos, «al estimular la implantación de farmacias en regiones en las que el escaso número de oficinas permitiría cobrar precios más elevados». Señala además que «la competencia a través del precio podría beneficiar al paciente», en la medida en que permitiría ofrecer los medicamentos sujetos a receta médica «a precios más favorables que los actualmente impuestos».

Por todo ello, y en definitiva, el TJUE señala que una normativa que dispone la fijación de precios uniformes para la venta, por parte de las farmacias, de medicamentos de uso humano sujetos a receta médica constituye una medida de efecto equivalente prohibida por el art. 34 TFUE, sin que se haya demostrado que dicha restricción sea adecuada para proteger la salud y vida de las personas.

## [España]

**Contrato de fabricación de medicamentos; obligación del comitente de mantener la relación comercial de compra del producto durante la vigencia del contrato**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 noviembre 2016*

Esta sentencia resuelve una disputa entre Sandoz Farmacéutica, S.A. («Sandoz») y Mercrismar, S.L. y otros (el «Fabricante»).

El caso se suscita a raíz de la resolución contractual ejercitada por el fabricante, alegando incumplimiento esencial del comitente (Sandoz). En efecto, de acuerdo con el contrato suscrito entre Sandoz y el fabricante, este se comprometía a fabricar una especialidad farmacéutica concreta de acuerdo con los pedidos del comitente. Sin embargo, a partir del año 2009 Sandoz dejó de realizar pedidos, argumentando que no existía obligación contractual de realizar unas compras mínimas. Así, el fabricante solicitó que se declarase válidamente resuelto el citado contrato por incumplimiento del comitente, así como la condena al pago de una serie de cantidades en concepto de daños y perjuicios.

A pesar de que en primera instancia se desestimó la demanda, la Audiencia Provincial de Madrid acogió la argumentación del fabricante, señalando que «una cosa es que Sandoz no tuviera obligación de realizar un pedido mínimo y otra muy diferente que no hiciera el más mínimo pedido», argumento que acoge también en casación el Tribunal Supremo.

El Tribunal recurre a la interpretación integradora del contrato de los artículos 1282 y 1283 CC, vista la insuficiencia de la interpretación literal (1281 CC) para dotar por sí sola de sentido a la cuestión planteada, llegando a la conclusión de que el comitente, en el marco de la relación negocial, sí que había asumido, al menos, la obligación de mantener la relación comercial con la empresa fabricante (es decir, realizar al menos algún pedido del producto encargado). De acuerdo con el Tribunal, este incumplimiento tendría carácter esencial, lo que justificaría la resolución contractual ejercitada por el fabricante. El Tribunal señala, en línea con los principios del derecho europeo de la contratación («PECL»), que «el incumplimiento esencial, como concepto vinculado al plano satisfactivo del cumplimiento de la obligación, se proyecta en orden a los intereses primordiales que justificaron la relación negocial», siendo «todo aquello que cabía esperar, de un modo razonable y de buena fe, de acuerdo con la relevancia y características del contrato celebrado», lo que en el caso analizado se traduce en, al menos, el mantenimiento de una relación comercial durante la vigencia del contrato.

**El Tribunal Constitucional avala la subasta de medicamentos andaluza**

*Sentencias del Tribunal Constitucional 210/2016, de 15 de diciembre de 2016, y de 19 de enero de 2017 (pendiente de publicación en el BOE)*

Las sentencias analizan sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el Decreto-Ley 3/2011, de 13 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía (el «Decreto-Ley»).

Este Decreto-Ley establece el llamado sistema de «subastas» de medicamentos. Se prevé una selección por el Servicio Andaluz de Salud («SAS»), mediante convocatoria pública, del medicamento que será dispensado por las oficinas de farmacia en el marco de la prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía, en los casos de prescripción por principio activo.

Según los recurrentes, este régimen vulnera las competencias exclusivas del Estado en materia de (i) bases y coordinación general de la sanidad, (ii) legislación sobre productos farmacéuticos, (iii) legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social y (iv) regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad constitucional de todos los españoles. Por su parte, la Junta y el Parlamento de Andalucía consideran que el Decreto-Ley respeta las competencias autonómicas de Andalucía en materia de sanidad u ordenación farmacéutica y no vulnera ninguna normativa estatal.

El Tribunal Constitucional desestima el recurso de inconstitucionalidad.

En primer lugar, el Tribunal enmarca la regulación cuestionada en la materia competencial relativa a la sanidad y no en la relacionada con la legislación sobre productos farmacéuticos (al no regular el medicamento como «sustancia», sino como «prestación sanitaria») o en la relativa a la Seguridad Social.

A este respecto, el TC reconoce, por un lado, que la prescripción y dispensación de medicamentos constituye un aspecto básico de la normativa en materia de sanidad, y por tanto corresponde al Estado su regulación *ex. art. 149.1.16 de la Constitución Española*. Sin embargo, el TC también afirma que la uniformidad mínima en las condiciones de acceso a los medicamentos en todo el territorio nacional, que corresponde garantizar al Estado, es «susceptible de mejora, en su caso, por parte de las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera», siempre y cuando no se contravenga el principio de solidaridad e igualdad efectiva de acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud. Teniendo esto en cuenta, el TC entiende que este derecho no se ha vulnerado por lo siguiente:

Por lo que se refiere a medicamentos, la legislación aplicable (en la actualidad, 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 —«Ley de Garantías»—), ha configurado como norma general la prescripción por principio activo y la dispensación por el farmacéutico del medicamento de menor precio, de acuerdo con las agrupaciones homogéneas establecidas por el Ministerio de Sanidad. En Andalucía, a raíz de las convocatorias públicas, la selección de los medicamentos a dispensar cuando se prescriban por principio activo no la hará la oficina de farmacia (como en el sistema estatal), sino el SAS. Pero el destinatario de la prestación farmacéutica recibirá en todo caso el medicamento de precio más bajo, tal y como prevé la norma estatal. Que sea seleccionado por el SAS en vez de por el farmacéutico no implica, a juicio del TC, ningún perjuicio para el destinatario.

Por lo que se refiere a productos sanitarios, el TC señala que la Ley de Garantías no establece reglas específicas en materia de dispensación de productos sanitarios. No hay una norma básica que condicione o limite las medidas que pueden adoptar las Comunidades Autónomas en este ámbito, por lo que el TC no puede entender que la norma andaluza, «que tiende a racionalizar el gasto en materia de productos sanitarios al seleccionar el producto sanitario que debe ser dispensado por la oficina de farmacia cuando se prescriba por denominación genérica, haya producido diferencias en las condiciones de acceso a los productos sanitarios financiados por el Sistema Nacional de Salud, ni en el catálogo ni en los precios».

## TRIBUTARIO\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

— *Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016 por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (DOUE L 193/2016, de 19 de julio de 2016)*

#### [España]

— *Real Decreto-Ley 2/2016, de 30 de septiembre, por el que se introducen medidas tributarias dirigidas a la reducción del déficit público (BOE de 30 de septiembre de 2016)*

\* Esta sección ha sido coordinada por Jesús López-Tello y Miguel Bastida Peydro, y en su elaboración ha participado Susana Estevão Gonçalves y Catarina Fernandes, del Área de Fiscal de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

**[Portugal]****Imposto sobre os produtos petrolíferos - Reembolso parcial de impostos sobre combustíveis para empresas de transportes de mercadorias**

*Portaria n.º 246-A/2016, de 9 de setembro de 2016 (DR 173, 1.º Suplemento, Série I, de 9 de setembro de 2016)*

A presente portaria estabelece as condições e os procedimentos do regime de reembolso parcial de impostos sobre combustíveis, legalmente previsto no artigo 93.º-A do Código dos Impostos Especiais de Consumo, aplicável às empresas de transportes de mercadorias e aos abastecimentos com gasóleo rodoviário, até ao limite máximo de 30.000 litros por ano civil.

A portaria em apreço produz efeitos a partir de 1 de janeiro de 2017, prevendo um regime transitório aplicável a partir do dia 15 de setembro de 2016 em determinadas áreas piloto devidamente identificadas na portaria.

**Informações obrigatórias no domínio da fiscalidade para Instituições Financeiras**

*Decreto-Lei n.º 64/2016, de 11 de outubro (DR 195, Série I, de 11 de outubro de 2016)*

O presente Decreto-Lei vem aprovar a regulamentação prevista no Regime de Comunicação de Informações Financeiras («RCIF»), no âmbito do *Foreign Account Tax Compliance Act* («FATCA»), e transpor para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2014/107/UE, do Conselho, de 9 de dezembro de 2014 que alterou a Diretiva n.º 2011/16/EU, de 15 de fevereiro de 2011, no que respeita à troca automática de informações no domínio da fiscalidade.

O referido Decreto-Lei vem estabelecer novas regras sobre o regime de acesso e troca automática de informações financeiras no domínio da fiscalidade, definindo, por um lado, as regras complementares para a implementação dos mecanismos de cooperação internacional e de combate à evasão fiscal, e, por outro lado, novas regras sobre a obrigatoriedade de cumprimento das normas de comunicação e diligência devida em relação a contas financeiras qualificáveis como sujeitas a comunicação de titulares ou beneficiários residentes noutros Estados-Membros da União Europeia ou em outras jurisdições participantes.

O Decreto-Lei em apreço procede, igualmente, a outras alterações legislativas entre as quais se destacam: (i) a alteração do Regime Geral das Infrações Tributária («RGIT») através do aditamento de uma nova contra-ordenação resultante do incumprimento das regras de comunicação e diligência devida a aplicar pelas instituições financeiras, e (ii) a alteração do Regime Complementar do Procedimento de Inspeção Tributária e Aduaneira («RCPIT»), conferindo poderes à Autoridade Tributária e Aduaneira («AT») para verificar o cumprimento das obrigações previstas para as instituições financeiras reportantes.

**Derrama Regional - Região Autónoma dos Açores**

*Decreto Legislativo Regional n.º 21/2016/A (DR 199, Série I, de 17 de outubro de 2016)*

O presente Decreto Legislativo Regional cria a derrama regional a vigorar na Região Autónoma dos Açores («RAA») e aprova o respetivo regime jurídico.

Com a aprovação do referido Decreto, os sujeitos passivos residentes na RAA ou os sujeitos passivos não residentes que tenham estabelecimento estável na RAA, que exerçam, a título principal, uma atividade de natureza comercial, industrial ou agrícola, passam a estar sujeitos a derrama regional sobre a parte do lucro tributável superior a € 1.500.000, às taxas seguintes: (i) 2,4% sobre a parte do lucro tributável que exceda € 1.500.000 e até € 7.500.000; (ii) 4% sobre a parte do lucro tributável que exceda € 7.500.000 e até € 35.000.000; e (iii) 5,6% sobre a parte do lucro tributável que exceda € 35.000.000.

O referido Decreto entrou em vigor no dia 18 de outubro de 2016.

**Convenção entre Portugal e o Reino da Arábia Saudita para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal**

*Aviso n.º 103/2016 (DR 191, Série I, 4 de outubro de 2016)*

O presente Aviso vem tornar público que foram cumpridas as formalidades constitucionais internas de aprovação da Convenção entre a República Portuguesa e o Reino da Arábia Saudita para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento, assinada em Lisboa a 8 de abril de 2015.

A referida Convenção entrou em vigor no dia 1 de setembro de 2016.



**Reavaliação dos ativos fixos tangíveis e de propriedades investimento**

*Decreto-Lei n.º 66/2016, de 3 de novembro de 2016 (DR 211, Série I, de 3 de novembro de 2016)*

O Decreto-Lei em apreço vem estabelecer um regime facultativo de reavaliação aplicável aos ativos fixos tangíveis afetos ao exercício de atividades de natureza comercial, industrial ou agrícola, bem como a propriedades de investimento e aos elementos patrimoniais de natureza tangível afetos a contratos de concessão, com efeitos a 31 de dezembro de 2015. Este regime é aplicável a sujeitos passivos de Imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas («IRC») ou de Imposto sobre o rendimento das pessoas singulares («IRS»), com contabilidade organizada, tendo em vista a transmissão de uma imagem mais fiel dos capitais próprios dos referidos sujeitos passivos.

O regime em causa é, em geral, aplicável: (i) aos ativos cujo período de vida útil remanescente (i.e. cujo «período adicional de utilização futura, aferido à data a que se reporta a reavaliação») seja igual ou superior a cinco anos, ou 60 meses, caso sejam praticadas depreciações ou amortizações por duodécimos; e (ii) aos elementos patrimoniais de natureza fixa tangível afetos a contratos de concessão, nos termos previstos no Decreto-Lei.

A reavaliação dos ativos é efetuada mediante a aplicação ao valor base dos ativos (regra geral, ao custo de aquisição ou de produção relevantes ou ao valor obtido na última reavaliação efetuada) e correspondentes depreciações ou amortizações acumuladas, dos coeficientes de atualização previstos na Portaria n.º 400/2015, de 6 de novembro.

A diferença entre o valor líquido dos ativos reavaliados e o seu valor antes da reavaliação constitui reserva de reavaliação, a qual fica sujeita a uma taxa de tributação autónoma especial equivalente a 14%. A referida tributação autónoma deve ser (auto) liquidada e paga pelos sujeitos passivos mediante a apresentação de declaração de modelo oficial a enviar, por transmissão eletrónica, até ao dia 15 de dezembro de 2016.

Os valores resultantes da reavaliação são, como regra geral, relevantes para efeitos fiscais, nomeadamente, de depreciações ou amortizações (a partir do exercício de 2018) dos ativos objeto de reavaliação, nos termos e para os efeitos previstos no Decreto-Lei.

Os ativos objeto de reavaliação devem ser detidos por um período mínimo de cinco anos após a data a que se reporta a reavaliação salvo nos casos de aplicação do regime da neutralidade fiscal desde que a sociedade beneficiária mantenha esses elementos pelo período necessário para completar tal período de detenção. Em caso de transmissão onerosa de tais ativos no decurso do período de cinco anos, o sujeito passivo deve reinvestir o respetivo valor de realização em ativos com a mesma natureza «no período anterior ao da realização, no próprio período de tributação ou até ao fim do segundo período de tributação seguinte» sob pena de se adicionar «ao lucro ou ao rendimento tributável relativo ao segundo período de tributação posterior ao da realização, o montante correspondente ao incremento das depreciações ou amortizações deduzidas e do custo de aquisição que tenha relevado para efeitos fiscais, majorado em 30%».

O presente Decreto-Lei entrou em vigor no dia 4 de novembro de 2016.

*Despacho n.º 14076/2016, de 23 de novembro de 2016 (DR 225, Série II, de 23 de novembro de 2016)*

O referido Despacho aprova a Declaração Modelo 52 a apresentar pelos sujeitos passivos para efeitos de opção pela reavaliação de ativos fixos tangíveis e propriedades de investimento e respetiva aplicação da tributação autónoma especial, e respetivas instruções de preenchimento.

**Programa especial de redução do endividamento ao estado («PERES»)**

*Decreto-Lei n.º 67/2016, de 3 de novembro de 2016 (DR 211, Série I, de 3 de novembro de 2016)*

O referido Decreto-Lei aprovou um regime excecional de regularização de dívidas de natureza fiscal e de dívidas de natureza contributiva à segurança social mediante o pagamento integral ou em prestações das referidas dívidas.

A adesão ao PERES teve como principal vantagem a dispensa (total ou parcial, consoante a opção por pagamento integral ou em prestações) do pagamento de juros de mora, de juros compensatórios e de custas do processo de execução fiscal correspondente.

O regime em causa abrangeu as dívidas liquidadas anteriormente à sua entrada em vigor (i.e. antes do dia 4 de novembro de 2016), cujo facto tributário se tenha verificado até ao dia 31 de dezembro de 2015 e cujo prazo legal de cobrança haja terminado até 31 de maio de 2016.

Em caso de opção pelo pagamento integral das dívidas, o pagamento deveria ocorrer até ao dia 20 de dezembro de 2016 (no caso das dívidas fiscais) ou até ao dia 30 de dezembro (no caso de dívidas à segurança social).

A opção pelo pagamento integral das dívidas implicou um perdão da totalidade dos juros de mora, dos juros compensatórios e das custas do processo de execução fiscal (se aplicável). Esta opção determinou ainda a redução das coimas aplicáveis.

O pagamento em prestações poderá ser efetuado até 150 prestações mensais iguais no valor mínimo de €102 (para pessoas singulares) ou €204 (para pessoas coletivas), desde que o contribuinte tenha realizado o pagamento de pelo menos 8% da dívida objeto do plano prestacional até ao dia 20 de dezembro de 2016 (no caso de dívidas fiscais) ou 30 de dezembro de 2016 (no caso de dívidas à segurança social) e implica o perdão parcial de juros de mora, de juros compensatórios e de custas dos processos de execução nos seguintes termos: (i) 80% em planos prestacionais até 36 prestações mensais; (ii) 50% em planos prestacionais de 37 até 72 prestações mensais, e; (iii) 10% em planos prestacionais de 73 até 150 prestações mensais.

O prazo limite para adesão ao regime por via eletrónica (no portal da AT ou da segurança social) terminou no dia 20 de dezembro de 2016 em ambos os casos, prazo este que foi objeto de prorrogação até ao dia 23 de dezembro de 2016.

#### **IRC - Lucro tributável - Perdas por imparidade para risco específico de crédito**

*Decreto Regulamentar n.º 5/2016, de 18 de novembro (DR 222, Série I, de 18 de novembro de 2016)*

O Decreto Regulamentar em referência - que revoga o Decreto Regulamentar n.º 19/2015, de 30 de dezembro - vem, nos termos do artigo 28.º-C, n.º 1, do Código do IRC, fixar novos limites máximos das perdas por imparidade e outras correções de valor para risco específico de crédito dedutíveis para efeitos do apuramento do lucro tributável em sede de IRC, no período de tributação que se iniciou em 2016, das empresas do sector bancário.

Nos termos deste Decreto Regulamentar os referidos limites máximos dedutíveis para efeitos de IRC passam a corresponder aos limites mínimos obrigatórios estabelecidos no Aviso n.º 3/95 do Banco de Portugal, na redação em vigor antes da sua revogação pelo Aviso n.º 5/2015, do Banco de Portugal, os quais variam entre 10% e 100% consoante as classes de risco dos créditos e a existência ou não de garantia.

O referido Decreto Regulamentar prevê ainda um regime transitório destinado a assegurar a transição do regime contabilístico previsto no Aviso n.º 3/95 para o regime contabilístico previsto no Aviso n.º 5/2015. Este regime transitório permite que o sujeito passivo que tenha registado provisões, ao abrigo do regime anterior, que estejam sujeitas, no ano de 2016, a anulação ou redução ao abrigo do novo regime, opte pela aplicação do seguinte regime: «a) A diferença positiva, apurada a 1 de janeiro de 2016, entre o valor das provisões por perdas por imparidade de crédito constituídas ao abrigo do Aviso n.º 3/95 e as imparidades constituídas a 1 de janeiro de 2016 referentes aos mesmos créditos de acordo com o normativo contabilístico aplicável, é considerada, no apuramento do lucro tributável relativo ao exercício de 2016, apenas na parte em que exceda os prejuízos fiscais gerados em períodos de tributação iniciados em ou após 1 de janeiro de 2012 e ainda não utilizados; b) O montante que não for considerado para efeitos de determinação do lucro tributável nos termos da alínea anterior é abatido ao saldo dos prejuízos fiscais ali referidos».

#### **Ativos por impostos diferidos**

*Portaria n.º 293-A/2016, de 18 de novembro (DR 222, Série I, de 18 de novembro de 2016)*

No âmbito do regime especial aplicável aos ativos por impostos diferidos (que tenham resultado da não dedução de gastos e variações patrimoniais negativas com determinadas perdas por imparidade) aprovado pela Lei n.º 61/2014, de 26 de agosto, foi previsto um direito potestativo dos acionistas adquirirem os direitos de conversão atribuídos ao Estado na proporção das respetivas participações no capital do sujeito passivo.

A Portaria em apreço vem regulamentar tal regime estabelecendo as condições e procedimentos para o exercício do referido direito potestativo.

**Orçamento do Estado para 2017** *Lei n.º 42/2016 (DR 248, Série I, de 28 de dezembro de 2016)*

O Orçamento do Estado para 2017, aprovado pela lei em epígrafe, introduziu diversas alterações relevantes em matéria tributária, de entre as quais destacamos as seguintes:

— **Em sede de IRS:** (i) no âmbito do regime simplificado, passa a considerar-se um coeficiente de 0,35 (ao invés do anterior coeficiente de 0,15) na determinação do rendimento coletável resultante da exploração de estabelecimentos de alojamento local, prevendo-se também que os sujeitos passivos possam optar pela tributação de tais rendimentos como rendimentos prediais (categoria F); (ii) no caso de sujeitos passivos com deficiência, os rendimentos de trabalho e empresariais e profissionais (categorias A e B) passam a ser tributados apenas em 85% do seu valor (ao invés de 90%); (iii) os escalões de rendimento coletável são incrementados em 0,8%, mantendo-se as taxas de IRS aplicáveis em 2016; (iv) é previsto um único prazo para entrega da declaração de rendimentos, aplicável independentemente da natureza dos rendimentos auferidos, compreendido entre os dias 1 de abril e 31 de maio; (v) passa a ser disponibilizada uma declaração provisória e correspondente liquidação provisória de IRS para um universo de contribuintes, a fixar por decreto regulamentar, abrangido pela declaração automática de rendimentos, declaração esta que poderá ser confirmada ou alterada pelos sujeitos passivos, convertendo-se em definitiva após confirmação pelo sujeito passivo e; não havendo confirmação, em caso de falta de apresentação da declaração pelos sujeitos passivos, no termo do prazo legal para o efeito; (vi) os sujeitos passivos casados ou unidos de facto passam a poder optar pela tributação conjunta em declarações entregues fora do prazo legalmente previsto; (vii) A definição de países, territórios ou regiões com regime claramente mais favorável aplicável para efeitos da limitação da dedutibilidade das importâncias pagas ou devidas a entidades residentes nesses territórios passa a estar indexada ao novo conceito fixado na Lei Geral Tributária («LGT»); (viii) estabelece-se que as importâncias cujo pagamento seja efetuado em contas abertas em instituições financeiras residentes fora do território português, e aí submetidas a um regime fiscal mais favorável, com as exceções previstas na lei, não são dedutíveis e são tributadas autonomamente à taxa de 35%; (ix) prevê-se a extinção da sobretaxa para os sujeitos passivos que auferiram rendimentos do primeiro e do segundo escalões (i.e. rendimentos inferiores a €20.261) e um regime de extinção gradual das retenções na fonte de sobretaxa (retenção na fonte aplicável até 30 de junho de 2017 no terceiro escalão e até 30 de novembro de 2017 para os quarto e quinto escalões); e (x) as taxas finais de sobretaxa aplicáveis aos terceiro, quarto e quinto escalões são reduzidas para 0,88%, 2,75% e 3,21%, respetivamente.

— **Em sede de IRC:** (i) a possibilidade de os sujeitos passivos adotarem um período anual de imposto não coincidente com o ano civil passa a estar circunscrita às situações em que tal período coincida com o período social de prestação de contas; (ii) passam a estar isentas de IRC as pessoas coletivas de mera utilidade pública que prossigam, exclusiva ou predominantemente, fins de interprofissionalismo agroalimentar, prevendo-se que a isenção em apreço está dependente do reconhecimento do membro do Governo responsável pela área das finanças; (iii) as variações patrimoniais negativas relativas à distribuição de rendimentos de instrumentos de fundos próprios adicionais de nível 1 ou de fundos próprios de nível 2 que cumpram os requisitos prudenciais para as instituições de crédito e empresas de investimento previstos no Regulamento n.º 575/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, passa a concorrer para a determinação do lucro tributável, desde que não atribuam ao respetivo titular o direito a receber dividendos nem o direito de voto em assembleia geral de acionistas e não sejam convertíveis em partes sociais; (iv) são excluídas do regime do reinvestimento dos valores de realização as propriedades de investimento, ainda que reconhecidas na contabilidade como ativo fixo tangível; (v) as perdas por imparidade e outras correções de valor de partes sociais ou de outros instrumentos de capital próprio (incluindo prestações suplementares), que estejam abrangidas pelo regime do *participation exemption* e que tenham sido consideradas dedutíveis para efeitos de IRC, passam a ser

consideradas componentes positivas do lucro tributável no momento em que ocorra a sua transmissão onerosa; (vi) a sujeição a tributação autónoma das despesas de representação, ajudas de custo e compensação pela deslocação em viatura própria do trabalhador, ao serviço da empresa, passa a ser aplicável independentemente do regime de dedutibilidade destas despesas em sede de IRC; (vii) o limite mínimo do pagamento especial por conta («PEC») é reduzido para €850, prevendo-se a redução progressiva do mesmo até 2019, sendo substituído por um regime de apuramento da matéria coletável mediante a aplicação de coeficientes técnico-económicos por atividade económica, a fixar por Portaria; (viii) passa a estar expressamente previsto que o volume de negócios relevante para efeitos de cálculo do PEC deverá ter em conta apenas as vendas e prestações de serviços sujeitas e não isentas de IRC e que os sujeitos passivos não sujeitos a IRC, ou dele isentos, não se encontram obrigados à realização do mesmo; (ix) é revogada a norma que prevê a utilização do critério First In First Out - FIFO na dedução dos prejuízos fiscais apurados em períodos de tributação anteriores, passando a ser permitida a dedução, em primeiro lugar, dos prejuízos cujo período de reporte se esgote primeiro; e (x) mantém-se, no ano de 2017, o regime transitório dos resultados internos suspensos gerados durante o regime de tributação pelo lucro consolidado (aplicável até 2000).

— **Em sede de Imposto Municipal sobre Imóveis («IMI»):** (i) É criado um adicional ao IMI que incide sobre a soma dos valores patrimoniais tributários, reportados a 1 de janeiro do ano a que respeita o imposto, de todos os imóveis qualificados como prédios urbanos habitacionais e dos terrenos para construção, prevendo-se a aplicação de: a) uma taxa de 0,4% para prédios da titularidade de pessoas coletivas, b) uma taxa de 0,7% sobre o valor tributável (após aplicação das deduções previstas na lei de €600.000 por pessoa singular ou herança indivisa ou de €1.200.000 no caso de sujeitos passivos casados e unidos de facto que optem pela tributação conjunta) para prédios pertencentes a pessoas singulares ou a heranças indivisas; e, c) uma taxa de 7,5% relativamente aos prédios detidos por entidades sujeitas a um regime fiscal mais favorável. Prevê-se que o adicional ao IMI seja liquidado pela AT em junho de 2017 e que o pagamento seja efetuado no mês de setembro de 2017. O montante pago a título de adicional ao IMI é dedutível: a) à coleta do IRS devido pelos sujeitos passivos que detenham rendimentos imputáveis a prédios urbanos, até ao limite da coleta correspondente a tais rendimentos; e, b) à fração da coleta do IRC correspondente a rendimentos gerados pelos imóveis decorrentes de atividades de arrendamento ou hospedagem, por opção do sujeito passivo caso em que o gasto inerente não poderá concorrer para a determinação do lucro tributável; e (ii) estabelece-se que em 2017 será iniciado um processo de avaliação geral dos prédios rústicos de área igual ou superior a 50 hectares, dispondo o Governo de 120 dias para apresentar uma proposta de revisão do Código do IMI à Assembleia da República.

— **Em sede de Imposto do Selo («IS»):** (i) é alargada a isenção de IS sobre garantias, passando a abranger as que sejam prestadas ao Instituto de Gestão de Fundos de Capitalização de Segurança Social, I.P., em nome próprio ou em representação dos fundos sob sua gestão; e (ii) é revogada a verba 28 da Tabela Geral do Imposto do Selo, que previa a tributação, à taxa de 1%, dos prédios urbanos e terrenos para construção afetos a habitação com valor patrimonial tributário igual ou superior a €1.000.000.

— **Em sede de Imposto sobre o Valor Acrescentado («IVA»):** (i) as transmissões de próteses dentárias efetuadas por dentistas e protésicos dentários passam a estar isentas de IVA; (ii) é implementado um mecanismo que permite aos sujeitos passivos, que preencham as condições previstas na lei, efetuar a autoliquidação do IVA devido pela importação de bens (ao invés da liquidação pela Alfândega), aplicável a partir do dia 1 de setembro de 2017 para determinados bens, alargando-se o seu âmbito de aplicação a todos os bens a partir de 1 de março de 2018; e (iii) O prazo limite para comunicação à AT dos elementos das faturas emitidas pelos sujeitos passivos passa a ser o dia 20 do mês seguinte à emissão das faturas.

— **Em sede de Imposto Sobre Veículos («ISV»):** são introduzidos novos escalões para cálculo da desvalorização dos veículos usados provenientes de outros Estados membros, nos casos de veículos que ainda não tenham atingido um ano e nos casos de veículos com mais de cinco anos.

— **Em sede de Estatuto dos Benefícios Fiscais («EBF»):** (i) estabelece-se em que momento deve ser aferido se o sujeito passivo tem ou não a sua situação fiscal e contributiva regularizada para efeitos de extinção dos benefícios fiscais permanentes ou temporários dependentes de reconhecimento da AT; (ii) o limite aplicável à dedução à coleta, em sede de IRS, de valores aplicados em contas individuais geridas em regime público de capitalização é aumentado para €400 para sujeitos passivos com menos de 35 anos; (iii) os prejuízos fiscais apurados por fundos de investimento mobiliário e imobiliário e sociedades passam a ser deduzidos de acordo as regras gerais previstas no Código do IRC; (iv) A isenção de IRC aplicável aos ganhos obtidos por instituições financeiras não residentes passa a abranger as operações de forward e correspondentes juros, bem como as operações de swap e forward que sejam efetuadas com o Instituto de Gestão de Fundos de Capitalização da Segurança Social, I.P; (v) o limite máximo de redução da taxa do IML que as Assembleias Municipais podem fixar relativamente aos prédios urbanos com eficiência energética devidamente certificada é aumentado para 25%; (vi) o regime de remuneração convencional do capital passa a aplicar-se à generalidade dos sujeitos passivos, permitindo uma dedução ao lucro tributável, em sede de IRC, de um valor correspondente a 7% do montante das entradas que sejam realizadas a partir de 1 de janeiro de 2017: a) em dinheiro, b) por conversão de suprimentos; ou, c) por empréstimos dos sócios, todas no contexto da constituição das sociedades ou do aumento do respetivo capital social, com o limite de €2.000.000, nos casos e condições previstos na lei; (vii) é prevista a prorrogação, por um ano, de determinados benefícios fiscais que caducariam a 1 de janeiro de 2017, entre os quais se destacam a isenção do IML para prédios integrados em empreendimentos aos quais tenha sido atribuída utilidade turística; e (viii) os sujeitos passivos que realizem investimentos elegíveis até € 100.000 em *startups* no contexto do programa Semente passam a poder deduzir 25% deste investimento com o limite de 40% da coleta em IRS, nas condições previstas na lei.

— **Em sede de Código Fiscal ao Investimento:** O benefício fiscal concedido aos sujeitos passivos que realizem investimentos apoiados nas regiões elegíveis do Norte, Centro, Alentejo, Região Autónoma dos Açores e Região Autónoma da Madeira passa a corresponder a 25% das aplicações relevantes, nos casos de investimentos realizados até ao montante de €10.000.000 e de 10% nos casos de investimentos que excedam o referido montante.

— **Em matéria de Impostos especiais sobre o consumo («IECs»):** O Imposto sobre o álcool, bebidas alcoólicas e as bebidas adicionadas de açúcar ou outros edulcorantes («IABA») passa a aplicar-se às bebidas adicionadas de açúcar ou outros edulcorantes a partir de 1 de fevereiro de 2017, estabelecendo-se uma obrigação das entidades comercializadoras comunicarem à AT as quantidades de bebidas não alcoólicas detidas no seu estabelecimento e abrangidas pelo IABA até 1 de fevereiro de 2017, as quais ficam sujeitas a tributação se não forem comercializadas até 31 de março de 2017.

— **Em sede de procedimento e de processo tributário:** (i) estabelece-se a dispensa de prestação de garantia quando o devedor tenha dívidas fiscais, não suspensas, inferiores a €5.000, tratando-se de pessoas singulares ou inferiores a €10.000, tratando-se de pessoas coletivas; e (ii) prevê-se a caducidade da garantia prestada para suspender o processo de execução fiscal nos casos em que seja proferida decisão integralmente favorável aos sujeitos passivos em primeira instância, cabendo ao órgão de execução fiscal proceder oficiosamente ao cancelamento da garantia nos prazos previstos na lei.

— **Em sede de procedimento de inspeção tributária e aduaneira:** (i) é prevista a possibilidade de participação no procedimento de inspeção de funcionários pertencentes a administrações fiscais ou aduaneiras estrangeiras, autorizados pelo diretor-geral da administração tributária, no contexto do recurso aos mecanismos de assistência mútua e cooperação administrativa internacional; e (ii) o prazo de seis meses para conclusão do procedimento de inspeção tributária nos casos em que a Administração Tributária recorra aos mecanismos de assistência mútua e cooperação administrativa internacional passa a suspender-se por um período máximo de 12 meses.

— **Em sede da LGT:** (i) prevê-se um alargamento da suspensão do prazo de caducidade nos casos em que o prazo para conclusão do procedimento de inspeção externo esteja legalmente suspenso; (ii) a isenção de prestação de garantia com fundamento em prejuízo irreparável dos executados passa a estar dependente da inexistência de fortes indícios de que a insuficiência ou inexistência de bens se deveu a atuação dolosa do interessado; (iii) o prazo de resposta aos pedidos de informação vinculativa, com caráter de urgência, é reduzido de 90 para 75 dias; e (iv) passam a integrar o conceito de países, territórios ou regiões com um regime claramente mais favorável, aqueles que, ainda que não constem da portaria aprovada pelo Governo, não disponham de um imposto de natureza idêntica ou similar ao IRC ou cuja taxa seja inferior a 60% da taxa de IRC aplicável em Portugal sempre que, cumulativamente, «os códigos e as leis tributárias o refiram expressamente» e existam relações especiais, tal como definidas para efeitos de aplicação dos preços de transferência, entre pessoas ou entidades aí residentes e residentes em território português, salvo se se tratar de um Estado membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade.

— No que diz respeito ao **Regime Geral das Infrações Tributárias** («RGIT»), as omissões ou inexactidões nas declarações Modelo 3 de IRS que se considerem entregues com a confirmação da declaração automática de rendimentos, disponibilizada pela AT passam a ser punidas com uma coima entre €150 e €3.750, salvo se estiver regularizada a falta cometida e o contribuinte revelar um diminuto grau de culpa, caso em que não haverá lugar à aplicação de coima.

— **Em matéria de outras contribuições e regimes especiais:** (i) são prorrogados, para o ano de 2017, os regimes que criam a contribuição extraordinária sobre o setor energético, a contribuição extraordinária sobre a indústria farmacêutica e a contribuição sobre o setor bancário; e (ii) os rendimentos de obrigações perpétuas, bem como instrumentos de fundos próprios adicionais de nível 1 e de fundos próprios de nível 2 que cumpram os requisitos previstos no Regulamento da UE n.º 575/2013, passam a estar expressamente isentos ao abrigo do regime especial aplicável aos rendimentos de valores mobiliários representativos de dívida pública e não pública que sejam auferidos por entidades não residentes.

#### **IRS - Declaração Modelo 3**

*Portaria n.º 342-C/2016 (DR 249, 2º Suplemento, Série I, de 29 de dezembro de 2016)*

A presente Portaria aprova o novo modelo de impresso da declaração Modelo 3 do IRS e respetivas instruções de preenchimento a vigorar no ano de 2017.

#### **IRS - Sobretaxa**

*Despacho n.º 15646/2016 (DR 249, Série II, de 29 de dezembro de 2016)*

O referido Despacho vem estabelecer a dispensa de retenção na fonte da sobretaxa sobre os rendimentos do primeiro e segundo escalões, aplicável a partir de 1 de janeiro de 2017.

#### **Orçamento da Região Autónoma da Madeira para 2017**

*Decreto Legislativo Regional n.º 42-A/2016/M (DR 1, 1º Suplemento, Série I, de 30 de dezembro de 2016)*

O Decreto Legislativo Regional em referência aprova o Orçamento da Região Autónoma da Madeira para 2017, prevendo, designadamente, uma redução da taxa de IRS aplicável ao primeiro escalão de rendimentos sujeitos a IRS, na sequência da publicação do Decreto Legislativo Regional n.º 33/2016/M, de 20 de julho, através do qual foi alterado o regime de redução das taxas de IRS, previstas no Código do IRS, aplicáveis aos residentes na Região Autónoma da Madeira.

#### **IMI - Valor médio de construção por metro quadrado**

*Portaria n.º 345-B/2016 (DR 1, 3º Suplemento, Série I, de 30 de dezembro de 2016)*

A referida Portaria mantém em €482,40 o valor médio de construção por metro quadrado, a vigorar no ano de 2017, para efeitos de cálculo do valor patrimonial tributário dos prédios urbanos afetos a habitação, comércio, indústria e serviços.

Lista dos países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada

*Portaria n.º 345-A/2016 (DR 1, 3º Suplemento, Série I, de 30 de dezembro de 2016)*

A Portaria em referência procede à alteração da Portaria n.º 150/2004, eliminando Jersey, a Ilha de Man e o Uruguai da lista dos países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada claramente mais favoráveis.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [España]

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Declaración de inconstitucionalidad. Tributación de «stock options»

*Sentencia del Pleno Tribunal Constitucional de 23 de junio de 2016. Sentencia n.º 121/2016*

El Tribunal Constitucional declara inconstitucional la disposición adicional trigésima primera de la Ley 35/2006 introducida por la Ley 2/2011, en lo que respecta al inciso que la dotaba de efectos retroactivos desde 4 de agosto de 2004.

La citada disposición adicional establecía que, para poder disfrutar de la reducción del 40 % por rendimientos del trabajo irregulares en el ejercicio de *stock options* entregadas al trabajador, era necesario que se ejercitasen transcurridos más de dos años desde su concesión y que no se concediesen anualmente. Esta regulación fue introducida en el año 2011 con efectos desde 4 de agosto de 2004.

El Tribunal Constitucional considera que la retroactividad de grado máximo de la norma es inconstitucional, pues no concurren exigencias cualificadas de bien común que la justifiquen. Por lo tanto, la citada regulación no será aplicable a los ejercicios 2004 a 2010.

Tasas judiciales. Inconstitucionalidad

*Sentencia del Pleno Tribunal Constitucional de 21 de julio de 2016. Sentencia n.º 140/2016*

El Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales los preceptos 7.1 y 7.2 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, mediante los cuales se imponen tasas de cuota fija y de cuota variable para las personas jurídicas. A juicio del Tribunal, dichas tasas son contrarias al artículo 24.1 de la CE puesto que suponen un impedimento injustificado para el acceso a la Justicia en sus distintos niveles y obstaculizan el ejercicio de un derecho fundamental. Por otra parte, no se parecía la concurrencia los atributos de necesidad y proporcionalidad para justificar la exigencia de las tasas.

El Tribunal declara que su pronunciamiento produce efectos «pro futuro», por lo que no procederá la devolución de las tasas judiciales ya satisfechas y no impugnadas.

Impuesto sobre sucesiones y donaciones. Reducción del 95% por adquisición de empresa familiar

*Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2016. N.º Recurso: 4098/2014*

La cuestión discutida en este caso es si para aplicar la reducción del artículo 20.2.c de la Ley 29/1987, es necesario que la persona que forma parte del grupo familiar y que ejerce funciones de dirección de la empresa sea titular de alguna participación en el capital de dicha entidad.

El Tribunal Supremo, con base en una interpretación finalista de la norma, concluye que no es necesario que el sujeto pasivo del ISD, con carácter previo al devengo del tributo, ostente una titularidad distinta a la que se produce con la sucesión hereditaria.

Esta posición es contraria a la que había venido manteniendo la DGT en contestaciones a consultas vinculantes (entre otras, V1335-13, V3065-13 o V0580-14).

Ley General Tributaria. Derivación de responsabilidad. Administrador

*Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2016. N.º de recurso: 1300/2014*

El Tribunal Supremo se pronuncia en esta sentencia, entre otras cuestiones, sobre la derivación de responsabilidad al último administrador social inscrito, pese a constar en el Registro Mercantil la caducidad de su cargo.



Entiende el Alto Tribunal que la caducidad del cargo de administrador no implica automáticamente la pérdida de dicha condición. Quien ostentase dicha condición debe adoptar las medidas oportunas para que se nombre a otro o para que se revoque su nombramiento. Por lo tanto, puede operar la derivación de responsabilidad.

**IVA/TPO. Equivocar el impuesto a pagar supone un incumplimiento del contrato de compraventa**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de mayo de 2016*

En el caso objeto de esta sentencia, se transmitió un inmueble a una entidad financiera. La entidad financiera manifestó que era sujeto pasivo del IVA y renunció a la aplicación de la exención en la transmisión del inmueble.

Posteriormente, la entidad financiera comunicó a la parte vendedora que sus actividades estaban exentas de IVA y que la renuncia a la exención no era posible. En consecuencia, la operación quedaba sujeta a TPO y ello implicaba la regularización de las deducciones practicadas por la compradora con ocasión de la adquisición del inmueble apenas un año antes.

El Tribunal Supremo ha confirmado la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que estableció que la errónea manifestación de la entidad financiera respecto a la tributación por IVA suponía un incumplimiento del contrato de compraventa y, por lo tanto, debía responder frente a la vendedora por todos los daños y perjuicios que se le deriven de ello.

**Impuesto sobre Sociedades. Transmisión de bases imponibles negativas en operaciones de reorganización**

*Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de julio de 2016. N.º de recurso 495/2012.*

La AN analiza la posible aplicación del límite establecido en el artículo 90.3 del TRLIS (actual artículo 84.2 de la LIS) en relación con la transmisión a la entidad absorbente de bases imponibles negativas (BIN) generadas por la entidad absorbida.

Las BIN discutidas derivan de pérdidas generadas en la entidad absorbida que, a su vez, generaron un deterioro en cadena registrado inicialmente en la entidad absorbente (residente en España) y, posteriormente, en la entidad matriz no residente a efectos fiscales en España. Dicho deterioro no fue considerado fiscalmente deducible en España.

La AN entiende que no ha quedado acreditado que el citado deterioro haya sido deducible fiscalmente en el país de residencia de la entidad matriz del grupo (en este caso Holanda) y, por tanto, no resulta aplicable la limitación establecida en la normativa del IS.

De lo anterior se deduce que la deducibilidad del deterioro en la jurisdicción de la matriz del grupo sí podría haber limitado la transferencia de las BIN (como lo ha venido sosteniendo la DGT en contestaciones como la V0280-13 o la V0714-13). Por otra parte, la existencia de un posible aprovechamiento del deterioro es un hecho impeditivo que corresponde probar a la Administración tributaria y, por tanto, es ella la que debe soportar la consecuencia de la falta de prueba (en el presente caso, la no aplicación de la limitación).

**[Portugal]**

**IRC - Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades («RETGS») - Derrama estadual**

*Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 430/2016 (DR 189, Série II, de 30 de setembro de 2016)*

No Acórdão em apreço, a Recorrente questiona a constitucionalidade da norma do Código do IRC que, para efeitos de aplicação da derrama estadual, impõe a desconsideração de prejuízos fiscais ocorridos no próprio exercício, no âmbito da unidade fiscal que é o grupo de sociedades sujeito ao RETGS por constituir um desvio «arbitrário» à forma de apuramento do lucro tributário dos grupos de sociedades que viola os princípios constitucionais da tributação segundo o lucro real em conjugação com o princípio da capacidade contributiva, da proporcionalidade e da igualdade, da coerência, da iniciativa e da liberdade de gestão e organização empresarial.

O Tribunal Constitucional veio entender que a referida norma não viola: i) os princípios da tributação das empresas pelo seu lucro real, da igualdade tributária (concretizada na capacidade contributiva) e da coerência, atendendo a que: «a Constituição não torna imperioso que a tributação dos rendimentos das empresas constituídas em grupos de sociedades reflita sempre os ganhos, custos e perdas realizados ou incorridos em cada período de tributação» tendo em atenção

quer «a estrita configuração e incidência da derrama estadual, por comparação com o imposto principal sobre o rendimento» quer «os valores constitucionais da liberdade de conformação do legislador e da eficiência do sistema fiscal na obtenção das receitas necessárias à satisfação de interesses públicos, e do equilíbrio orçamental, neste caso justificados pelas circunstâncias determinadas pelo contexto financeiro e orçamental a que o legislador procurou responder com vista ao objetivo de consolidação»; ii) o princípio da proporcionalidade uma vez que a individualização do lucro tributável de cada uma das sociedades - mesmo que integrantes de um grupo de sociedades sujeito ao RETGS - para os fins específicos e cobrança da derrama estadual mostra-se justificada «perante o risco de eventual erosão das receitas fiscais que se procuram obter com a derrama com vista ao equilíbrio orçamental, por via da possível regulação financeira e fiscal dentro do grupo societário, e em face dos objetivos prosseguidos pelo tributo em causa»; e iii) o princípio da liberdade de gestão e organização empresarial, uma vez que a escolha do legislador: «não se mostra excessiva, desproporcionada ou desrazoável para alcançar os fins prosseguidos com o tributo» sendo que «o fim de interesse público prosseguido se afigura mais valioso do que a gravidade de um (hipotético) constrangimento das escolhas dos operadores económicos quanto à respetiva organização empresarial e fiscal».

Assim, o Tribunal Constitucional vem julgar não inconstitucional a norma que, para efeitos de aplicação da derrama estadual, impõe a desconsideração de prejuízos fiscais apurados, no próprio exercício, no âmbito de um grupo de sociedades sujeito ao RETGS.

### 3 · RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

**IVA. La declaración resumen anual de IVA no interrumpe el plazo de prescripción. Criterio reiterado**

*Resolución de 22 de septiembre de 2016 (00799/2013/00/00)*

Aunque se trata de un criterio reiterado, el TEAC insiste en que, en el ámbito del IVA, no pueden equipararse las declaraciones-liquidaciones mensuales o trimestrales con la declaración informativa-resumen anual, pues mientras que la presentación de las primeras es una obligación formal que constituye un instrumento necesario para el cumplimiento de la obligación material del pago de la deuda tributaria, la presentación de la segunda supone el cumplimiento de una obligación que facilita la gestión del Impuesto sobre el Valor Añadido, pero cuyo objetivo inmediato no es el pago de la deuda que resulta en cada período de liquidación. De esta forma, al no ser una actuación fehaciente del obligado tributario conducente a la liquidación o autoliquidación de la deuda tributaria, su presentación no tiene virtualidad interruptiva del plazo de prescripción del derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria.

El TEAC justifica que su doctrina difiere de la del Tribunal Supremo por el hecho de que, en los ejercicios enjuiciados por el Alto Tribunal (1998), a la declaración-resumen anual había que adjuntar una copia de las diferentes declaraciones-liquidaciones realizadas a lo largo del año. Dicha obligación ya no era aplicable en 2004, ejercicio analizado por el TEAC.

**ISD. Valoración del ajuar doméstico: presunción que admite prueba en contrario. Criterio no reiterado y que no resulta vinculante**

*Resolución de 15 de septiembre de 2016 (00/06040/2013)*

La resolución analiza el supuesto de una herencia constituida principalmente por valores mobiliarios y cuentas corrientes en cuya liquidación del ISD se valoró el ajuar doméstico de acuerdo con una valoración realizada por una empresa especializada en tasaciones para así enervar la presunción de valoración que establece el artículo 15 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. La inspección de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid entendió que el informe no podía admitirse como prueba fehaciente con la que destruir la presunción de valoración del ajuar doméstico. La liquidación fue anulada por el TEAR, decisión que fue objeto de recurso de alzada ante el TEAC por parte del director general de Tributos y Ordenación del Juego de la Comunidad de Madrid.

El TEAC da la razón al contribuyente entendiendo que «aunque un informe elaborado a instancia de parte por una persona o entidad privada no puede ser investido con fuerza probatoria absoluta de los hechos que se afirman per se, sí es suficiente para enervar al menos el automatismo que

*despliega, en cuanto a la valoración del ajuar doméstico, el artículo 15 LISD, situando a la Administración Tributaria en la obligación de realizar, cuanto menos, una contestación debidamente motivada sobre el valor probatorio del documento presentado o de los criterios valorativos aplicados en el mismo [...]».*

**ISD. Reducción del 95% por adquisición mortis causa de empresa familiar. Periodo impositivo a considerar a efectos del cumplimiento de los requisitos de la reducción. Cambio de criterio**

*Resolución de 15 de septiembre de 2016 (00/01701/2013)*

El TEAC modifica el criterio que venía manteniendo hasta ahora sobre el momento en que deben cumplirse los requisitos de dicha exención cuando estos no concurren en el causante, sino en otros miembros del grupo familiar. El Tribunal establece, en sintonía con la doctrina del Tribunal Supremo, que el ejercicio a computar es el mismo ejercicio del fallecimiento del causante. Por tanto, la reducción será aplicable siempre y cuando las retribuciones percibidas desde el inicio del año hasta el momento del fallecimiento por el miembro del grupo familiar que desempeñe las efectivas funciones de dirección en la entidad superen el porcentaje del 50 % del total de las retribuciones integradas en su base imponible general.

Hasta la fecha, la Administración tributaria sostenía que las condiciones relativas a las remuneraciones debían analizarse en un ejercicio completo y ello suponía que, si la persona que desempeñaba las funciones de dirección era distinta al fallecido, el ejercicio relevante era el anterior al del fallecimiento. Así se deducía, además, de lo establecido en el apartado 2.1.e) de la Resolución 2/1999, de 23 de marzo, de la Dirección General de Tributos, relativa a la aplicación de las reducciones en la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en materia de vivienda habitual y empresa familiar.

Este nuevo criterio permite aproximar la valoración de las condiciones al momento del fallecimiento del causante. Sin embargo, obliga a seguimiento permanente de las remuneraciones percibidas durante un determinado ejercicio, puesto que cualquier descuadre no podrá ser subsanado a final del año, opción que sí era posible con arreglo a la anterior interpretación.

**IS. Operaciones Vinculadas. Compatibilidad del desarrollo simultáneo de varios procedimientos de inspección respecto de todos los obligados tributarios que sean parte en una operación vinculada. Unificación de criterio**

*Resolución de 8 de septiembre de 2016 (00/04202/2016)*

Los artículos 16.9 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) y 21 del Reglamento (RIS) establecen que en aquellos procedimientos de comprobación e investigación en los que se compruebe el valor de mercado de solo una de las partes en una operación vinculada, no es posible regularizar a la otra parte hasta que no acabe el primer procedimiento. El TEAC, sin embargo, y en línea con el director del Departamento de Inspección de la AEAT, dictamina que ello no es obstáculo para que puedan desarrollarse simultáneamente procedimientos de comprobación inspectora respecto de los obligados tributarios que sean parte de la operación vinculada en los que pueda efectuarse la comprobación del valor normal de mercado de la misma siguiendo las normas generales del procedimiento inspector reguladas. Es decir, que no se pueden iniciar inspecciones sucesivas hasta que no acabe la primera, pero sí simultáneas.

#### 4 · CONSULTAS A LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS

**Impuesto sobre Sociedades. Concepto de entidad patrimonial. Afección de solar sobre el que no se han desarrollado actuaciones materiales**

*Consulta de 26 de mayo de 2016 (V2329-16)*

La entidad consultante adquirió varios solares con el fin de iniciar su promoción y la construcción de edificaciones. Actualmente, los citados solares están pendientes de aprobación del correspondiente plan parcial de ordenación urbano, motivo por el cual no se ha podido realizar la urbanización material de los terrenos y la construcción de las edificaciones, pues se está en todo el proceso administrativo. Se plantea si, a la luz de los hechos descritos, la consultante tiene la condición de entidad patrimonial.

La DGT entiende que, dado que la entidad no ha realizado hasta el momento ningún tipo de actividad material en relación con los solares mencionados, los solares no están afectos a la actividad de promoción de solares y construcción de edificaciones y, por lo tanto, la entidad sería patrimonial en el ejercicio en el que se efectúa el análisis.

**Impuesto sobre Sociedades. Exención para evitar la doble imposición. Calificación de la renta derivada de los Juros Sobre el Capital Propio**

*Consulta de 27 de junio de 2016 (V2960-16)*

*Consulta de 27 de junio de 2016 (V2962-16)*

Las entidades consultantes son sociedades españolas que reciben de sus filiales brasileñas Juros Sobre el Capital Propio (JSCP). Se plantea si el cobro de JSCP debe calificarse como dividendo o como interés.

En primer lugar, a los efectos de la aplicación del Convenio para evitar la doble imposición entre España y Brasil, la DGT entiende que, de acuerdo con la cláusula de cierre del artículo 11 (intereses) del Convenio, se debe estar a la calificación fiscal que otorgue el estado de la fuente (Brasil). En este sentido, la DGT considera que la legislación fiscal brasileña asimila los JSCP a intereses, dado que (i) generan un gasto fiscalmente deducible en la filial en el momento de su distribución y (ii) se someten a una retención del 15 % en Brasil (en vez del 10 % que procedería en caso de dividendos).

En segundo lugar, a efectos de la aplicación de la normativa interna española, la DGT establece que la calificación de la renta debe ser independiente a la que corresponda a la aplicación del Convenio y en este sentido comparte la calificación de dividendos otorgada por el Tribunal Supremo en la sentencia número de recurso 1130/2014, de 16 de marzo de 2016.

Por tanto, la remuneración de los JSCP tendrá la naturaleza jurídica de participaciones en beneficios, debiendo analizarse si procede la aplicación de la exención prevista en el artículo 21 de la LIS. No obstante, el citado artículo no permite la aplicación de la exención respecto de aquellos dividendos cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora, por lo que la remuneración percibida de los JSCP no tendrá derecho a esta exención y debe integrarse en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.

**Impuesto sobre Sociedades. Base imponible. El gasto que no forma parte del resultado consolidado mercantil tampoco formará parte de la base imponible individual**

*Consulta de 19 de mayo (V2155-16)*

La entidad consultante es la entidad dominante de un grupo de consolidación fiscal y dominante también de un grupo mercantil internacional. La entidad A es una sociedad integrada tanto en el grupo de consolidación fiscal como en el grupo mercantil, y se dedica, entre otros, a la prestación de servicios financieros y de tesorería tanto a sociedades integradas en el grupo de consolidación fiscal como a sociedades participadas por sociedades del grupo.

La consultante pregunta si el gasto registrado en la cuenta de pérdidas y ganancias individual de A, que a nivel consolidado mercantil ha sido registrado contra patrimonio neto, sería deducible en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2015 del Grupo de consolidación fiscal.

La DGT concluye que el gasto registrado en la cuenta de pérdidas y ganancias individual de A, que no forme parte del resultado consolidado mercantil por cuanto está registrado en el patrimonio neto a nivel del grupo mercantil, tampoco formará parte de la base imponible del grupo fiscal teniendo en cuenta el perímetro de configuración de este, por cuanto no formará parte de la base imponible individual de A, de acuerdo con lo señalado en el artículo 62.1.a) de la LIS.

**Impuesto sobre Sociedades. Definición de grupo fiscal. La sociedad que no forme parte del grupo mercantil tampoco se podrá integrar en el grupo fiscal**

*Consulta de 15 de junio de 2016 (V2718-16)*

La entidad consultante es titular del 100 % del capital social y de los derechos de voto de otra sociedad. En el marco de la adquisición de un negocio, la sociedad filial formalizó un contrato de préstamo garantizado con una prenda sobre sus participaciones. Desde una perspectiva contable, se ha determinado que, dados los términos y condiciones del contrato de prenda sobre las acciones, la entidad consultante no mantiene el control de la sociedad filial que corresponde al inversor ajeno al grupo.

Según establece la DGT, de acuerdo con la finalidad del artículo 58 de la LIS, resulta necesaria la existencia de consolidación mercantil para que pueda existir grupo fiscal. Por tanto, la sociedad filial no formará parte del grupo fiscal de la entidad consultante.

**Impuesto sobre Sociedades. Motivos económicos válidos. Reestructuración de grupo familiar para posterior venta**

*Consulta de 10 de junio de 2016 (V2535-16)*

Los consultantes son titulares de la participación en varias entidades residentes en España. De cara a crear una estructura organizativa más racional deciden reestructurar el conglomerado empresarial. Igualmente, los consultantes indican que esta reestructuración facilitaría a parte de los socios una eventual venta de su participación en una de las líneas de negocio, sin tener que vender la otra.

La DGT estima que no existirían motivos económicos válidos si al momento de transmitir una de las líneas de negocio, su tributación es más ventajosa que la que hubiera correspondido de haberse transmitido con carácter previo a la reestructuración. De darse esta ventaja fiscal, no sería posible la aplicación del régimen fiscal especial previsto en el capítulo VII del título VII de la LIS.

**Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Ganancias y pérdidas patrimoniales. Tributación derivada del pago de la cláusula de rescisión por deportistas profesionales**

*Consulta de 29 de julio de 2016 (V3375)*

Cuando un deportista profesional abandona el club en que prestaba sus servicios mediante el pago de la llamada «cláusula de rescisión», se considera que dicho pago es una indemnización satisfecha por el deportista, que es la persona contractualmente obligada, a su antiguo club. Dicha calificación no cambia aunque sea el nuevo club el que se haga cargo del coste económico.

Desde el punto de vista fiscal, el deportista incurrirá en una pérdida patrimonial no derivada de una transmisión patrimonial como consecuencia del pago del importe de la cláusula de rescisión.

Por otra parte, la entrega al deportista de los fondos necesario para pagar la cláusula permite al nuevo club adquirir un activo intangible (los derechos federativos) y por ello no se califica como un gasto de personal. De forma simétrica, la DGT entiende que la entrega de los fondos no tiene finalidad remuneratoria y, por tanto, no constituye un rendimiento del trabajo, sino una ganancia patrimonial que se integra en la parte general de la base imponible y que se puede compensar con la pérdida patrimonial derivada del pago de la cláusula (de manera que el efecto final es neutro para el deportista).

Las repercusiones de esta contestación son importantes, ya que hasta ahora se venía entendiendo que la asunción del coste económico de la cláusula de rescisión por parte del club adquirente debía considerarse como rendimiento del trabajo sujeto a retención.

**Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Aplicación del régimen de diferimiento a las IIC extranjeras depositadas en una entidad bancaria extranjera**

*Consulta de 2 de febrero de 2016 (VO408-16)*

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 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 las 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.

**Impuesto sobre el Valor Añadido. Lugar de realización del hecho imponible. Uso efectivo**

*Consulta de 24 de mayo de 2016 (V2267-16)*

La consultante presta servicios de mediación a una plataforma *online* establecida en Estados Unidos que, a su vez, presta servicios de educación a distancia por medios electrónicos a empresarios situados en el territorio de aplicación del Impuesto.

La DGT analiza si resulta de aplicación la regla de localización establecida en el artículo 70. Dos de la LIVA, con arreglo a la cual se considerarán prestados en el territorio de aplicación del impuesto determinados servicios prestados a no establecidos siempre y cuando su utilización o explotación efectiva se acabe realizando en el citado territorio.

La DGT entiende que dicha regla entra en acción cuando el servicio sea utilizado por el destinatario en la realización de operaciones que, a su vez, se encuentren sujetas al IVA en territorio español. En el supuesto analizado, la entidad americana va a utilizar los servicios recibidos en el desarrollo de la actividad de educación mediante una plataforma de formación por internet que, al ser servicios prestados por vía electrónica y tener como usuarios a sujetos establecidos en el territorio español, se entenderán localizados en el territorio español. Por tanto, los servicios de mediación serán utilizados o explotados en dicho territorio y estarán sujetos al IVA español.

**Impuesto sobre el Patrimonio. Diferenciación entre el criterio de la DGT en IS y en IP respecto de la consideración de actividad económica de la actividad de arrendamiento en casos en que la gestión se externaliza**

*Consulta de 9 de mayo de 2016 (V1999-16)*

El consultante plantea a la DGT el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa de IRPF para la consideración de actividad económica a la actividad de arrendamiento de inmuebles cuando la gestión y administración ha sido contratada a una empresa.

A este respecto, la DGT con base en la remisión a la normativa de IRPF prevista en el artículo 1.2 del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales y de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el Impuesto sobre el Patrimonio, considera aplicable el artículo 27.2 de la Ley de IRPF. Por tanto, a efectos de IP el único requisito para la consideración del arrendamiento como actividad económica es el de la llevanza de la gestión por una persona contratada con contrato laboral y a jornada completa.

Lo anterior implica que la DGT rechaza la aplicación de los criterios establecidos por dicho centro directivo a efectos del IS en, entre otras, las consultas V1329-16 y V1330-16, ambas de 31 de marzo de 2016, en las cuales la DGT había admitido la existencia de actividad económica en supuestos en que se externalizaba la gestión del arrendamiento.

Esta separación del criterio de la DGT a efectos de IP se basa en que el IS grava una manifestación distinta de la actividad económica y desde una perspectiva diferente de la del IP, que atiende al patrimonio neto de que es titular la persona física a una fecha determinada.

Finalmente, aunque la DGT no realiza ninguna consideración a este respecto, podría entenderse que el criterio establecido en la consulta objeto de análisis resultaría aplicable tanto a efectos a IRPF (por constituir la norma de IRPF la base para determinar la calificación en IP) como a efectos de ISD (por contener la LISD remisión a la normativa de IP).

**Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Balance a considerar a efectos de determinar la aplicabilidad de la reducción prevista en el artículo 20.6 de la Ley de ISD**

*Consulta de 20 de mayo de 2016 (V2195-16)*

El consultante tiene previsto realizar una donación de participaciones en una entidad mercantil a su hijo y, a estos efectos, plantea a la DGT la aplicabilidad de la reducción prevista en el artículo 20.6 de la LISD y, en concreto, plantea diversas dudas en relación con el balance que debe considerarse a efectos de analizar el cumplimiento de los requisitos para su aplicación.

En primer lugar, la DGT confirma que el balance que debe tomarse en cuenta a efectos de analizar el cumplimiento de los requisitos es el balance a la fecha de devengo del ISD. En segundo lugar, la DGT confirma que no deben computarse como «activos no afectos» aquellos elementos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos por la sociedad en los últimos diez años.

A este respecto, la DGT realiza una matización relevante en tanto que considera que el no cómputo de los anteriores activos solo opera a efectos de determinar la parte del activo constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos. Es decir, lo anterior no implica que dichos elementos se encuentren efectivamente afectos a la actividad que realiza la entidad y, por tanto, la reducción de ISD no alcanzará al valor de dichos bienes en la medida en que no estén plenamente afectos.

**Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Aplicación directiva matriz-filial. Motivos económicos válidos**

*Consulta de 22 de junio de 2016 (V2879-16)*

La entidad consultante es una sociedad española *holding* de un grupo empresarial con participaciones en sociedades españolas y no residentes dedicadas a distintas actividades económicas, cuyo socio último traslada su residencia fiscal de Suiza a Singapur en el año 2015. Ese socio, además, posee participaciones en numerosas entidades no residentes, mayoritariamente luxemburguesas, a una de las cuales (la entidad L) aportó su participación en la sociedad española, con el objetivo de profesionalizar la gestión de su participación. La constitución de la entidad L tuvo lugar poco antes de que el socio adquiriera —por herencia— su participación en la totalidad del capital social de la española. Actualmente, la entidad luxemburguesa es titular además de participaciones en una sociedad de Singapur.

La DGT analiza la posible aplicación de la cláusula antiabuso que impide la aplicación de la exención a los dividendos distribuidos a una sociedad matriz residente en la Unión Europea cuando, a su vez, la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz pertenecen directa o indirectamente a personas no residentes en la Unión Europea. En estos casos, la exención solo se podrá aplicar cuando cuando la constitución y operativa de la matriz responda a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas

La DGT analiza las funciones llevadas a cabo por la entidad matriz y por la sociedad española y entiende que la interposición de la sociedad luxemburguesa entre la sociedad española y el socio persona física, lejos de optimizar el negocio desde un punto de vista económico, parece que duplica los recursos necesarios para su adecuada gestión. Por ello, no se aprecia ahorro de costes, economías de escala, limitación de riesgos o cualesquiera otras consecuencias económicas, distintas de las estrictamente tributarias, que pudieran justificar la estructura creada.

## UNIÓN EUROPEA\*

### 1 · JURISPRUDENCIA

**El Tribunal de Justicia desestima la solicitud de indemnización en relación con la reestructuración del sector bancario chipriota**

*Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de septiembre de 2016, en los asuntos acumulados Ledra Advertising y otros/Comisión Europea y BCE (ass. C-8/15 P a C-10/15 P)*

Durante los primeros meses de 2012, algunos bancos establecidos en Chipre experimentaron dificultades financieras, lo que llevó al Gobierno chipriota a solicitar asistencia financiera al Eurogrupo, entidad compuesta por los ministros de Hacienda de los Estados miembros de la zona euro. El Eurogrupo indicó que la asistencia financiera solicitada sería prestada por el Mecanismo Europeo de Estabilidad («MEDE») en el marco de un programa de ajuste macroeconómico que debía concretarse en un memorándum de entendimiento. La negociación de dicho memorándum fue llevada a cabo, por una parte, por la Comisión Europea, conjunta-

\* Esta sección ha sido coordinada por Eurne Navarro, y en su elaboración han participado Raquel Lapresta, Marta 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 (Bruselas).



mente con el Banco Central Europeo («BCE») y el Fondo Monetario Internacional («FMI») y, por otra parte, por las autoridades chipriotas. Mediante Declaración de 25 de marzo de 2013, el Eurogrupo comunicó que las negociaciones habían concluido con la adopción de un proyecto de Memorándum de Entendimiento sobre la reestructuración de los bancos BoC y Laïki.

Varios particulares chipriotas y una sociedad domiciliada en Chipre eran titulares de depósitos en los bancos afectados. La aplicación de las medidas acordadas con las autoridades chipriotas provocó una reducción sustancial del valor de dichos depósitos, a raíz de lo cual los particulares y la sociedad afectados interpusieron distintos recursos ante el Tribunal General de la Unión Europea, dirigidos fundamentalmente a que la Comisión y el BCE les abonaran una indemnización equivalente a la disminución del valor de sus depósitos, que alegaban haber sufrido como consecuencia de la adopción del Memorándum de Entendimiento, que fueron desestimados. Contra las sentencias desestimatorias de las pretensiones de los particulares y la sociedad chipriota, estos interpusieron recursos de casación ante el Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia aclara que, en el ámbito del MEDE, la Comisión conserva su función de guardiana de los Tratados, como resulta del artículo 17.1 del Tratado de la Unión Europea («TUE»), por lo que debería abstenerse de firmar un memorándum de entendimiento respecto al que albergue dudas sobre su compatibilidad con el Derecho de la Unión. Por ello, el Tribunal de Justicia concluye que el Tribunal General incurrió en error al considerar que no era competente para examinar un recurso de indemnización fundado en la ilegalidad de varias disposiciones del Memorándum de Entendimiento basándose en la mera constatación de que su adopción no era formalmente imputable ni a la Comisión ni al BCE.

Finalmente, el Tribunal de Justicia se declara competente para conocer de la pretensión relativa a la indemnización por daños alegada por las recurrentes. Recuerda, en este sentido, que para que se genere la responsabilidad extracontractual de la Unión es necesario que concurren un conjunto de requisitos. En este caso, el Tribunal considera que no se ha acreditado la existencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares y, en consecuencia, el Tribunal de Justicia desestima las reclamaciones de indemnización.

**Son contrarios al Derecho de la Unión Europea los precios uniformes fijados en Alemania para medicamentos sujetos a receta médica**

*Sentencia del Tribunal de Justicia, de 19 de octubre de 2016, en el asunto Deutsche Parkinson Vereinigung eV/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV (as. C-148/15)*

El Tribunal de Justicia ha declarado que la prohibición, impuesta por la normativa alemana, de vender por correspondencia medicamentos cuya venta está reservada en exclusiva a las farmacias alemanas, perjudica más a las farmacias situadas en el extranjero que a las alemanas.

En este sentido, considera que las farmacias tradicionales se encuentran en mejores condiciones de (i) proporcionar a los pacientes consejos individuales por medio de sus empleados y (ii) de garantizar el abastecimiento de medicamentos en caso de urgencia que las farmacias que operan por correo. Por ello, la competencia a través de los precios puede constituir un parámetro competitivo para las farmacias que operan por correo.

El Tribunal de Justicia afirma que la imposición de precios uniformes grava más a las farmacias establecidas en el extranjero que a aquellas establecidas en territorio alemán, por lo que podría obstaculizar más el acceso al mercado de los productos procedentes de otros Estados miembros que el de los productos nacionales. Por ello, concluye que la fijación de precios uniformes para medicamentos sujetos a receta médica constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación.

En último lugar, el Tribunal recuerda que una restricción como esta podría estar justificada por razones de protección de la salud y de la vida, y que corresponde a las autoridades nacionales aportar pruebas que permitan llevar a cabo un análisis de proporcionalidad en cada caso concreto. Sin embargo, el Estado alemán no acreditó la concurrencia de una justificación de interés general.

Es contraria al Derecho de la Unión Europea la denegación del reconocimiento de los contrastes de garantía para metales preciosos marcados por un laboratorio neerlandés de contraste

*Sentencia de la Tribunal Justicia, de 22 de septiembre de 2016, en el asunto Comisión/República Checa (as. C-525/14)*

El Tribunal de Justicia señala que constituye una restricción a la libre circulación de mercancías la práctica recogida en la normativa checa consistente en aplicar un contraste adicional a aquellos metales preciosos que, originarios de un tercer Estado, (i) ya han sido marcados con un contraste, bien en territorio neerlandés o en territorio de un país tercero con arreglo a la normativa neerlandesa, y (ii) han sido puestos en circulación en la Unión.

La República Checa invoca una exigencia imperativa basada en la necesidad de garantizar la protección de los consumidores. No obstante, el Tribunal de Justicia aclara que los Estados miembros no pueden invocar esa facultad cuando los resultados del control efectuado en el Estado miembro que exporta cumplen las exigencias del Estado miembro que importa, como sucede en este caso concreto. Por ello, el Tribunal de Justicia concluye que la República Checa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»).

El aumento del capital de un banco sin acuerdo de su junta general en situación de grave perturbación de la economía y sistema financiero de un Estado miembro no resulta contrario al Derecho de la Unión Europea

*Sentencia del Tribunal de Justicia, de 8 de noviembre de 2018, en el asunto Gerard Dowling y otros/Minister for Finance (as. C-41/15)*

A fin de recapitalizar ILP (entidad de crédito que ejerce su actividad en territorio irlandés) a pesar del rechazo de su junta general, el ministro de Hacienda irlandés (el «Ministro») obtuvo ante el tribunal irlandés competente un requerimiento judicial mediante el que se intimaba a dicha entidad a emitir, a cambio de una aportación de 2.700 millones de euros, nuevas acciones a favor del Ministro. Como consecuencia, el Ministro obtuvo, sin mediar decisión de la junta general de accionistas de la entidad de crédito irlandesa, el 99,2 % de las acciones de dicha sociedad.

En el marco del procedimiento judicial iniciado por los accionistas de la entidad crediticia, la *High Court* irlandesa elevó cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, solicitando dilucidara si la adopción de un requerimiento judicial como aquel en favor del Ministro, que permitió la recapitalización sin acuerdo de la Junta General era contrario a la Directiva 77/91/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976 tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades (la «Directiva»).

El Tribunal de Justicia hace hincapié en las circunstancias que condujeron a la adopción del requerimiento judicial en cuestión y subraya que el tribunal remitente de la cuestión prejudicial, tras ponderar los intereses en juego, llegó a la conclusión de que el requerimiento judicial era el único medio para garantizar la recapitalización de la entidad de crédito irlandesa, necesaria para evitar su insolvencia.

De esta manera, el Tribunal de Justicia declara que la Directiva no se opone a una medida excepcional (tal como el requerimiento judicial) que las autoridades nacionales adopten, en una situación de grave perturbación de la economía y del sistema financiero de un Estado miembro, sin la aprobación de la junta general de una sociedad, con el fin de evitar un riesgo sistémico y garantizar la estabilidad financiera de la Unión.

La Directiva sobre servicios se opone a la exigencia de que, en el momento de presentar una solicitud de autorización, se abonen los costes relacionados con su gestión

*Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 2016, en el asunto The Queen (a instancia de varias sociedades)/Westminster City Council (con la intervención de varias asociaciones) (as. C-316/15)*

Según la normativa británica, toda persona que solicite la concesión o renovación de una autorización debe abonar una tasa razonable fijada por la autoridad competente. Esta tasa está constituida por dos partes, una correspondiente a la tramitación de la solicitud (no reembolsable en caso de denegación de la solicitud), y la otra (de una cuantía muy superior), relativa a la gestión del régimen de autorización (reembolsable en caso de denegación de la solicitud).

Al respecto, la *Supreme Court of the United Kingdom* (Tribunal Supremo del Reino Unido) pregunta si la segunda parte de la tasa constituye, para el solicitante de una autorización, un «gasto» contrario a la Directiva sobre servicios, en la medida en que el importe de dicha tasa es

superior a los costes de tramitación de la solicitud. El Tribunal de Justicia establece que el Derecho de la Unión se opone a la exigencia del pago de una tasa que en parte corresponde a los costes relacionados con la gestión del régimen de autorización.

Dado que la Directiva de servicios pretende facilitar el acceso a las actividades de servicios, el Tribunal de Justicia razona que difícilmente se puede alcanzar ese objetivo con la exigencia de que se financien de antemano los costes de la gestión y del control del cumplimiento del régimen de autorización en cuestión. En consecuencia, tal exigencia es contraria al Derecho de la Unión.

**El Derecho de la Unión no se opone al sistema español de remuneración de procuradores, pero los órganos nacionales deben verificar la aplicación estricta de dicho sistema**

*Sentencia del Tribunal de Justicia, de 8 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados Euro-saneamientos S.L. y otros/Arcelor Mittal Zaragoza, S.A. y el Consejo General de Procuradores de España y Francesc de Bolós Pi/Urbaser, S.A. (ass.C-532/15 y C-538/15)*

La Audiencia Provincial de Zaragoza y el Juzgado de Primera Instancia de Olot (Gerona) plantearon al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales acerca de la compatibilidad de la legislación española que somete la retribución de los procuradores a un arancel de mínimos con los principios de libre competencia de la Unión Europea.

Los tribunales remitentes albergan dudas sobre si el hecho de que los honorarios de los procuradores estén regulados mediante arancel, según lo dispuesto en el Real Decreto 1373/2003 («RD»), que resulta de aplicación a todo el territorio de un Estado miembro, contraviene los principios de libre competencia.

A este respecto, el Tribunal reconoce que el RD es una norma estatal aprobada por el Consejo de Ministros conforme al procedimiento ordinario de elaboración de decretos y que el procedimiento de liquidación de los honorarios de los procuradores compete a los órganos jurisdiccionales nacionales.

El Tribunal de Justicia considera que no puede afirmarse que, por el mero hecho de que los órganos jurisdiccionales nacionales estén obligados a respetar las disposiciones de una normativa nacional que regula la liquidación de honorarios de los procuradores, el Reino de España haya delegado la facultad de elaboración o aplicación de dicha normativa a las asociaciones profesionales de procuradores. En este sentido, el Tribunal señala que no puede acusarse al Estado español de imponer o favorecer la realización de prácticas colusorias.

El Tribunal de Justicia aclara que el artículo 101 del TFUE, en relación con el artículo 4.3 del TUE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que somete los honorarios de los procuradores a un arancel que solo puede alterarse en un 12 % al alza o a la baja, habiendo de limitarse los órganos jurisdiccionales nacionales a verificar su estricta aplicación.