

# CRÓNICA LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Unión Europea, España y Portugal

## ADMINISTRATIVO\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

**Régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías**

*Real Decreto-ley 4/2017, de 24 de febrero, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el asunto C-576/13 —procedimiento de infracción 2009/4052— (BOE de 25 de febrero de 2017)*

El Consejo de Ministros ha aprobado, con fecha 24 de febrero de 2017, un Real Decreto-ley por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 11 de diciembre de 2014, recaída en el asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052).

El principal objetivo del Real Decreto-ley es eliminar las restricciones a la libertad de establecimiento de las empresas en este sector. Traslada la modificación legal que tiene que llevar a cabo el Gobierno para que las empresas no tengan que participar obligatoriamente del capital de las SAGEB, sociedades de gestión de trabajadores portuarios.

**Régimen de restitución de bienes culturales que, encontrándose en el territorio de un Estado miembro de la UE, hubieran salido ilegalmente del territorio español**

*Ley 1/2017, de 18 de abril, sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 —«Ley 1/2017»— (BOE de 18 de abril de 2017)*

La Ley 1/2017 establece el nuevo régimen jurídico sobre la restitución de bienes culturales ilegalmente salidos del territorio español —que estaba regulado anteriormente en la Directiva 93/7/CEE de 15 de marzo y en la Ley 36/1994 de 23 de diciembre— mediante la incorporación de las novedades introducidas en esta materia por la Directiva 2014/60/UE de 15 de mayo de 2014 («Directiva 2014/60/UE»).

Ante las carencias de la regulación anterior para obtener la efectiva restitución de bienes culturales, la Directiva 2014/60/UE y la Ley 1/2017 introducen una serie de reformas dirigidas a facilitar las labores de cooperación y consulta entre las autoridades nacionales con competencia en esta materia.

En síntesis, las principales novedades son las siguientes: (i) se elimina la categorización de los bienes culturales objeto de restitución, en la medida en que obstaculizaba la aplicación de la normativa sobre restitución de bienes culturales; (ii) se incluye un módulo específicamente diseñado para bienes culturales en el Sistema de Información de Mercado Interior, con vistas a una

\* 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).

aplicación uniforme de la Directiva 2017/60/UE; (iii) se designa a la Secretaría de Estado de Cultura —o al órgano superior de la Administración General del Estado que en cada momento ejerza las competencias en materia de patrimonio histórico— como autoridad central a los efectos de la aplicación de la Ley 1/2017; (iv) el plazo para verificar si un determinado bien descubierto en otro Estado miembro cumple con los elementos de bien cultural establecidos en la Directiva 2014/60/UE se amplía a seis meses; y (v) el plazo para ejercer la acción de restitución se amplía a 3 años desde la fecha en la que el Estado miembro, de cuyo territorio salió ilegalmente el bien cultural, tuvo conocimiento del lugar en el que se encontraba el bien y de la identidad de su poseedor.

**Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público**

*Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (BOCG, 5 de septiembre de 2017)*

El Senado publicó, con fecha 7 de septiembre de 2017, el texto del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, remitido por el Congreso de los Diputados, y declaró su tramitación por el procedimiento de urgencia fijando un plazo improrrogable para la presentación enmiendas y propuestas de veto, que finalizaría el 13 de septiembre de 2017.

**[Portugal]**

**Regime Jurídico das Entidades Afetas à Rede de Prestação de Cuidados de Saúde**

*Decreto-Lei n.º 18/2007, de 10 de fevereiro (DR 30, SÉRIE I, de 10 de fevereiro de 2017)*

O Decreto-Lei n.º 18/2007, de 10 de fevereiro, concentra num único diploma o regime jurídico das entidades que integram o Serviço Nacional de Saúde («SNS») afetas à rede de prestação de cuidados de saúde, bem como a aprovação das especificidades estatutárias daquelas entidades.

Tendo em vista a melhor articulação entre os diferentes níveis de cuidados, e a necessidade de gerar ganhos de eficácia e eficiência no sistema, o presente diploma constitui um instrumento para o relançamento do SNS. Entre as principais alterações face ao regime aplicável anteriormente destaca-se (i) a integração, no conselho de administração de cada uma das referidas entidades, de um elemento proposto pelo membro do Governo responsável pela área das finanças; (ii) no caso das unidades locais de saúde, a integração de um vogal proposto pela respetiva Comunidade Intermunicipal, ou pela área Metropolitana, no conselho de administração; e (iii) os processos com o objetivo de nomear diretores de serviço deverão ser alvo de aviso público.

Neste diploma, entre outros, são estabelecidos os princípios específicos que devem ser cumpridos pelas entidades pertencentes ao SNS na prestação de cuidados de saúde, são definidas as competências da tutela setorial e financeira e é ainda regulado o enquadramento legal aplicável aos trabalhadores das Entidades Públicas Empresariais integradas no SNS.

O presente diploma produz efeitos desde 1 de janeiro de 2017.

**Produtores de Energia em Regime Especial - Reposição de Acumulação Indevida**

*Portaria n.º 69/2017, de 16 de fevereiro (DR 34, SÉRIE I, de 16 de fevereiro de 2017)*

A Portaria n.º 69/2017, de 16 de fevereiro, surge como forma de confirmação e reforço do preceituado na Portaria n.º 268-B/2016, de 13 de Outubro de 2016, que é, desta forma, revogada.

Segundo este diploma, os valores recebidos em excesso pelos produtores de energia elétrica em regime especial, que beneficiam de remunerações garantidas fixadas administrativamente, as quais são pagas pelo Comercializador de Último Recurso («CUR»), deverão ser corrigidos, tão rápido quanto possível, a favor do Sistema Elétrico Nacional («SEN»). Estes valores em excesso serão identificados mediante despacho publicado pelo membro do Governo responsável pela área da energia e serão deduzidos ao montante pago pelo CUR aos centros electroprodutores.

A portaria entrou em vigor a 17 de fevereiro de 2017.

### Transporte de Resíduos em Território Nacional

#### *Portaria n.º 145/2007, de 26 de abril (DR 81, SÉRIE I, de 26 de abril de 2017)*

A Portaria n.º 145/2017, de 26 de abril, define as regras aplicáveis ao transporte rodoviário, ferroviário, fluvial, marítimo e aéreo de resíduos em território nacional e estabelece as guias eletrónicas de acompanhamento de resíduos (e-GAR).

A partir de 1 de janeiro de 2018 o transporte de resíduos passará a ser obrigatoriamente acompanhado de guias e-GAR, a emitir no Sistema Integrado de Registo Eletrónico de Resíduos, disponibilizado pela Agência Portuguesa do Ambiente, I.P.

O diploma regula, entre outros, as obrigações que devem ser observadas pelo transportador e pelo produtor e detentor de resíduos, os requisitos a serem observados durante o transporte e todos os aspetos relacionadas com as guias e-GAR, em particular, o procedimento a seguir para que estas sejam emitidas, como podem ser consultadas e que informação deverá ser incluída.

Nos termos do artigo 6.º, n.º 2, encontram-se isentos da obrigação de emissão de e-GAR, designadamente, o transporte de resíduos urbanos cuja gestão seja da responsabilidade dos municípios, ou dos sistemas de gestão de resíduos urbanos respetivos, desde que efetuado por estes, pelo produtor ou por concessionário e que sejam transportados entre instalações destas entidades.

Por fim, cumpre salientar o disposto no artigo 5.º deste diploma, nos termos do qual o produtor ou detentor dos resíduos é solidariamente responsável com o transportador por danos causados pela atividade transporte de resíduos.

A Portaria n.º 145/2017, de 26 de abril, produz efeitos a partir de 26 de maio de 2017, sem prejuízo do disposto quanto à data de aplicação obrigatória das normas e-GAR (1 de janeiro de 2018).

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Unión Europea]

#### El TJUE determina que la decisión de admitir una oferta es judicialmente recurrible de forma independiente —y previa— al acuerdo de adjudicación

#### *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de abril de 2017 (as. C-391/15)*

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía planteó ante el TJUE, como cuestión prejudicial, si una normativa nacional que impida el acceso al recurso de los actos de trámite del ente adjudicador, como la decisión de admisión de la oferta de un licitador, es contraria a los principios de las Directivas de la UE en materia de contratación pública.

En concreto, la cuestión se planteaba respecto de la posible inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto por un licitador frente a la admisión de la oferta del competidor cuando aún no había recaído acuerdo de adjudicación.

El TJUE sostiene que el concepto «decisión» de un poder adjudicador contemplado en las Directivas debe interpretarse en sentido amplio, de manera que la admisión de la oferta de un licitador debe ser considerada, por su propia naturaleza, como una decisión que rebasa la reflexión interna de la entidad adjudicadora y que, por tanto, puede ser objeto de recurso aunque aún no se haya dictado la decisión de adjudicación.

Para el TJUE, que nuestra normativa nacional obligue al licitador a esperar a que recaiga el acuerdo de adjudicación para poder recurrir la admisión de la oferta del competidor infringe las disposiciones de la Directiva 89/665/CEE (Directiva relativa a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras).

Dicho con otras palabras, el TJUE considera que la Directiva 89/665/CEE se opone a una legislación nacional en cuya virtud la decisión de admitir a un licitador en la licitación no esté incluida entre los actos de trámite que pueden ser objeto de un recurso independiente.

## [España]

### El TC anula parcialmente la regulación del impuesto estatal sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana

#### *Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 11 de mayo de 2017*

El Pleno del Tribunal Constitucional ha acordado por unanimidad declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo («TRLHL»). El Tribunal considera que el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana vulnera el principio constitucional de capacidad económica en la medida en que no se vincula necesariamente a la existencia de un incremento real del valor del bien, sino a la mera titularidad del terreno durante un periodo de tiempo. La sentencia reitera la doctrina establecida por el Tribunal en las sentencias 26/2017 y 37/2017, referidas, respectivamente, al establecimiento de este mismo impuesto en los territorios históricos de Gipuzkoa y Álava.

El TC explica que el objeto del impuesto regulado por la norma estatal ahora cuestionada es el incremento del valor que pudieran haber experimentado los terrenos durante un determinado intervalo de tiempo; sin embargo, el gravamen no se vincula necesariamente a la existencia de ese incremento, sino «a la mera titularidad del terreno durante un periodo de tiempo computable entre uno (mínimo) y veinte años (máximo)». Por consiguiente, añade la sentencia, «basta con ser titular de un terreno de naturaleza urbana para que se anude a esta circunstancia, como consecuencia inseparable e irrefutable, un incremento de valor sometido a tributación que se cuantifica de forma automática mediante la aplicación al valor que tenga ese terreno a efectos del impuesto sobre bienes inmuebles al momento de la transmisión, de un porcentaje fijo por cada año de tenencia, con independencia no solo del quantum real del mismo, sino de la propia existencia de ese incremento».

Es decir, el solo hecho de haber sido titular de un terreno de naturaleza urbana durante un determinado periodo temporal implica necesariamente el pago del impuesto, incluso cuando no se ha producido un incremento del valor del bien o, más allá, cuando se ha producido un decremento del mismo. Esta circunstancia, explica el TC, vulnera el principio de capacidad económica (art. 31.1 CE).

Por todo ello, el Tribunal declara la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4 del TRLHL, pero «solo en la medida en que no han previsto excluir del tributo las situaciones inexpressivas de capacidad económica por inexistencia de incrementos de valor». A partir de la publicación de la sentencia, corresponde al legislador llevar a cabo «las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto que permitan arbitrar el modo de no someter a tributación las situaciones de inexistencia de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana».

### El TS estima un recurso contra el archivo de procedimiento por impago de la tasa judicial en aplicación de la STC 140/2016

#### *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de enero de 2017*

El Tribunal Supremo estima un recurso de casación interpuesto contra el auto del TSJ de Madrid que desestimaba el recurso de reposición contra el archivo del recurso contencioso-administrativo presentado por una persona jurídica al no haber abonado la tasa judicial en vigor en aquellos momentos.

La sentencia acude a la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016 que declaró inconstitucionales en relación con las personas jurídicas ciertas tasas, entre ellas las impugnadas por la recurrente. Así, se analizan los efectos de este pronunciamiento del Tribunal Constitucional que no deben extenderse en el caso de los procesos finalizados por sentencia con fuerza de cosa juzgada o en los que la liquidación del tributo fuera firme.

En cambio, en este caso procede estimar el recurso al tratarse, precisamente, de un procedimiento vivo en el que la recurrente se ha opuesto en todo momento al pago de la tasa invocando motivos compartidos por la sentencia constitucional.

**El TS determina que el *dies ad quem* del plazo de caducidad del procedimiento de declaración de lesividad es aquel en el que se acuerda la declaración de lesividad, y no el de notificación del interesado**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de marzo de 2017*

El Tribunal Supremo casa la sentencia del TSJ de Andalucía que declaró la inadmisión del recurso contencioso-administrativo formulado por el Ministerio de Fomento, previa declaración de lesividad pertinente, contra el acuerdo de determinación del justiprecio del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de 10 de septiembre de 2008.

En lo que ahora interesa, son hechos no controvertidos que el procedimiento de lesividad se inició el 2 de marzo de 2010, y concluyó mediante acuerdo favorable del Consejo de Ministros de 23 de julio de 2010. Este acuerdo no se notificó a las mercantiles interesadas.

El TSJ acogió el argumento de las mercantiles demandadas según el cual debía haberse declarado la caducidad del procedimiento de lesividad al no haberse notificado su acuerdo en el plazo de seis meses. Se sostiene así que el artículo 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común («LRJPAC») debía interpretarse conforme al artículo 44 LRJPAC.

El Tribunal Supremo, tras reconocer que no existe un criterio pacífico al respecto, opta por casar la sentencia en este punto. La Sala considera que el artículo 103.3 LRJPAC establece un régimen especial de caducidad, estableciendo como *dies ad quem* el momento en que la lesividad sea declarada, y no el día de su notificación. El argumento principal del Tribunal Supremo es de carácter teleológico. Así, entiende que la inimpugnabilidad del acuerdo de lesividad lo convierte en un mero presupuesto procesal de admisibilidad de la acción en el posterior proceso judicial.

Además, utiliza un argumento de carácter subjetivo (*mens legislatoris*) al señalar que, si el legislador hubiera querido adoptar una solución diferente, hubiera aprovechado la reforma operada por la Ley 4/1999 en los artículos 42 y 44.

**La resolución que estima un recurso de alzada exige un plus de motivación por suponer un cambio en el criterio administrativo**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 620/2017, de 5 de abril de 2017*

Con fecha 3 de marzo de 2012, el Colegio de Farmacéuticos de la Coruña aprobó una reestructuración del servicio de urgencias farmacéuticas. Frente a dicha resolución se formuló recurso de alzada por parte del titular de una de las oficinas de farmacia afectadas. Dicho recurso de alzada fue estimado por la Resolución de 5 de julio de 2012 de la Consejería de Sanidad de la Xunta de Galicia, que corrigió la reestructuración planteada.

Frente a la resolución que estimó el recurso de alzada surgen varios titulares de oficinas de farmacia, que formulan recurso contencioso-administrativo frente a la misma. Dicho recurso contencioso-administrativo fue estimado por Sentencia de 5 de marzo de 2015 del TSJ de Galicia.

El Tribunal Supremo examina el recurso de casación interpuesto por el letrado de la Xunta de Galicia contra la sentencia del TSJ de Galicia.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso y confirma la sentencia de instancia, cuyo *ratio decidendi* fue la ausencia de motivación de la Resolución de 5 de julio de 2012, estimatoria del recurso de alzada.

El Tribunal Supremo recuerda primero su doctrina sobre la motivación de los actos administrativos como premisa esencial para poder controlar la actividad administrativa. Lo relevante de este supuesto es que exige un plus de motivación al acto de estimación del recurso de alzada, por cambiar el criterio del acto administrativo inicial. En concreto, el Tribunal Supremo considera necesario expresar las razones por las que el sistema inicialmente previsto ha de ser modificado, y cuál es la mejora que se produce.

**El TSJ de Cataluña establece que las sentencias dictadas por los TSJ no pueden ser objeto de recurso de casación autonómica**

*Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 10 de mayo de 2017, sobre inadmisión de recurso de casación autonómico (recurso de casación núm. 3/2017)*

El TSJ de Cataluña inadmite el recurso de casación interpuesto por el recurrente contra una sentencia de ese mismo órgano sobre la base de que las sentencias dictadas por las Salas de los TSJ no pueden ser objeto del recurso de casación autonómica.

En este sentido, el TSJ de Cataluña dispone de forma expresa que la reforma de 2015 no incluye las sentencias dictadas por las Salas de los TSJ en el ámbito del recurso de casación autonómico, sin perjuicio de que sí incluya las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Y ello, por cuanto el artículo 86.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa («LJCA») no delimita expresamente el recurso de casación autonómico (pues únicamente se regula la casación ante el TS) y el artículo 86.3 de ese mismo texto legal tampoco es un precepto que delimite el ámbito objetivo de la casación autonómica, de acuerdo a los antecedentes legislativos y al tenor literal del precepto.

Afirma el TSJ de Cataluña que no puede derivarse una atribución de competencia funcional prevalente a las salas de los TSJ frente a las sentencias dictadas por la misma Sala, pues ello carece de soporte en la legislación orgánica actual.

Por último, añade que la interpretación excluyente de la recurribilidad en casación autonómica de las sentencias dictadas por las Salas de los TSJ es ajustada al espíritu y finalidad de la configuración del nuevo recurso de casación como instrumento uniformador de la interpretación del derecho a través del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

**El TSJ de Madrid delimita el objeto del recurso de casación autonómico incluyendo las sentencias y los autos de las Salas de los TSJ cuando presentan un interés casacional objetivo**

*Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 17 de mayo de 2017, sobre inadmisión de recurso de casación autonómico (recurso de casación núm. 10/2017)*

El TSJ de Madrid admite en su auto la existencia del recurso de casación autonómico, al hallarse previsto (aunque de forma insuficiente) en el artículo 86.3 de la LJCA. En todo caso, afirma ese órgano que el silencio que mantiene el artículo 74 de la Ley Orgánica del Poder Judicial («LOPJ») no constituye un obstáculo insalvable a la reserva de Ley Orgánica ex artículo 122 de la Constitución, pues esa Ley debe complementarse con lo dispuesto en la Ley ordinaria.

Asimismo, el TSJ de Madrid delimita el objeto del recurso de casación autonómico, determinando que las resoluciones recurribles en casación serán las sentencias de Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en los que se dan los requisitos de los artículos 86 y 87 de la LJCA que versen sobre Derecho autonómico, y sentencias y autos del propio TSJ, siempre y cuando se cumplan los presupuestos de admisibilidad que afectan al recurso de casación estatal.

El TSJ establece una serie de «limitaciones» al recurso de casación autonómico cuando se recurran sentencias del propio TSJ: únicamente cabe admitir que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en el recurso de casación autonómica frente a las sentencias de las Salas de los TSJ cuando (i) se observe contradicción entre el criterio sostenido por la sentencia impugnada y el seguido por otra u otras sentencias de la misma Sala sobre cuestiones sustancialmente iguales, y (ii) la resolución recurrida se aparte deliberadamente de la jurisprudencia sobre Derecho autonómico existente hasta entonces.

No obstante lo anterior, el TSJ de Madrid inadmite a trámite el recurso de casación preparado por el recurrente contra una sentencia de ese mismo órgano, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente contra el Acuerdo de 26 de noviembre de 2014, del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, por el que se aprobó el Plan Especial de Control Urbanístico Ambiental de Usos para la implantación de la actividad de Gran Superficie Comercial en edificio existente. Y ello por cuanto el TSJ de Madrid considera que el recurrente no ha justificado en modo alguno la presencia de interés casacional objetivo.

## ARBITRAJE Y MEDIACIÓN\*

### 1 · JURISPRUDENCIA

#### [España]

**El Tribunal Supremo confirma una condena indemnizatoria frente a dos árbitros por su actuación temeraria al excluir al tercer árbitro de la deliberación del laudo**

*Sentencia 102/2017, de la Sala de lo Civil, Sección 1.ª, del Tribunal Supremo, de 15 de febrero*

El 15 de febrero de 2017, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó una sentencia por la que desestimó sendos recursos de casación interpuestos por dos árbitros y ratificó una condena a indemnizar a la sociedad Puma, S.A.

La controversia trae causa de un procedimiento arbitral, durante cuyas deliberaciones los tres miembros del tribunal no alcanzaron unanimidad en el fallo del laudo. Ante esta situación, los dos árbitros con criterio coincidente mantuvieron una nueva reunión a la que no convocaron al tercer árbitro, con «pleno conocimiento» de que este se encontraba de viaje. En esa reunión, volvieron a deliberar y dictaron el laudo, sin la firma del tercer árbitro. Con fundamento en la infracción del principio de colegialidad arbitral, Puma, S.A. formuló una acción de anulación del laudo, que fue estimada.

Posteriormente, Puma, S.A. interpuso una demanda de responsabilidad civil contra los dos árbitros, que fue estimada en primera instancia y confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid. En concreto, la Audiencia entendió que los dos árbitros excluyeron indebidamente al tercer árbitro y, por lo tanto, ratificó la condena indemnizatoria, correspondiente al importe de los honorarios que cada uno de ellos había percibido en el procedimiento arbitral (i.e., 750.000 euros cada uno).

Frente a esta resolución, los dos árbitros interpusieron un recurso de casación en el que, en esencia, sostenían que la sentencia de apelación (i) vulneraba los requisitos legales exigidos para apreciar responsabilidad en los árbitros —establecidos en el artículo 21.1 de la Ley de Arbitraje— y que, además, (ii) aplicaba la responsabilidad prevista en dicho precepto sin tener en cuenta la jurisprudencia que delimita el concepto de culpa grave frente a la mala fe, la temeridad o el dolo, cuya concurrencia se exige para apreciar el supuesto de responsabilidad en los árbitros.

En su sentencia, el Tribunal Supremo señala que:

*«La temeridad se identifica con una negligencia inexcusable, con un error manifiesto y grave, carente de justificación, que no se anuda a la anulación del laudo, sino a una acción arriesgada por parte de quienes conocen su oficio y debieron aplicarlo en interés de quienes les encomendaron llevar a buen fin el arbitraje. A una conducta de quien ignora con arreglo a una mínima pauta de razonabilidad los derechos de quienes encargaron el arbitraje y las atribuciones propias de los árbitros, desnaturalizando en suma el curso arbitral sin posibilidad de que pudiera salir adelante el laudo correctamente emitido, como así fue, con el consiguiente daño. A una conducta, en definitiva, insólita o insospechada que está al margen del buen juicio de cualquiera».*

La Sala entiende que los dos árbitros actuaron de manera temeraria conforme al artículo 21.1 de la Ley de Arbitraje, ya que excluyeron conscientemente al tercer árbitro de la deliberación y votación final del laudo, vulnerando así una garantía esencial en la conformación de la voluntad del tribunal arbitral que, en términos de la sentencia de apelación, «se proyecta igualmente como medio de control interno de sus miembros, y externo de sus destinatarios, respecto de la decisión adoptada». Para alcanzar su decisión, el Tribunal Supremo también considera relevante que el tercer árbitro no mantuviera una conducta obstruccionista o dilatoria durante la tramitación del arbitraje.

\* Esta sección ha sido coordinada por Luis Capiel, y en su elaboración han participado Olga Puigdemont Sola, Jesús Saracho Aguirre, Juan Calvente Henche, Daniel Tejada Plana, Eugenia Simó García, Cristina Pinedo Sendagorta, Fabio Núñez del Prado Chaves, María Antúnez Sánchez, Antón Vieito Baqueiro y Lina Fernández del Portillo, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

**El TSJ de Madrid rechaza la solicitud conjunta de archivo del procedimiento por haberse alcanzado un acuerdo extrajudicial, y señala que, una vez interpuesta la acción de anulación de un laudo, esta es indisponible para las partes**

*Autos 99/2017 y 100/2017, de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de abril*

El 4 de abril de 2017, la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante Auto 99/2017, desestimó la solicitud de archivo de un proceso de anulación de laudo arbitral, presentada conjuntamente tras alcanzarse un acuerdo extrajudicial, tras apreciar que la acción de anulación había devenido indisponible para las partes.

La demanda de anulación se fundaba en la nulidad de la cláusula arbitral (al amparo del artículo 41.1.a de la Ley de Arbitraje), dado que la suscripción del convenio arbitral había sido contraria a la normativa tuitiva de los consumidores.

La Sala afirma que, una vez iniciado el proceso de anulación, las partes no podían disponer de la acción de anulación si, como sucedía en este caso, el Tribunal debía resolver sobre cuestiones de interés general y apreciables de oficio que, a juicio de la Sala, escapan del ámbito de libre disposición de las partes.

En concreto, la Sala entiende que la alegación de invalidez del convenio arbitral se encontraba indisolublemente vinculada a la tutela del orden público o del interés general, cuya protección y salvaguarda resultaría indisponible para las partes, y, en consecuencia, desestimó la solicitud de archivo del proceso de anulación de laudo arbitral.

El auto recoge el voto particular discrepante del presidente de la Sala (D. Francisco Javier Vieira Morante). En opinión de este, no existe ninguna norma que impida o limite la disponibilidad de la pretensión de anulación de un laudo arbitral. A su vez, el Presidente de la Sala afirma que la decisión mayoritaria «ningún beneficio reporta: ni para las partes, que no obtienen satisfacción a sus intereses; ni para a Administración de Justicia, que se ve obligada a prolongar artificiosamente la tramitación de un procedimiento sin eficacia alguna; ni para el ámbito del arbitraje, al introducir en el ejercicio de la acción de nulidad del laudo un obstáculo más, por cuanto la presentación de la demanda de anulación del laudo arbitral implicará el riesgo de no poder concluir el procedimiento más que por sentencia, con independencia de que sea otra la voluntad de las partes, obligadas así a continuarlo forzosamente hasta su conclusión, con una rigidez contraria a los principios de flexibilidad y antiformalismo que rigen en el arbitraje».

En esta misma fecha, la Sala dictó otro auto en igual sentido (Auto 100/2017), que también recoge un voto discrepante del presidente de la Sala, redactado en términos idénticos.

## 2 · ARBITRAJE DE INVERSIÓN

### [Resoluciones arbitrales]

**Un Tribunal CIADI condena a España por violar la obligación de otorgar trato justo y equitativo del Tratado sobre la Carta de la Energía a inversores en el sector de la energía solar, señalando que este tratado los protege de cambios fundamentales e irrazonables del régimen regulatorio vigente al momento de realizar la inversión**

*Laudo en el caso CIADI N.º ARB/13/36, Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. c. Reino de España, de 4 de mayo de 2017*

Un tribunal arbitral constituido bajo el Convenio CIADI ha condenado a España al pago de 128 millones de euros al fondo de inversión británico Eiser Infrastructure Limited y su filial luxemburguesa por el perjuicio sufrido en las inversiones realizadas en tres plantas termosolares a raíz de los recortes aplicados al sector de las energías renovables.

Las demandantes invirtieron aproximadamente 126,2 millones en proyectos de energía termosolar concentrada en España antes de que las plantas solares empezaran a operar en 2012. La inversión se canalizó a través de participaciones en sociedades españolas en el marco establecido por el Real Decreto 661/2007, que creó un régimen especial para las plantas que utilizaran este tipo de energía y cuya aplicación provocó un rápido despegue de las energías renovables. Entre los años 2009 y 2014, España adoptó una serie de medidas que modificaron el régimen regulatorio y que eliminaron el régimen especial, aunque fue en junio de 2014 cuando el régimen regulatorio anterior fue reemplazado definitivamente por un régimen nuevo. Esto redujo los flujos de caja necesarios para mantener la inversión de las demandantes, que se vieron imposibilitadas pues cubrir los costos operativos y de mantenimiento y financiación. Por ello, las



demandantes alegaron, entre otras violaciones, que España había incumplido sus obligaciones bajo el artículo 10(1) del Tratado sobre la Carta de la Energía al denegarles un trato justo y equitativo.

El tribunal arbitral resuelve que no tiene jurisdicción respecto de ciertas reclamaciones que traen causa de medidas impositivas por parte de España, pero confirma su jurisdicción para conocer del grueso de las reclamaciones de las demandantes.

En cuanto al fondo, el tribunal arbitral declara que, si bien es cierto que los Estados tienen «derecho [...] a modificar sus regímenes regulatorios para adaptarse a circunstancias y necesidades públicas cambiantes», el Tratado sobre la Carta de la Energía «protege a los inversores frente a un cambio fundamental del régimen regulatorio de una forma que no tome en cuenta las circunstancias de las inversiones existentes realizadas sobre la base del régimen anterior». Por tanto, si bien España puede realizar cambios apropiados en el régimen regulatorio, el Tratado sobre la Carta de la Energía «protegía a las Demandantes frente al cambio total e irrazonable que experimentaron aquí». El tribunal también señala que «el artículo 10(1) del [Tratado sobre la Carta de la Energía] daba derecho a esperar que España no modificaría, de manera drástica y abrupta, el régimen del que dependía su inversión, de una forma que destruyera su valor».

El tribunal arbitral concluye que España ha violado su deber de otorgar un trato justo y equitativo a las demandantes por haberles privado de prácticamente el valor total de su inversión. En relación con los daños reclamados, el tribunal arbitral (i) rechaza la reclamación por compensación por el pago de impuestos a devengarse sobre un laudo futuro, por importe de 88 millones de euros; (ii) rechaza la reclamación por «daños históricos» de 13 millones de euros, por estar relacionada con modificaciones del marco regulatorio antes de junio de 2014 (el tribunal arbitral considera que España violó el derecho al trato justo y equitativo de las demandantes en el momento en que sustituyó completamente el marco regulatorio en junio de 2014, mientras que los cambios anteriores no supusieron una violación del Tratado sobre la Carta de la Energía); y (iii) estima la reclamación por la pérdida de flujos de caja futuros durante el periodo posterior al mes de junio de 2014. Sin embargo, de los 196 millones de euros, calculados sobre la base de una vida útil de 40 años de las plantas proyectadas, el tribunal deduce 68 millones de euros, al considerar que no habría sido probada una vida útil mayor de 25 años. Por tanto, el importe final de la condena asciende a 128 millones de euros.

**Un tribunal CIADI resuelve que la fecha relevante para determinar si los demandantes son propietarios de una inversión protegida es la fecha en que el Estado tomó las medidas que constituirían una violación del Tratado**

*Decisión sobre Jurisdicción en el caso CIADI N.º ARB/13/6, Vladislav Kim y otros c. República de Uzbekistán, de 8 de marzo de 2017*

Un tribunal arbitral constituido bajo el Convenio CIADI ha desestimado las objeciones a su jurisdicción interpuestas por Uzbekistán.

Doce inversores kazajos, socios de un fondo de capital riesgo con sede en Kazajistán, habían demandado a Uzbekistán bajo el Tratado de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre Kazajistán y Uzbekistán (el «Tratado»), en relación con la adquisición de participaciones mayoritarias en dos sociedades uzbeas.

La decisión sobre jurisdicción resuelve cuatro objeciones a la jurisdicción del tribunal arbitral.

En primer lugar, Uzbekistán alegaba que dos de los demandantes no tenían nacionalidad kazaja. El tribunal arbitral aprecia que sus pasaportes kazajos son prueba *prima facie* de su nacionalidad, y que Uzbekistán no ha logrado rebatir la presunción de nacionalidad kazaja en virtud de los pasaportes de estos dos demandantes. En relación con uno de los demandantes, el tribunal arbitral señala que, si bien ha perdido la nacionalidad kazaja, no lo hizo hasta después de haberse registrado la demanda. En este sentido, el tribunal concluye que la jurisdicción *rationae personae* de este demandante queda establecida porque tuvo la nacionalidad kazaja desde el momento en que realizó la inversión hasta el registro de la demanda.

La segunda objeción interpuesta por Uzbekistán se fundamentaba en que los demandantes no eran inversores en el sentido del Tratado. Uzbekistán argumentó (i) que los demandantes no habían probado que tuvieran una conexión actual con la inversión (la propiedad de las acciones) en el momento en que el Gobierno tomó las medidas supuestamente violatorias del Tratado;

(ii) que su rol en relación con las sociedades objeto de esta controversia habría sido «pasivo»; y (iii) que estaban demasiado «alejados» de la inversión. El tribunal arbitral también desestima esta objeción. Señala que es suficiente que los demandantes probaran la propiedad de las acciones en el momento del incumplimiento alegado, y que no era necesario probar que habían mantenido la propiedad de su inversión de forma continua desde el momento en que la realizaron. Asimismo, indica que el Tratado no contiene una distinción entre inversores «activos» y «pasivos». Finalmente, el tribunal arbitral señala que si bien el Tratado no hace referencia expresa a «inversiones indirectas», tampoco las excluye, por lo que no cabe realizar un análisis de la inmediatez de la inversión de los demandantes.

La tercera objeción de Uzbekistán se basaba en que la inversión no habría sido hecha de acuerdo con las leyes uzbekas y que, por tanto, no merecía protección bajo el Tratado. Al respecto, el tribunal arbitral establece que el requisito de legalidad tiene un aspecto temporal que lo limita a situaciones de ilegalidad exclusivamente en el momento en que se realiza la inversión, y solo en relación con la inversión. Además, el tribunal declara que la supuesta ilegalidad debe analizarse de forma proporcional a la importancia de la ley incumplida, ya que incumplimientos menores no pueden justificar una medida tan severa como la privación de la protección del Tratado.

La cuarta objeción interpuesta por Uzbekistán se fundamentaba en que los demandantes habrían obtenido su inversión mediante un pago de dádivas contrario al Código Penal uzbeko. El tribunal considera que Uzbekistán no ha probado la existencia del pago de acuerdo a dicho Código Penal y por tanto desestima también esta última objeción.

**Un tribunal CIADI confirma que tiene la facultad de solicitar asistencia judicial a tribunales nacionales para la práctica de pruebas, si bien en el caso concreto rechaza la solicitud**

*Orden Procesal N.º 18 en los casos CIADI N.º ARB/10/11 y N.º ARB/10/18, Niko Resources (Bangladesh) Ltd. c. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited y Banglaseh Oil & Gas Mineral Corporation, de 23 de marzo de 2017*

Dos empresas públicas bangladesíes, demandadas en dos procedimientos CIADI ante el mismo tribunal arbitral, solicitaron al tribunal la obtención de prueba mediante la asistencia judicial de un juzgado de Alberta (Canadá) para respaldar sus alegaciones de corrupción en la firma del contrato con la demandante, Niko Resources.

La solicitud de las demandadas pretendía que el juzgado canadiense facilitase al tribunal CIADI la prueba obtenida en el marco de una investigación por corrupción llevada a cabo por las autoridades bangladesíes y canadienses contra Niko Canadá.

Las demandadas alegaron que los tribunales CIADI tienen esta potestad *ex artículo 34.2(b) de las Reglas de Arbitraje CIADI que estipula que un tribunal CIADI «podrá, [...] en cualquier etapa del procedimiento: [...] (b) visitar cualquier lugar relacionado con la diferencia o llevar a cabo indagaciones en él».*

Por su parte, la demandante alegó que el artículo 26 del Convenio CIADI apoya su aserción de que los tribunales CIADI no tienen la facultad de solicitar asistencia judicial a órganos judiciales nacionales. En ese sentido, la demandante señaló que el propósito del Convenio es establecer un centro de disputas puramente internacional y libre de la intervención o control de los tribunales nacionales.

El tribunal señala que, a pesar de que ningún poder de este tipo está expresamente previsto en el Convenio o en las Reglas de Arbitraje CIADI, ni el Convenio ni las Reglas lo excluyen, y que, a su vez, el artículo 44 del Convenio CIADI le otorga amplios poderes para decidir cualquier cuestión de procedimiento no prevista en el Convenio o en las Reglas de Arbitraje CIADI. Por tanto, un tribunal CIADI sí podría, en caso de considerarlo apropiado, solicitar asistencia judicial a tribunales nacionales para la práctica de pruebas, o permitir que una de las partes la solicite directamente.

Sin embargo, atendiendo al caso concreto, el tribunal rechaza la solicitud de asistencia judicial porque (i) las demandadas, siendo empresas de titularidad estatal, podían acceder a la prueba en cuestión sin necesidad de involucrar a las autoridades canadienses, visto que la prueba había sido proporcionada por la propia Bangladés a las autoridades canadienses para la investiga-

ción, y (ii) las pruebas y testimonios solicitados únicamente constituirían prueba indirecta o de referencia de las alegaciones de las demandadas, por lo que su valor probatorio para el caso sería bajo.

## COMPETENCIA\*

### 1 · JURISPRUDENCIA

#### [España]

**La Audiencia Nacional confirma la sanción impuesta por la CNMC a una persona física y aclara los requisitos para la imposición de sanciones a directivos de empresas infractoras**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, nº 153/2017, de 20 de abril de 2017*

La Audiencia Nacional («AN») confirma la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia mediante la cual se impuso a una persona física una sanción de 10.450 euros por su participación en una infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia («LDC») y 101 TFUE en su condición de representante de una empresa que participó en la conducta infractora.

El artículo 63 de la LDC prevé que además de a las empresas infractoras, se pueda sancionar a sus representantes personas físicas que hayan participado en los acuerdos anticompetitivos. En esta sentencia, la Audiencia Nacional aclara los criterios de imputación de las personas físicas. En concreto, indica que las personas físicas podrán ser declaradas responsables si tenían la condición de representantes legales o eran integrantes de un órgano directivo de la empresa que hubiera participado en la infracción. Adicionalmente, recuerda que es preciso que estos representantes hayan participado de forma directa en los acuerdos anticompetitivos sancionados. En el presente caso, dado que el recurrente tenía la condición de Presidente del Consejo de Administración, la AN confirma la sanción impuesta.

**La Audiencia Provincial de Madrid confirma la obligación de tres entidades aseguradoras de indemnizar a una empresa por los daños causados por un acuerdo de boicot**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28, nº 339/2017, de 3 de julio de 2017*

La Audiencia Provincial de Madrid («APM») ha confirmado el reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios de 3.550.615 euros a MUSSAT, MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA («MUSSAT») por el daño emergente causado determinados actos de boicot realizados sancionados por la Comisión Nacional de la Competencia.

En esta sentencia, la APM analiza el valor probatorio que, en el marco de un procedimiento civil, debe otorgarse a la decisión de la autoridad de defensa de la competencia. A este respecto, concluye que la decisión por parte del juez civil de apartarse de los hechos acreditados en una resolución administrativa firme deberá ser motivada. Esta circunstancia era relevante en el presente caso al existir una decisión previa de la extinta Comisión Nacional de Competencia que había declarado la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre varias entidades aseguradoras y reaseguradoras para la fijación del importe de las primas del seguro decenal. En el marco de este acuerdo, algunas entidades aseguradoras habrían ejercido presiones en las entidades reaseguradoras para que no reasegasen a entidades que, como MUSSAT, no aplicaran las condiciones acordadas. Como consecuencia de estas presiones, MUSSAT se vio obligada a contratar el reaseguro de sus pólizas de seguro en condiciones menos ventajosas que las inicialmente acordadas.

\* Esta sección ha sido coordinada por Alfonso Gutiérrez y en su elaboración han participado Raquel Lapresta, Paloma Sanjuán, Tomás Arranz, Cristina Areces, Pablo Solano, Bárbara Rivera y Micaela Duffau 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).

Este procedimiento fue iniciado antes de la entrada en vigor de la Directiva de Daños en relación con infracciones de las normas de defensa de la competencia y de los cambios introducidos en la normativa española para adaptar nuestro ordenamiento a lo previsto en ella. Es relevante destacar que la regulación prevista en la Directiva de Daños prevé que los jueces civiles se vean vinculados por los hechos declarados acreditados en una resolución firme de la autoridad de defensa de la competencia española.

**La Audiencia Nacional aclara la distinción entre responsabilidad y autoría en relación con la imputación de las sociedades matrices por las infracciones de las filiales**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, nº 4432/2015, de 28 de julio de 2017*

En esta sentencia, la AN analiza si la resolución de la CNMC por la que se imponía a Repsol S.A. una sanción en calidad de autora de una infracción del artículo 1 LDC, justificando tal imputación exclusivamente en su condición de sociedad matriz de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A., entidad que había participado en la conducta declarada anticompetitiva, es ajustada a Derecho.

Una consolidada jurisprudencia europea y española en el ámbito del Derecho de la Competencia establece la presunción de que una matriz que posee la totalidad (o la práctica totalidad) del capital social de otra entidad puede ser declarada solidariamente responsable de la infracción cometida por esta última, al entender que la filial carece de autonomía en la toma de decisiones y solo ha podido actuar bajo las directrices de la matriz. No obstante, la resolución de la CNMC no declaraba a Repsol S.A. solidariamente responsable de la infracción sino que la consideraba única responsable directa en condición de autora de una infracción resultante de las conductas de su filial, a la que no impone sanción alguna ni atribuye la autoría de una infracción dado que esta no gozaba de autonomía para adoptar decisiones.

La AN declara que la resolución de la CNMC no fue ajustada a Derecho puesto que considera que REPSOL S.A. ha sido sancionada mediante la aplicación de una responsabilidad objetiva, al haber sido declarada «autora» de la infracción que habría sido cometida por su filial, vulnerando con ello el principio de personalidad de la pena. Añade a este respecto, que «el concepto de empresa que se utiliza en derecho de la competencia permite disociar la autoría de una infracción y la responsabilidad sobre la misma infracción», por lo que REPSOL S.A. podría haber sido declarada responsable solidaria de la infracción (y del pago de la correspondiente sanción) pero no autora de la misma. Por esta razón, la AN anula la sanción impuesta a REPSOL S.A.

## 2 · DECISIONES EN MATERIA DE EXPEDIENTES SANCIONADORES

[España]

**La CNMC impone una sanción total de 9,17 millones de euros a 35 empresas y una federación del transporte por la formación de un cártel que repartió el mercado y fijó durante doce años los precios del transporte escolar en Baleares**

*Resolución del Consejo de la CNMC, de 9 de marzo de 2017, en el expediente S/DC/0512/14 Transporte balear de viajeros*

La CNMC declaró responsables a varias empresas de transporte activas en las Islas Baleares y a la Federación Empresarial Balear de Transportes (FEBT) por la comisión de varias conductas colusorias prohibidas por el artículo 1 de la LDC.

La primera conducta habría consistido en un cártel del transporte público escolar en las Islas Baleares por el que determinadas empresas, con el conocimiento y participación de la FEBT, fijaron precios mínimos de las rutas escolares para el curso 2004/2005 y acordaron el reparto de los lotes (rutas escolares) de las licitaciones convocadas por la Consejería de Educación Balear de 2005 a 2013. Según la CNMC, el apoyo logístico prestado por FEBT para la ejecución del acuerdo fue decisivo para el desarrollo e implementación de estas conductas. La CNMC impuso multas a las empresas por importes entre 1.403 y 234.100 euros a excepción de la empresa AUTOCARES ALCAS, S.L., a la que se concedió una exención del importe de la multa por haber sido la primera en aportar elementos de prueba que permitieron a la CNMC ordenar el desarrollo de una inspección. El importe de la multa impuesta a la FEBT por esta conducta fue de 20.000 euros.

Por otro lado, la CNMC consideró que la FEBT realizó una conducta prohibida consistente en la recomendación y difusión de las tarifas adoptadas por la Asociación Empresarial del Servicio Discrecional de Viajeros de Baleares y la Agrupación Empresarial de Agencias de Viajes de

Baleares, aplicables cada temporada en función de las diferentes zonas de la isla de Mallorca, durante los años 1977 a 2011.

El detallado contenido y el alcance de estas tarifas permitió concluir a la CNMC que la conducta de la FEBT no se ceñía a comunicar una determinada información, sino que contenía pautas de homogeneización de comportamiento dirigidas a sus asociadas en relación con las tarifas aplicables al transporte discrecional de viajeros en la isla de Mallorca, por zonas, temporada turística y tipo de excursión. La CNMC impuso a la FEBT una multa de 20.000 euros.

Finalmente, mediante la conclusión de supuestos acuerdos de subcontratación o colaboración, determinadas empresas de servicios de transporte discrecional de pasajeros en la isla de Mallorca se repartieron la totalidad de los servicios de transporte discrecional demandados por un determinado cliente respecto de zonas específicas de la isla de Mallorca, sin que dichos contratos respondieran a una necesidad puntual, coyuntural o excepcional de la demanda que no pudiera ser prestada con medios propios. Por la comisión de esta infracción, la CNMC impuso multas por importes que oscilan entre los 2.306 euros y los 1.834.861 de euros.

**La CNMC impone una multa de 1,7 millones de euros a Nokia por estrechamiento de márgenes en el contexto de una licitación de ADIF**

*Resolución del Consejo de la CNMC, de 8 de junio de 2017, en el asunto S/DC/0557/15 NOKIA*

La CNMC sancionó a NOKIA SOLUTIONS AND NETWORK SPAIN, S.L. (Nokia) por un abuso de su posición de dominio en el mercado mayorista de prestación de servicios de apoyo, soporte y suministro de repuestos de instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R de marca Nokia, consistente en un estrechamiento de márgenes.

En el año 2014, ADIF convocó una licitación para la prestación de servicios de mantenimiento de redes GSM-R (mercado minorista respecto del mercado de prestación de servicios de soporte), exigiendo como requisito indispensable la presentación de una carta de compromiso del fabricante de la tecnología instalada para la prestación de servicios de soporte. La empresa KAPSCH CARRIERCOM ESPAÑA, S.L.U. (Kapsch) no pudo presentarse al concurso convocado debido a que, como denunció ante la CNMC, los precios ofrecidos por Nokia para la prestación de servicios de soporte no le permitían presentar una oferta rentable.

La CNMC consideró que, pese a que la mercantil Kapsch era un operador igualmente eficiente y tenía incentivos para ser competitivo a la hora de presentar oferta a ADIF, ésta no disponía de un insumo alternativo que le permitiera acudir al concurso sin aceptar los precios mayoristas de Nokia.

En consecuencia, la CNMC concluyó que los precios ofertados por Nokia constituían una práctica prohibida de estrechamiento de márgenes, en la medida en que, a una empresa tan eficiente como Nokia (en este caso, Kapsch), no le habría resultado rentable competir con Nokia toda vez que los márgenes de rentabilidad que se derivan de la diferencia entre ingresos minoristas y costes minoristas y mayoristas, resulta negativa.

## [Unión Europea]

**La Comisión impone a Google una multa récord (superior a los 2,4 mil millones de euros) por explotar de manera abusiva su posición de dominio en la búsqueda general en internet favoreciendo su propio negocio de comparación de precios**

*Decisión de la Comisión Europea, de 27 de junio de 2017, en el asunto AT.39740 Google Search (Shopping)*

La Comisión consideró probada la posición de dominio de Google en los trece mercados nacionales de motores de búsqueda general en internet del Espacio Económico Europeo afectados por la conducta sobre la base de las cuotas de mercado en torno al 90% que mantuvo de manera estable desde 2008 y de la existencia de barreras a la entrada significativas derivadas de la presencia de efectos indirectos de red. En este escenario de dominancia, Google habría garantizado de manera sistemática el emplazamiento más visible de los resultados de sus propios servicios de comparación de precios en las páginas del motor de búsqueda general Google Search, con independencia de su relevancia para la consulta del usuario en cuestión, en detrimento de los servicios de comparación de precios rivales. Adicionalmente, estos habrían quedado sujetos a dos algoritmos distintos de penalización, que, de media, los habrían relegado a la cuarta página de resultados.

Para alcanzar la anterior conclusión, la Comisión analizó tanto la aptitud de la conducta de Google para reducir el tráfico que reciben los servicios de búsqueda especializados de comparación de precios de sus competidores (mediante el análisis real del comportamiento de los consumidores), encuestas y estudios de seguimiento de ojo, como su efecto real de incremento de las visitas a los resultados de Google Shopping expuestos directamente en las páginas de resultados generales. De este modo, la Comisión consideró acreditada una reducción del tráfico de los resultados de determinadas páginas de comparación de precios rivales de Google Shopping del 92% en Alemania, el 85% en Reino Unido o el 80% en Francia que no podrían explicarse por factores alternativos al diseño sesgado del algoritmo de búsqueda genérica de Google Search.

Ello habría dado lugar a la ganancia efectiva de cuota de mercado de Google en los mercados nacionales de comparación de precios de trece Estados miembros del Espacio Económico Europeo sin competir sobre la base de sus propios méritos, privando a los consumidores de los beneficios de una mayor innovación y variedad. Como consecuencia, la Comisión impuso a Google una sanción por importe de 2.424.495.000 euros, calculada sobre la base de los ingresos de los servicios de comparación de precios de Google en los trece Estados miembros afectados, así como la obligación de dispensar un tratamiento no discriminatorio a los servicios de comparación de precios rivales, mediante la aplicación de los mismos métodos de posicionamiento y despliegue de resultados en las páginas de búsqueda general que a los resultados de Google Shopping.

### 3 · DECISIONES EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

**La Comisión Europea autoriza, sujeta a condiciones, la concentración entre Hutchison y Vimpelcom en Italia**

*Decisión de la Comisión Europea de 1 de septiembre de 2016, en el asunto M.7758 - HUTCHISON 3G ITALY/WIND/IV.*

La operación notificada supone la concentración de la filial WIND de VimpelCom y la filial H3G de Hutchison, que ocupan la tercera y cuarta posición respectivamente entre los operadores que conforman el sector minorista del mercado de telefonía móvil en Italia.

En su análisis, la Comisión considera que la transacción podría comportar una reducción de la competencia como consecuencia de ciertos efectos inherentes a la *joint venture*: (i) tendría lugar la configuración del mayor operador de red móvil del mercado italiano, lo cual implicaría una disminución de incentivos para competir en el sector y se produciría una reducción de la oferta y de la calidad de los servicios al consumidor, a la par que un incremento en los precios; (ii) la creación de un mercado con solo tres competidores relevantes (la empresa resultado de la concentración, TIM y Vodafone) facilitaría la coordinación de su comportamiento competitivo; (iii) algunos operadores de redes virtuales existentes así como otros interesados en entrar en el mercado italiano, verían debilitada su posición de negociación para obtener condiciones de acceso mayoristas favorables.

Las partes sugieren como solución la desinversión de activos suficientes para permitir que un nuevo operador, Iliad, acceda al mercado italiano como cuarto móvil operador de red. La Comisión concluye que esta propuesta evitaría las restricciones analizadas y por ende autoriza la concentración siempre que se garantice el cumplimiento de esta condición.

**La Comisión Europea prohíbe la fusión entre la Bolsa alemana y la Bolsa de Londres.**

*Decisión de la Comisión Europea de 29 de marzo de 2017, en el asunto M.7995 DEUTSCHE BÖRSE/LONDON STOCK EXCHANGE GROUP.*

La operación notificada supone la fusión de los dos mayores operadores europeos de bolsa, Deutsche Börse AG (DBAG) y London Stock Exchange Group (LSEG), poseedores de las bolsas de valores de Alemania, Italia y el Reino Unido, así como varias de las mayores cámaras de compensación europeas.

En su análisis, la Comisión considera que la operación habría restringido significativamente la competencia debido a que (i) habría supuesto la creación de un monopolio en el área de la compensación de instrumentos de renta fija, dado que las partes implicadas son las únicas que

proveen tales servicios en Europa; así como (ii) un efecto dominó en mercados descendentes respecto a la liquidación, custodia y gestión colateral; y adicionalmente (iii) fusión habría eliminado la competencia horizontal para la negociación y compensación de derivados de renta variable (basados en acciones de empresas belgas, holandesas y francesas).

Como posible medida para resolver los potenciales efectos restrictivos de la fusión, las partes propusieron la desinversión de la cámara de compensación de la Bolsa de Londres (LCH.Clearnet SA), domiciliada en Francia. Concluye la Comisión que esta medida no sería suficiente para evitar la creación de un monopolio, y prohíbe la fusión.

## COMUNICACIÓN, TECNOLOGÍA, OCIO\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

#### Real Decreto sobre el uso del dominio público radioeléctrico

*Real Decreto 123/2017, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico*

El Real Decreto 123/2017 tiene por objeto actualizar la regulación del uso del espectro radioeléctrico. El Real Decreto deroga, entre otros, el Real Decreto 863/2008, de 23 de mayo, regulador del uso del dominio público radioeléctrico bajo la derogada Ley 32/2003, e introduce y desarrolla las novedades previstas en la actual Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones sobre esta materia, en línea con los objetivos previstos por la Agenda Digital para Europa y para España.

Además del principio de neutralidad tecnológica y de servicios, que inspira la normativa europea y española, el Real Decreto tiene los siguientes objetivos: (i) garantizar el uso eficaz, eficiente y flexible del dominio público radioeléctrico como factor de crecimiento económico, de seguridad y de interés público, social y cultural; (ii) fomentar la competencia efectiva y facilitar la entrada de nuevos actores en el mercado; (iii) promover la inversión eficiente, la certidumbre regulatoria, y el despliegue territorial de infraestructuras y redes; (iv) favorecer el desarrollo de nuevos servicios y redes y de tecnologías innovadoras, y el acceso a ellos; (v) contribuir al uso armonizado del espectro; y (vi) garantizar la disponibilidad de espectro para servicios públicos que generan importantes externalidades positivas para la sociedad.

Asimismo, clarifica los tipos de uso del dominio público radioeléctrico: el uso común —*el que se realiza sin precisar ningún título habilitante, sin limitación de número de operadores o usuarios, y con las condiciones técnicas que se determinen en el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias*—; el uso especial —*el que se realiza mediante la explotación de forma compartida, sin limitación de número de operadores o usuarios, con las condiciones y para los servicios que se establezcan en cada caso, y con las condiciones técnicas que se determinen en el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias o en su regulación específica*; y el uso privado —*el que se realiza mediante la explotación, en exclusiva o por un número limitado de usuarios, de determinadas frecuencias en un mismo ámbito físico de aplicación*—. El Real Decreto introduce novedades a este respecto (*e.g.*, la figura de autorización general para el uso especial y en materia de títulos habilitantes para el uso privativo de recursos órbita-espectro).

Se introducen novedades con respecto a la regulación de las estaciones, como por ejemplo los procedimientos simplificados en la aprobación de proyectos técnicos y de autorizaciones para la

\* Esta sección ha sido elaborada por Livia Solans Chamorro, Santiago de Ampuero Castellanos y Daniel García Juárez, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

instalación de determinados tipos de estaciones radioeléctricas y para la puesta en servicio, incluyendo la figura del proyecto técnico tipo o de características técnicas tipo para estaciones con características técnicas similares y casos de despliegues masivos de estaciones.

Además, el Real Decreto regula el mercado secundario del espectro, en el que se contemplan cuatro tipos de negocios jurídicos (la transferencia de títulos habilitantes de uso privativo del espectro, la cesión de derechos de uso privativo, la mutualización de derechos de uso privativo y la provisión de servicios mayoristas relevantes). El Real Decreto también regula la duración, modificación, extinción y revocación de los títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico.

Por último, se regula la inspección y control del dominio público radioeléctrico, y las facultades de la inspección (incluyendo el acceso a las instalaciones y solicitud de información).

**Real Decreto-ley sobre la protección de la salud del deportista y la lucha contra el dopaje**

*Real Decreto-ley 3/2017, de 17 de febrero, por el que se modifica la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, y se adapta a las modificaciones introducidas por el Código Mundial Antidopaje de 2015*

Este Real Decreto-ley se aprueba con el objeto de introducir en la normativa española determinadas previsiones incluidas en la redacción del Código Mundial Antidopaje aprobada en 2015, que debían ser implementadas por los estados firmantes con carácter obligatorio. Si bien el Código Mundial Antidopaje ya había sido incorporado con carácter general en la legislación española mediante la Ley 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, mediante este Real Decreto-ley se integran en el ordenamiento jurídico español las últimas modificaciones.

Las modificaciones más relevantes afectan al sistema de infracciones y sanciones y al procedimiento sancionador. De este modo, (i) se introducen dos nuevos tipos de infracción —la complicidad y la asociación prohibida con prestadores de servicios profesionales relacionados con el deporte—; (ii) se modifica el régimen sancionador, incrementando el periodo estándar de suspensión a 4 años; (iii) se contempla la aplicación de criterios de flexibilidad adicionales para la moderación de las sanciones en caso de que concurran circunstancias específicas, tales como la confesión inmediata de la existencia de una infracción o la utilización de productos contaminados; y (iv) se hace extensivo el régimen sancionador al personal de apoyo del deportista por infracciones antidopaje relacionadas con la utilización de sustancias o métodos prohibidos. Conviene destacar asimismo que el plazo de prescripción de las infracciones se incrementa de 8 a 10 años desde la fecha en que tuvieron lugar.

Por otra parte, se regula la conservación de las muestras (que tendrá un plazo máximo de 10 años, coincidiendo con el plazo de prescripción) y su análisis, y se incluyen ciertas modificaciones respecto a las autorizaciones de uso terapéutico.

Por último, se aprovecha este Real Decreto-ley para aprobar los incentivos fiscales que se aplicarán al programa de preparación de los deportistas españoles en los Juegos de Tokio 2020 al amparo de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, facilitando así el comienzo de las actuaciones de preparación técnico-deportiva de los deportistas españoles.



## 2 · JURISPRUDENCIA

### [España]

**El Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un club de fútbol, confirmando la resolución dictada por el juez de competición que declaró la existencia de alineación indebida de un jugador del club**

*Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Madrid, de 4 de mayo de 2017*

El Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un club de fútbol frente a la resolución de 28 de diciembre de 2015 del Tribunal Administrativo del Deporte, recaída en el expediente n.º 214/2015, por la que se desestimó el recurso formulado por el club frente a la resolución de 10 de diciembre del Comité de Apelación de la Real Federación Española de Fútbol (RFEF), que confirmaba la resolución dictada por el juez de competición de fecha 4 de diciembre de 2015.

Esta última declaró la existencia de alineación indebida de uno de los jugadores del club, en el encuentro disputado el 2 de diciembre de 2015 en la competición de la Copa de S.M. el Rey, dando por perdido el partido al club, y por resuelta la eliminatoria de dieciseisavos de final de la mencionada competición. La alineación indebida, a juicio del juez de competición, trae causa del incumplimiento, por parte del club, de lo dispuesto en el artículo 224 del Reglamento General de la RFEF, que prevé como requisito general para que un futbolista pueda ser alineado en una competición oficial que no se encuentre sujeto a suspensión acordada por el órgano disciplinario competente. Dicho jugador —sostiene el juez de competición— se encontraba suspendido por un partido tras la sanción impuesta en la resolución del juez de competición del 6 de marzo de 2015 (la «Sanción»), al haber recibido tres amonestaciones de la misma clase (tres tarjetas amarillas), de conformidad con el artículo 112 del Código Disciplinario («CD»).

La entidad recurrente funda su recurso en tres motivos: alega (i) la inexistencia de alineación indebida al tener esta origen en la Sanción, que no tuvo eficacia al no haberle sido notificada personalmente al jugador; (ii) que la Sanción había quedado anulada de conformidad con lo previsto en el artículo 112 del CD de la RFEF, que establece que al término de la tercera eliminatoria quedarán automáticamente anulados los ciclos vigentes de amonestaciones de todos los intervinientes, iniciándose otro nuevo turno para todos los intervinientes en dieciseisavos de final; (iii) que la Sanción del jugador estaba prescrita.

El juzgado desestima todos los motivos por las siguientes razones:

En primer lugar, señala que el CD permite que las notificaciones a los jugadores sean realizadas en el club o en la sociedad anónima deportiva (SAD) al que pertenezcan, y estas pueden sustituir a la notificación personal. Por ello, al haberse realizado la notificación mediante fax dirigido al club donde en aquel momento militaba el jugador (quien además designó el domicilio del club como su domicilio a estos efectos), sostiene el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo que la notificación es correcta y con efectos. Además, añade que sería contrario a la lógica y al orden natural de las cosas que el propio interesado no conociera la Sanción y sí la conociera el público en general.

En segundo lugar, establece que a pesar de que las disposiciones específicas de la Copa de S.M. el Rey señalan que al término de la tercera eliminatoria quedarán automáticamente anulados los ciclos vigentes de amonestaciones que no hayan devenido en suspensión, lo cierto es que dicha anulación no afecta a los equipos de Primera División, los cuales entran a jugar en los dieciseisavos y, por ello, después de la tercera eliminatoria.

Por último, el juzgado sostiene que la Sanción no ha prescrito, ya que en aquellos supuestos en los que una competición concluya o un equipo sea eliminado, quedando pendiente el cumplimiento de algún partido de suspensión, la sanción deberá cumplirse en la próxima temporada. De este modo, señala que, al haber concluido la competición donde se le impuso la Sanción sin haberla cumplido, esta debió hacerse efectiva en la temporada siguiente, lo que no hizo el jugador en el primer partido de ida de los dieciseisavos de final, produciéndose, por tanto, una alineación indebida.

**El Tribunal Supremo confirma la condena a un jugador de fútbol al pago a la empresa que intermedió sus contratos con el club de fútbol. Análisis de la naturaleza del contrato y del plazo de prescripción.**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 2017*

El Tribunal Supremo desestima los recursos interpuestos por las partes, confirmando la condena a un jugador de fútbol y a otra entidad, que percibió determinados importes en concepto de derechos de imagen del jugador, a abonar a la empresa que intermedió sus contratos una cantidad en concepto de comisiones vencidas, calculada sobre las cantidades salariales fijas y variables percibidas del club de fútbol hasta la firma de un nuevo contrato de intermediación por el jugador.

La cuestión clave del litigio reside en determinar la naturaleza del contrato entre el jugador y el demandante y, en consecuencia, el plazo de prescripción aplicable. El Juzgado de Primera Instancia considera que se trata de un agente deportivo en sentido amplio y, por tanto, aplica el plazo de prescripción establecido con carácter general en el artículo 1967.1.º del Código Civil para los pagos a agentes. Sin embargo, al aplicar este plazo desde la fecha de cada liquidación, considera que la reclamación estaba prescrita cuando se formuló la demanda, y la desestima. La Audiencia Provincial, por su parte, cambia de criterio y mantiene que la relación entre el jugador y el recurrente es la de un intermediario deportivo, sujeta por tanto al plazo general de prescripción de quince años. En consecuencia, estima el recurso.

El Tribunal Supremo coincide con el Juzgado de Primera Instancia al calificar a la empresa intermediadora como agente del jugador en sentido amplio que presta unos servicios encuadrables en la gestión de negocios ajenos —en la medida en que esa empresa se constituyó, ante la inexperiencia de los padres y del jugador, en el auténtico asesor deportivo del jugador, traspasando así la simple intermediación o corretaje y gestionando los intereses del futbolista durante toda la vigencia del contrato de mediación—. En consecuencia, el Tribunal Supremo aplica el plazo de prescripción de tres años establecido en el artículo 1967.1.º del Código Civil para los pagos a agentes —dentro del concepto amplio del término agente—. Sostiene, discrepando de lo mantenido por el Juzgado de Primera Instancia, que el cómputo de ese plazo debe realizarse a partir del momento en que dejaron de prestarse los servicios —y no aisladamente a partir de cada liquidación—, por lo que la reclamación no estaba prescrita cuando se formuló la demanda.

**El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por un operador de telecomunicaciones y confirma la nulidad de una cláusula impuesta por este operador para convertir un servicio gratuito en uno de pago**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de enero de 2017*

El Tribunal Supremo ha desestimado el recurso de casación interpuesto por un operador de telecomunicaciones, en el que se discute la validez de una cláusula en virtud de la cual dicho operador imponía y cobraba al usuario el servicio consistente en la identificación de la llamada entrante («SILL»), que, a juicio del Ministerio Fiscal, no había sido solicitado ni contratado previamente, y que con anterioridad venía prestando de forma gratuita.

La Audiencia Provincial de Cantabria, a diferencia de lo establecido por el Juzgado Mercantil n.º 1 de Cantabria, consideró que la notificación realizada por el operador comunicando que, en adelante, el SILL sería oneroso, no se trataba de una simple modificación de las condiciones del contrato, sino de una nueva contratación. El Tribunal Supremo confirma el criterio de la Audiencia Provincial al señalar que no se trata de un mero incremento de tarifas, en cuyo caso, entiende el Tribunal Supremo, sí se hubiera tratado de una modificación de las condiciones del contrato. Para el Tribunal Supremo el problema radica en la gratuidad del servicio y en que no quedara constancia de que este servicio adicional, como tal, hubiera sido contratado previamente, pese a que se prestaba por el operador. El Tribunal Supremo subraya que, de este modo, se ofertarían fácilmente servicios gratuitos no demandados por el usuario, para, más tarde, mediante una supuesta modificación en las condiciones, convertirse en servicios de pago, sin que el usuario hubiera prestado su consentimiento a la contratación del servicio.

En consecuencia, al tratarse de una nueva contratación, el Tribunal Supremo considera nula la mencionada cláusula al incumplir lo fijado en los artículos 62.1 y 99.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en cuanto que exigen que en la contratación con consumidores y usuarios conste de forma inequívoca su voluntad de contratar, así como que la falta de respuesta a la oferta de contratación a distancia nunca puede considerarse como aceptación de esta.

### 3 · OTROS

#### [España]

#### La prestación gratuita de wifi a ciudadanos en edificios públicos

*Acuerdo de la CNMC por el que se contesta a la consulta planteada por el Principado de Asturias sobre la posibilidad de prestación gratuita del servicio de acceso a internet wifi a los ciudadanos que hacen uso de edificios públicos. 30 de marzo de 2017*

El Principado de Asturias plantea diversas cuestiones a la CNMC relacionadas con la posibilidad de prestar gratuitamente el servicio de acceso a Internet a través de redes wifi a los ciudadanos en edificios públicos (en particular, en hospitales públicos, centros deportivos, albergues y en edificios públicos en donde se deba realizar un trámite administrativo). En concreto, pregunta si (i) existe alguna limitación legal para ofrecer gratuitamente el servicio de acceso a Internet wifi a los ciudadanos en el interior de los edificios públicos; (ii) en qué condiciones se puede realizar; (iii) si se debe notificar a la CNMC; y (iv) si cabe la posibilidad de que se imponga una sanción por competencia desleal.

La CNMC comienza analizando la aplicabilidad de la normativa general de telecomunicaciones y el deber de notificación a la CNMC antes del inicio de las operaciones. La normativa prevé como excepción al deber de notificación la prestación de servicios en régimen de autoprestación (en los términos previstos en 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). A este respecto, y teniendo en cuenta los supuestos que la Circular 1/2010 considera que se incluyen en servicios de autoprestación (*e.g.*, servicio de acceso a Internet en bibliotecas); la CNMC indica que, tras más de seis años desde la Circular 1/2010, se deben diferenciar los supuestos de autoprestación de otros supuestos de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas que no han de ser considerados como actividades económicas inscribibles en el Registro de Operadores por (i) tratarse de actividades que van dirigidas a grupos muy reducidos de personas y (ii) por estar ligadas a la realización de otras actividades económicas principales que son las que vinculan a los prestadores con los usuarios finales, por lo que la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas tiene un carácter auxiliar a la actividad económica principal.

La CNMC concluye que se deben asimilar al régimen de autoprestación los servicios que permitan a los ciudadanos acceder a trámites telemáticos o a procedimientos administrativos con otras Administraciones Públicas, o a información limitada de ellas, así como la prestación del servicio de acceso general a Internet en el interior de instalaciones deportivas para el desarrollo del deporte de alto nivel y competición. En estos casos, no resulta necesario el deber de notificación previa a la CNMC.

Con respecto a hospitales y albergues, en la medida en que se reúnan determinadas características de cobertura, destinatarios, carácter del servicio y responsabilidad, la actividad no se considerará una actividad prestada «al público en general» y, por tanto, no deberá ser notificada, ni quedará sujeta a los límites de la Circular 1/2010. El servicio no deberá estar abierto al público en general ni la autoridad pública deberá hacerse responsable de la prestación del servicio frente a los pacientes o usuarios.

Fuera de estos casos, el servicio se deberá prestar a través de operadores controlados, directa o indirectamente, por una Administración Pública cuyo objeto sea la instalación y explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Las conductas prohibidas podrían incardinarse como actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público.

#### La CNMC revisa y desregula el mercado de operadores móviles virtuales (OMV)

*Resolución por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado mayorista de acceso y originación en redes móviles (mercado 15/2003) y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas. 4 de abril de 2017*

Tras el trámite de consulta pública iniciado el 1 de julio de 2016, la CNMC ha aprobado la resolución relativa al mercado mayorista de acceso y originación en redes móviles (Mercado 15/2003).

Como desarrolla la CNMC, el Mercado 15 ya 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*. De esta forma, levanta las obligaciones impuestas a los operadores que, en 2006, consideró que tenían un poder significativo de mercado (Telefónica, Vodafone y Orange) y que consistían en poner a disposición de terceros los elementos necesarios para la prestación de los servicios mayoristas de acceso y originación móvil y ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de acceso.

Las medidas permitieron el acceso de más operadores al mercado y la creación de los operadores móviles virtuales —operadores sin espectro radioeléctrico—, de los que actualmente se contabilizan aproximadamente 30 en el mercado español. Además, durante este tiempo, se ha producido una progresiva reducción de los precios mayoristas que los OMV pagan a los operadores de red tanto para la voz como para los datos, lo cual se ha traducido en mejores ofertas para sus clientes, en línea con las ofertas de los operadores de red.

La CNMC establece un plazo de 6 meses a los operadores con poder significativo para la eliminación de las obligaciones existentes. En cualquier caso, la CNMC podrá intervenir cuando detecte prácticas potencialmente restrictivas de la competencia (*e.g.*, en el caso de que los operadores retiraran injustificadamente el acceso a su red móvil a los OMV).

## ENERGÍA\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

— Orden núm. ETU/78/2017, de 31 de enero, por la que se regulan determinados aspectos relacionados con el Impuesto sobre el Valor de la Extracción de Gas, Petróleo y Condensados y con los perímetros de referencia para la determinación de los pagos a propietarios de terrenos suprayacentes a concesiones de explotación de yacimientos de hidrocarburos (BOE de 6 de febrero de 2017)

— Resolución de 31 de enero 2017, que ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 7/2016, de 23 de diciembre, por el que se regula el mecanismo de financiación del coste del bono social y otras medidas de protección al consumidor vulnerable de energía eléctrica (BOE de 7 de febrero de 2017)

— Orden núm. ETU/35/2017, de 23 de enero, que establece los suplementos territoriales en las comunidades autónomas de Cataluña, La Rioja, Castilla-La Mancha y Comunidad Valenciana, en relación con los peajes de acceso de energía eléctrica correspondientes al ejercicio 2013 (BOE de 26 de enero de 2017)

— Circular 2/2017, de 8 de febrero, que regula los procedimientos de constitución, gestión y reparto del fondo de pagos compensatorios del mecanismo de fomento del uso de biocombustibles y otros combustibles renovables con fines de transporte (BOE de 24 de febrero de 2017)

— Circular 1/2017, de 8 de febrero, que regula la solicitud de información y el procedimiento de liquidación, facturación y pago del régimen retributivo específico de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (BOE de 23 de febrero de 2017)

---

\* 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).

- Orden ETU/130/2017, de 17 de febrero, que actualiza los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, a efectos de su aplicación al semiperiodo regulatorio que tiene su inicio el 1 de enero de 2017 (BOE de 22 de febrero de 2017)
- Real Decreto 264/2017, de 17 de marzo, que establece las bases reguladoras para la financiación de la adaptación de las líneas eléctricas de alta tensión a los requisitos establecidos en el Real Decreto 1432/2008, de 29 de agosto, que establece medidas para la protección de la avifauna contra la colisión y la electrocución en líneas eléctricas de alta tensión (BOE de 18 de abril de 2017)
- Resolución de 30 de marzo de 2017 que establece el procedimiento de asignación de capacidad de los almacenamientos subterráneos básicos, así como los derechos de inyección y extracción (BOE de 1 de abril de 2017)
- Orden ETU/258/2017, de 24 de marzo, que establece las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2017 (BOE de 25 de marzo de 2017)
- Real Decreto 359/2017, de 31 de marzo, que establece una convocatoria para el otorgamiento del régimen retributivo específico a nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables en el sistema eléctrico peninsular (BOE de 1 de abril de 2017)
- Orden ETU/315/2017, de 6 de abril, que regula el procedimiento de asignación del régimen retributivo específico en la convocatoria para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, convocada al amparo del Real Decreto 359/2017, de 31 de marzo, y se aprueban sus parámetros retributivos (BOE de 8 de abril de 2017)
- Comunidad Autónoma de Canarias: Decreto 158/2016, de 26 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento que regula la instalación y explotación de los Parques Eólicos en Canarias, aprobado por Decreto 6/2015, de 30 de enero, que tiene por objeto ejecutar el acuerdo suscrito entre el Ministro de Industria, Energía y Turismo y el Presidente del Gobierno de Canarias (BOC de 3 de enero de 2017)
- Comunidad Autónoma de Andalucía: Instrucción de 1 de marzo de 2017, de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, sobre tramitación de modificaciones y ampliaciones de líneas e instalaciones eléctricas de alta tensión competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA de 9 de marzo de 2017)
- Comunidad Autónoma del País Vasco: Orden de 16 de marzo de 2017, de la Consejera de Desarrollo Económico e Infraestructuras, por la que se desarrolla el Decreto 159/2014, de 29 de julio, de medidas complementarias de seguridad en instalaciones existentes de suministro de carburantes a vehículos en instalaciones de venta al público (BOPV de 24 de marzo de 2017)
- Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha: Decreto 34/2017, de 2 de mayo, por el que se modifica el Decreto 80/2007, de 19 de junio, por el que se regulan los procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica a tramitar por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y su régimen de revisión e inspección (DOCM de 8 de mayo de 2017)

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [España]

Peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones y la retribución de las actividades reguladas

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de diciembre de 2016

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 2698/2016, de 21 de diciembre, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Molgas Energía, S.A. («Molgas») contra el artículo 4.7 de la Orden IET/2812/2012, de 27 de diciembre, por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones

gasistas y la retribución de las actividades reguladas (en adelante, la «*Orden IET/2812/2012*») y contra el artículo 5 de la Orden IET/2446/2013, de 27 de diciembre —por ampliación— en tanto que reproduce el contenido del artículo 4.7 de la Orden IET/2812/2012 (en adelante, la «*Sentencia de 21 de diciembre*»).

Los citados preceptos imponían a los usuarios de las redes de transporte y distribución de gas natural licuado (GNL), a los efectos de la contratación de nueva capacidad o ampliar capacidad ya contratada, la obligación de acreditar ante el titular de la planta de regasificación la inexistencia de una red de transporte o distribución de GNL en un radio de 2 kilómetros desde el punto de consumo.

Pues bien, la Sentencia de 21 de diciembre declara la nulidad de tales artículos por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Ministerio. Y ello en la medida en que la habilitación normativa del artículo 92.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos —por la que se faculta al Ministro a regular las condiciones generales de aplicación de los peajes y cánones— resulta insuficiente para la imposición de obligaciones a los usuarios que supongan «una limitación a la condiciones de acceso a las instalaciones gasistas».

**Producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos**

***Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de marzo de 2017***

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 462/2017, de 16 de marzo (recurso núm. 1/430/2014) resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (en adelante, el «*RD 413/2014*» y la «*Orden 1045/2014*», respectivamente; y la «*Sentencia de 16 de marzo*»). La Sentencia de 16 de marzo declara:

(i) La nulidad de cancelación de la inscripción en el registro prevista en el artículo 49.1.m) del RD 413/2014 —que anuda tal cancelación a «*cualquier otro incumplimiento de las obligaciones y requisitos*» establecidos en el RD 413/2014— por vulnerar el principio de proporcionalidad, que exige plena adecuación de la regulación reglamentaria a los fines u objetivos de interés general perseguidos por la norma habilitante.

(ii) La nulidad del anexo II de la Orden 1045/2014 respecto de los valores y parámetros relativos a costes de inversión y explotación, y a la ponderación de otros ingresos de explotación y del autoconsumo asignados a la Planta IT-01426 de cogeneración de energía eléctrica mediante purines de porcino de que es titular la recurrente. Y ello, por considerar el Alto Tribunal que el anexo II de la Orden 1045/2014 vulnera el principio de leal suficiencia de la retribución para las plantas de tratamiento del purín, en la medida que no alcanza a establecer «una instalación tipo que posibilite la obtención de una rentabilidad razonable», toda vez que les asigna «unos valores y parámetros que no se ajustan a la realidad ni se corresponden con los estándares del sector, tanto en lo que se refiere a costes de inversión y de explotación como en lo relativo a otros ingresos de explotación (venta de calor útil) y ponderación del autoconsumo» (cfr. FJ 4º de la Sentencia de 16 de marzo).

## INMOBILIARIO Y URBANISMO\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

#### Protección del derecho a la vivienda

*Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE de 18 de marzo de 2017)*

Este Real Decreto amplía el ámbito de aplicación de las medidas de protección de los deudores hipotecarios en situación de especial vulnerabilidad, así como el plazo de aplicación de la suspensión del lanzamiento por un periodo adicional de tres años. Por último, establece mecanismos de alquiler en favor de los deudores ejecutados sobre los inmuebles cuyo lanzamiento sea objeto de suspensión.

#### Andalucía. Ordenación del Territorio y Urbanismo

*Orden de 20 de abril de 2017, por la que se aprueba el Plan General de Inspección de Ordenación del Territorio y Urbanismo para el cuatrienio 2017-2020 (BOJA de 27 de abril de 2017)*

Aprueba el Plan General de Inspección de Ordenación del Territorio y Urbanismo para el cuatrienio 2017-2020, que establece las líneas prioritarias de intervención de la actividad de inspección en dichas materias.

#### Aragón. Ordenación del Territorio

*Decreto-ley 1/2017, de 3 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio de Aragón (BOA de 7 de febrero de 2017)*

Establece modificaciones a la normativa aplicable a Planes y Proyectos de Interés General de Aragón: (i) el ámbito correspondiente a dichos instrumentos tendrá la consideración de reserva de terrenos para la constitución o ampliación de los patrimonios públicos de suelo y de área de tanteo y retracto para el destino especificado en la declaración de interés general; (ii) añade obligaciones en relación con las actuaciones industriales, cuando la ejecución de este tipo de planes o proyectos lleve aparejada la urbanización.

#### Aragón. Ordenación del Territorio

*Resolución de las Cortes de Aragón, de 9 de marzo de 2017, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Decreto-ley 1/2017, de 3 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio de Aragón (BOA de 16 de marzo)*

Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Decreto-ley 1/2017, resumido en nuestra publicación número 45, que modificó los artículos 39 y 44.1 del texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio.

#### Baleares. Edificaciones e instalaciones agrarias en suelo rústico

*Decreto 17/2017, de 21 de abril, por el que se fijan los principios generales de exoneración de las condiciones urbanísticas de las edificaciones y las instalaciones agrarias y complementarias en explotaciones agrarias en el ámbito de las Illes Balears (BOIB de 22 de abril de 2017)*

Se aprueba la exoneración total o parcial de las siguientes condiciones urbanísticas: (i) condiciones de edificación e instalación (e. g. la superficie construible, la ocupación, la altura, el volumen

\* 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 Ángel Buitrago, Javier Villanueva, Iván Abad y Miguel Herraiz, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Valencia).

y las características); y (ii) las condiciones de posición e implantación (e. g. la ubicación dentro de la parcela y los retrocesos).

**Cantabria. Medidas fiscales y administrativas 2017**

*Ley 2/2017, de 24 de febrero, de Medidas Fiscales y Administrativas (BOC de 28 de febrero de 2017)*

Entre otras, modifica la Ley 5/1999, de 24 de marzo, de Ordenación del Turismo de Cantabria, estableciendo la obligación de que el número de inscripción asignado a las empresas en el Registro General de Empresas Turísticas figure en toda su publicidad, tratando de combatir los alojamientos privados turísticos en situaciones de intrusismo y competencia desleal.

**Castilla y León. Viviendas de uso turístico**

*Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León (BOCYL de 17 de febrero de 2017)*

Regula el régimen legal de las viviendas de uso turístico en esta Comunidad, incluyendo sus requisitos, su régimen de acceso y ejercicio de la actividad, y su régimen de funcionamiento.

**Cataluña. Código Civil**

*Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto (DOGC de 22 de febrero de 2017)*

Establece la estructura del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y aprueba la regulación de los contratos de compraventa, de permuta y de mandato. Además modifica e incorpora los contratos regulados por leyes especiales y sustituye la Compilación del derecho civil de Cataluña.

Cabe destacar la inclusión de la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura; respecto a la cual se han precisado elementos como (i) las modalidades de transmisión total o parcial de la propiedad; (ii) los requisitos para formalizar el contrato de cesión, incluyendo la licencia de obras o una descripción de la obra pretendida en su defecto; (iii) la adquisición de la obra por parte del cedente; y (iv) los posibles incumplimientos y la resolución del contrato.

**Extremadura. Vivienda de protección pública**

*Ley 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda de Extremadura (DOE de 22 de febrero de 2017)*

Modifica la Ley 3/2001, de 26 de abril, de Calidad, Promoción y Acceso a la Vivienda de Extremadura, enfatizando la función social de la vivienda. Destacan: (i) una nueva redacción de los derechos de tanteo y retracto de ciertas propiedades, y (ii) la declaración de las fianzas derivadas de los arrendamientos sujetos a la Ley 29/1994 como fuente de financiación de supuestos expropiatorios.

Se regula la posibilidad de expropiar durante un máximo de tres años el usufructo de las viviendas que se encuentran en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, judicial o extrajudicial, instados por entidades financieras y cuyos residentes se encuentran en circunstancias de emergencia social.

**Galicia. Medidas fiscales, administrativas y de ordenación**

*Ley 2/2017, de 8 de febrero, de medidas fiscales, administrativas y de ordenación (DOG de 9 de febrero de 2017)*

Regula el procedimiento de aprobación de instrumentos de planificación urbanística con reducción de los plazos, para el caso de que se produzca la anulación de un instrumento de ordenación urbanística o de la normativa de ordenación provisional.

**La Rioja. Medidas fiscales y administrativas para el año 2017**

*Ley 3/2017, de 31 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2017 (BOR de 1 de abril de 2017)*

Modifica la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja para impedir la paralización de desarrollos urbanos que respeten los principios de la normativa



estatal. Así, se faculta a la Comisión de Ordenación del Territorio y Urbanismo para la aprobación, en suelo urbano, de modificaciones puntuales de instrumentos de planeamiento, aunque estos aún no se hayan adaptado a las determinaciones de la Ley 5/2006.

**Murcia. Reactivación de la actividad empresarial y del empleo**

*Ley 2/2017, de 13 de febrero, de medidas urgentes para la reactivación de la actividad empresarial y del empleo a través de la liberalización y de la supresión de cargas burocráticas (BORM de 16 de febrero de 2017)*

Adopta medidas de liberalización y supresión de cargas burocráticas, entre otras: (i) liberaliza los horarios y amplía los días festivos de libre apertura de los establecimientos comerciales; (ii) elimina la referencia al carácter profesional o empresarial para realizar la actividad de explotación de apartamentos turísticos por personas físicas; (iii) suprime la licencia comercial autonómica para los establecimientos comerciales con impacto supramunicipal; (iv) permite al Ayuntamiento, dentro de su competencia, introducir adaptaciones de las condiciones impuestas en las licencias de actividad ya concedidas, sin necesidad de modificar la autorización ambiental integrada, con comunicación al órgano autonómico; y (v) simplifica la regulación de la licencia de actividad y regula la declaración responsable.

**Navarra. Plan de control e inspección en materia de vivienda**

*Orden Foral 33/2017, de 19 de enero, del Consejero de Derechos Sociales, por la que se aprueba el V Plan de control e inspección en materia de vivienda para los años 2017 y 2018 (BON de 23 de febrero de 2017)*

Aprueba el V Plan de control e inspección en materia de vivienda para los años 2017 y 2018.

**País Vasco. Presupuestos Generales de 2017**

*Ley 2/2017, de 11 de abril, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2017 (BOPV de 19 de abril de 2017)*

Modifica la Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda, en lo relativo al régimen de autorizaciones previas del Consejo de Gobierno, que establece que, en caso de locales y anejos no vinculados a viviendas de protección pública y construidos al amparo de la competencia en materia de promoción pública de vivienda, dicha autorización solo será necesaria cuando así lo disponga la legislación de patrimonio de Euskadi.

**País Vasco. Adquisición de suelo de la Administración**

*Orden de 26 de enero de 2017, del Consejero de Medio Ambiente, Planificación Territorial y Vivienda, por la que se establecen los requisitos para la adquisición del suelo propiedad de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi sobre el que se encuentran edificados en derecho de superficie determinados inmuebles (BOPV de 13 de febrero de 2017)*

Establece el procedimiento, los requisitos y los mecanismos de valoración requeridos para la adquisición de suelo propiedad de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

**Valencia. Función social de la vivienda**

*Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana (DOCV de 9 de febrero de 2017)*

Regula el derecho a la vivienda y, en especial, (i) las medidas de intervención en situaciones de desahucio; (ii) las medidas de intervención y de fomento para promover el uso social de la vivienda; (iii) las potestades de inspección administrativa y sancionadora; y (iv) la igualdad en el acceso y ocupación de la vivienda.

## 2 · JURISPRUDENCIA

**Tasaciones y acción de responsabilidad**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, de 18 de noviembre de 2016 (recurso de apelación núm. 620/2014)*

La Audiencia Provincial de Madrid resuelve, dentro de un procedimiento judicial en el que se ejercita una acción de responsabilidad contra los administradores, que no se puede considerar

que hayan actuado de manera desleal al no considerar excesivas las valoraciones reflejadas en ciertas tasaciones que sirvieron de base para acometer ciertas operaciones mercantiles de adquisición de activos.

La Audiencia considera que, si bien es cierto que para que los administradores que operan en el sector inmobiliario tengan la consideración de diligentes han de conocer las reglas y mecanismos del mercado inmobiliario propios de su actividad, el conocimiento en profundidad de las técnicas que rigen la tasación de inmuebles quedan fuera de los estándares exigibles a un ordenado empresario y a un representante leal del ámbito inmobiliario.

#### Nulidad del Plan General por ausencia de recursos hídricos disponibles

##### *Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2017 (recurso núm. 1125/2016)*

El Tribunal Supremo considera que el informe estatal sobre suficiencia de recursos hídricos, en cuanto que se basa en valoraciones que se mueven en el ámbito de la competencia exclusiva estatal, es vinculante. Así, en el supuesto de autos fue emitido el preceptivo y vinculante informe de la confederación hidrográfica competente, pero de su contenido no se deduce la existencia y disponibilidad de los recursos hídricos necesarios: es posible la existencia de agua para el municipio e incluso su disponibilidad material, pero no se ha acreditado ni en el informe ni con cualquier otro medio de prueba su disponibilidad jurídica, por lo que el Tribunal Supremo entiende procedente la anulación del Plan General de Ordenación Urbana de Verín.

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

#### Inscripción de arrendamientos y procedimiento de ejecución

##### *Resolución de 24 de marzo de 2017 (BOE de 7 de abril)*

La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) afirma que tras la reforma introducida en la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (en particular, artículos 7.2 y 14.1 LAU), la protección de los derechos del arrendatario implica un plus de diligencia mediante la inscripción del contrato de arrendamiento en el Registro de la Propiedad, como forma de hacer oponible su contrato frente a un tercero que haya inscrito su derecho.

Es doctrina clásica de la DGRN que el derecho de tanteo o retracto del artículo 25 LAU se reconozca también en los supuestos de ventas judiciales y, por lo tanto, para la inscripción del decreto de adjudicación es necesario que se justifique haber realizado las notificaciones oportunas. Sin embargo, respecto de los contratos de arrendamientos suscritos con posterioridad a la Ley 4/2013 deberá de tenerse en cuenta para determinar la existencia del derecho de retracto si el arrendamiento ha accedido o no al Registro de la Propiedad, y si lo hizo con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En los contratos de arrendamiento suscritos con posterioridad a la Ley 4/2013, si el arrendamiento no ha accedido al Registro de la Propiedad, no habrá lugar a derecho alguno por parte del arrendatario. Tampoco habrá lugar al retracto si se ha inscrito con posterioridad al derecho determinante de la resolución (e. g., hipoteca), sin perjuicio de que si la inscripción se produjo con anterioridad a la expedición de la preceptiva certificación de cargas el arrendatario haya debido ser convenientemente notificado.

En definitiva, la resolución confirma que, enajenada judicialmente una finca, el derecho del arrendador queda extinguido y con él los pactos complementarios del contrato de arrendamiento, tales como el derecho de retracto, por lo que deviene innecesario realizar la notificación prevista en el artículo 25 de la LAU.

## LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL \*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

#### Ampliación del permiso de paternidad a cuatro semanas ininterrumpidas

*Disposición final undécima de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016*

La Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida («Ley 9/2009»), extendió la duración del permiso de trabajo por paternidad a cuatro semanas ininterrumpidas.

Si bien la Ley 9/2009 inicialmente debía entrar en vigor el 1 de enero de 2011, esta fecha se ha visto sucesivamente pospuesta.

Finalmente, tras concluir la última prórroga sin que se haya aplazado de nuevo su entrada en vigor, los trabajadores que hayan sido padres a partir del 1 de enero de 2017 pueden disfrutar de las mencionadas cuatro semanas de permiso.

#### Reducción de cotizaciones a la Seguridad Social por disminución de la siniestralidad laboral

*Real Decreto 231/2017, de 10 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral*

El Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, reguló la creación de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales en las empresas que lograran disminuir de manera notable la siniestralidad laboral. Sin embargo, la experiencia ha revelado la necesidad de simplificar y objetivar el procedimiento para la tramitación de estas reducciones.

En este sentido, se ha reducido la carga administrativa, centrando los esfuerzos en el cumplimiento de los límites de los índices de siniestralidad fijados en el Real Decreto 231/2017, de 10 de marzo («RD 231/2017»), en función de los distintos sectores económicos, y se ha introducido la figura de la declaración responsable que deben emitir las empresas beneficiarias.

Los porcentajes de las reducciones de las cotizaciones por contingencias profesionales se mantienen en el 5 % con carácter general y el 10 % en el caso de que se hayan realizado inversiones complementarias de prevención de riesgos laborales.

El RD 231/2017 entró en vigor el 25 de marzo, pero con efectos retroactivos del 1 de enero de 2017.

#### Bases de cotización máximas y mínimas para el 2017

*Orden ESS/106/2017, de 11 de febrero de 2017*

El 11 de febrero de 2017 se publicó la Orden ESS/106/2017, por la que se regulan las normas de cotización vigentes para el 2017, con las siguientes previsiones:

(i) Actualización del tope máximo de cotización para todos los regímenes de la Seguridad Social: en concreto, se establece una base de cotización máxima para el Régimen General de (i) 3.751,20 euros mensuales para los grupos profesionales 1 a 7; y (ii) de 125,04 euros diarios para los grupos profesionales 8 a 11.

Para el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos se fija una base máxima de 3.751,20 euros al mes.

(ii) Se actualizan las bases de cotización mínimas en las siguientes cuantías: (i) 1.152,90 euros mensuales para el grupo de cotización 1; (ii) 956,10 euros para el grupo de cotización

\* Esta sección ha sido elaborada por Raúl Boo Vicente, Lara Alcaide Cabré, Germán Díez Llobet, Marta Barceló Moyano, Sandra Cortés Martín, Isabel Bernabeu García y María Barbosa, del Área Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona, Valencia y Lisboa).

2; (iii) 825,60 euros para los grupos de cotización 3 a 7; y (iv) 27,52 euros diarios para los grupos de cotización 8 a 11.

Para el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos se fija una base de cotización mínima de 893,10 euros.

## [Portugal]

### Atualização do valor do indexante dos apoios sociais para 2017

*Portaria n.º 3/2017, de 28 de dezembro de 2016 (DR 2, Série I, de 3 de janeiro de 2017)*

Este regulamento administrativo atualizou o valor do Indexante dos Apoios Sociais para o ano de 2017 para € 421,32.

### Redução da taxa social única a cargo da entidade empregadora

*Decreto-Lei n.º 11-A/2017, de 17 de janeiro (DR 12, Série I, de 17 de janeiro de 2017)*

Este diploma legal criou uma medida excecional de apoio ao emprego através da redução da taxa contributiva de segurança social a cargo da entidade empregadora, com a situação contributiva regularizada, em 1,25%.

De acordo com o diploma em apreço, a redução em causa refere-se às remunerações liquidáveis entre janeiro de 2017 e janeiro de 2018 aos trabalhadores contratados antes de 1 de janeiro de 2017 que tivessem auferido, nos meses de outubro a dezembro de 2016, uma retribuição base média mensal de valor compreendido entre os € 530 e os € 557, ou valor proporcional, nas situações de contrato a tempo parcial, e não tivessem auferido qualquer outro tipo de remuneração, exceto se resultante de trabalho suplementar, trabalho noturno, ou ambos, até ao valor médio mensal acumulado com retribuição base de € 700.

A vigência deste diploma foi, porém, obviada pela Resolução da Assembleia da República n.º 11/2017, de 25 de janeiro.

### Medida «Contrato-Emprego»

*Portaria n.º 34/2017, de 16 de janeiro (DR 13, SÉRIE I, de 18 de janeiro de 2017)*

Esta Portaria cria a medida Contrato-Emprego (a «Medida»), que consiste na concessão, à entidade empregadora, de um apoio financeiro à celebração de contrato de trabalho com desempregado inscrito no Instituto do Emprego e da Formação Profissional, I. P. («IEFP») há seis meses consecutivos ou que seja (i) beneficiário de prestação de desemprego; (ii) beneficiário do rendimento social de inserção; (iii) pessoa com deficiência e incapacidade; (iv) pessoa que integre família monoparental; (v) pessoa cujo cônjuge ou pessoa com quem viva em união de facto se encontre igualmente em situação de desemprego, inscrito no IEFP; (vi) vítima de violência doméstica; (vii) refugiado; (viii) ex-recluso e aquele que cumpra ou tenha cumprido penas ou medidas judiciais não privativas de liberdade em condições de se inserir na vida ativa; ou (ix) toxicod dependente em processo de recuperação.

Integram também a categoria de desempregados relevantes para esta Medida os que (a) se encontrem inscritos há pelo menos dois meses consecutivos, quando se trate de pessoa: i) com idade igual ou inferior a 29 anos; ii) com idade igual ou superior a 45 anos; iii) que não tenha registos na segurança social como trabalhador por conta de outrem nem como trabalhador independente nos últimos 12 meses consecutivos que precedem a data do registo da oferta de emprego; ou que (b) independentemente do tempo de inscrição, tenham concluído há menos de 12 meses estágio financiado pelo IEFP no âmbito de projetos reconhecidos como de interesse estratégico.

São elegíveis, para os efeitos desta Medida, as entidades empregadoras que cumpram os critérios definidos pelo IEFP, nomeadamente: (i) abrangência de públicos desfavorecidos, com maior dificuldade de integração no mercado de trabalho, nomeadamente jovens e desempregados de longa duração; e (ii) localização do posto de trabalho em território economicamente desfavorecido.

Impende, em especial, sobre a entidade empregadora beneficiária da Medida a obrigação de proporcionar formação profissional durante o período de concessão do apoio estatal.

O apoio estatal a pagar à entidade empregadora varia entre € 3.791,88 ou € 1.263,96, consoante o contrato de trabalho celebrado com o desempregado seja por tempo indeterminado ou a termo certo (com duração não inferior a 12 meses), respetivamente. A Portaria prevê determinados casos de majoração do apoio pecuniário referido. A conversão de contrato de trabalho a termo num contrato por tempo indeterminado legitima o pagamento de um prémio de € 2.106,60.

#### Determinação da Idade Normal de Acesso à Pensão de Velhice

##### *Portaria n.º 99/2017, de 7 de março de 2017 (DR 47, SÉRIE I, de 7 de março de 2017)*

A Portaria n.º 99/2017, de 7 de março de 2017, veio determinar a idade normal de acesso à pensão de velhice do regime geral da segurança social a vigorar em 2018, que será de 66 anos e 4 meses.

Esta Portaria determinou ainda o fator de sustentabilidade aplicável às pensões de velhice iniciadas em 2017 e atribuídas antes da idade normal de acesso à pensão, que é de 0,8612, bem como o fator de sustentabilidade aplicável às pensões de invalidez relativa e de invalidez absoluta atribuídas por período igual ou inferior a 20 anos, convalidadas em pensão de velhice em 2017, que é de 0,9291.

#### Sistema de Incentivos ao Empreendedorismo e ao Emprego

##### *Portaria n.º 105/2017, de 10 de março (DR 50, SÉRIE I, de 10 de março de 2017)*

A presente Portaria veio criar o Sistema de Incentivos ao Empreendedorismo e ao Emprego («SI2E»), que tem em vista o financiamento de micro e pequenas empresas, com particular incidência em territórios de baixa densidade ou com constrangimentos decorrentes de elevados níveis de desemprego.

Para efeitos de criação de emprego, são elegíveis as despesas com remunerações de postos de trabalho criados nas seguintes situações: (i) criação de emprego próprio; (ii) criação de postos de trabalho para desempregados inscritos há mais de seis meses no Instituto do Emprego e Formação Profissional, I.P. («IEFP»), incluindo desempregados de longa e muito longa duração; e (iii) criação de postos de trabalho para jovens até 30 anos à procura de primeiro emprego inscritos no IEFP como desempregados há pelo menos dois meses. Os incentivos atribuídos a título de comparticipação de remunerações de postos de trabalho criados tem como limite mensal o valor correspondente ao Indexante de Apoio Social («IAS»), sendo observados os seguintes períodos máximos: (i) período base de nove meses para contratos por tempo indeterminado ou criação do próprio emprego, ou de três meses para contratos de trabalho a termo com uma duração mínima de 12 meses; (ii) majorações de três meses para intervenções Grupos de Ação Local, e de dois meses e meio com um máximo de seis meses para as restantes situações, por cada um dos seguintes casos: (a) projetos localizados em territórios de baixa densidade; (b) projetos de criação de micro ou pequenas empresas; e (c) para trabalhadores do género sub-representado ou para trabalhadores qualificados. Para os postos de trabalho a termo é ainda atribuída uma majoração de valor equivalente a duas vezes a retribuição base mensal nele prevista, até ao limite de cinco vezes o IAS, no caso da sua conversão em contrato sem termo.

O SI2E tem aplicação em todo o território do continente, em função das áreas territoriais previstas nas Estratégias de Desenvolvimento Local, nos Pactos para o desenvolvimento e Coesão Territorial ou nos avisos de abertura de candidaturas, no caso de intervenções de apoio ao empreendedorismo e criação de emprego alinhadas com as estratégias de desenvolvimento regional e de coesão territorial da iniciativa das Autoridades de Gestão. São elegíveis as operações inseridas em todas as atividades económicas, com exceção das seguintes: (i) setor da pesca e aquicultura; (ii) setor da produção agrícola primária e florestas; (iii) setor da transformação e comercialização de produtos agrícolas constantes do Anexo I do TFUE e transformação e comercialização de produtos florestais; (iv) projetos de diversificação de atividades nas explorações agrícolas, nos termos do Acordo de Parceria; e (v) projetos que incidam em atividades financeiras e de seguros, defesa, lotarias e outros jogos de aposta.

**Determinação do Rendimento Relevante – Trabalhadores Independentes**

*Decreto Regulamentar n.º 2/2017, de 22 de março (DR 58, SÉRIE I, de 22 de março de 2017)*

O presente Decreto Regulamentar veio alterar o Decreto Regulamentar n.º 1-A/2011, de 3 de janeiro, com o objetivo de clarificar que os montantes concedidos a trabalhadores independentes a título de subsídios ou subvenções ao investimento não são considerados como rendimento relevante para efeitos da determinação do escalão de base de incidência contributiva daqueles.

**Medida Estágios-Emprego**

*Portaria n.º 131/2017, de 7 de abril (DR 70, SÉRIE I, de 7 de abril de 2017)*

Esta Portaria veio regular a criação da medida estágios profissionais, «*que consiste no apoio à inserção de jovens no mercado de trabalho ou à reconversão profissional de desempregados*» pelo IEFP, I.P. (doravante, designada por «Medida»).

De entre os destinatários da Medida contam-se desempregados com deficiência e incapacidade, que integrem uma família monoparental, vítimas de violência doméstica, refugiados, ex-reclusos e toxicodependentes em processo de recuperação.

O estágio terá, por regra, a duração de 9 ou 12 meses, tendo o estagiário direito a uma bolsa mensal cujo valor varia entre € 505,58 e € 737,31, consoante o respetivo nível de qualificação. A comparticipação pública é, por regra, de 65%, podendo, em determinados casos (nomeadamente quando a entidade promotora é uma pessoa coletiva sem fins lucrativos ou quando em causa esteja o primeiro estágio desenvolvido ao abrigo da Medida por entidade promotora com 10 ou menos trabalhadores), ascender a 80%.

A Medida prevê ainda a concessão de um prémio ao emprego, até ao montante de € 2.106,60 (majorável no caso de trabalhadores de sexo sub-representado em determinada profissão), caso a entidade promotora venha a celebrar um contrato de trabalho sem termo com o estagiário e desde que mantenha o nível de emprego durante 12 meses.

**Retribuição mínima mensal garantida para a Região Autónoma da Madeira**

*Decreto Legislativo Regional n.º 11/2017/M, de 13 de abril (DR 74, SÉRIE I, de 13 de abril de 2017)*

Este Decreto veio atualizar o valor da retribuição mínima mensal garantida para a Região Autónoma da Madeira para € 570.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Unión Europea]

**El derecho de libertad religiosa en las relaciones de trabajo**

*Dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 14 de marzo de 2017*

En la primera de las sentencias (C-157/15), se debate si el despido de una trabajadora por usar el velo islámico en el trabajo, a pesar de la prohibición empresarial de llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas, supone trato discriminatorio a los efectos de la Directiva 2000/78/CE 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 (la «Directiva 200/78»).

Tras considerar legítima la pretensión de la empresa de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») concluye que la medida no se considerará discriminatoria si la empresa no pudiera ofrecer a la trabajadora «*un puesto de trabajo que no conllevara un contacto visual con los clientes en lugar de proceder a su despido*».

En la segunda (C-188/15), se analiza igualmente el despido de una trabajadora tras la queja de un cliente de la empresa, que expresamente requirió que los servicios no fueran prestados por trabajadores que usasen el velo islámico.

A diferencia del caso C-157/15, en el presente no existía una norma empresarial que instrumentase un régimen de neutralidad religiosa, por lo que el TJUE concluye que el mero deseo de un cliente es una consideración subjetiva y que, por tanto, no puede considerarse un requisito profesional esencial ni determinante que permita establecer un trato diferenciado a los efectos de la Directiva 2000/78.

### Ostentação de Sinais Visíveis de Convicções Religiosas por parte de Trabalhadores

Os acórdãos em análise consistem em decisões prejudiciais proferidas em sede de reenvio prejudicial para interpretação exercido pelos Tribunais da Cassação belga e francês, respetivamente, no âmbito de litígios decorrentes de despedimentos fundamentados na ostentação de sinais visíveis de convicções religiosas por parte de trabalhadores.

Concretamente, o litígio do qual decorre o acórdão proferido no processo C-157/15 teve na sua origem o despedimento de uma trabalhadora por violação do regulamento interno em vigor na empresa onde trabalhava, que prestava de serviços de receção e acolhimento a clientes, o qual proibia a utilização, por parte dos seus trabalhadores e no local de trabalho, de sinais visíveis das suas convicções políticas, filosóficas ou religiosas. A trabalhadora foi despedida por usar lenço islâmico.

Já em sede de recurso de cassação, o Tribunal da Cassação belga decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia, a questão de saber se o artigo 2.º, n.º 2, al. a), da Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional («Diretiva 2000/78») deve ser interpretado no sentido de que a proibição de uma trabalhadora muçulmana usar lenço islâmico no local de trabalho não constitui uma discriminação direta quando a regra vigente no empregador proíbe, a todos os trabalhadores, o uso, no local de trabalho, de sinais exteriores de convicções políticas, filosóficas e religiosas.

O Tribunal de Justiça da União Europeia, entendeu que a referida proibição não constitui discriminação direta na aceção do preceito em causa, uma vez que da regra interna em causa não resulta uma diferença de tratamento entre os trabalhadores em razão da sua religião ou das suas convicções.

O Tribunal de Justiça da União Europeia, entendeu, porém, que essa regra interna é suscetível de constituir discriminação indireta na aceção da al. b) do mencionado preceito se se demonstrar que a obrigação aí contida, aparentemente neutra, implica de facto uma desvantagem para pessoas que seguem determinada religião ou determinadas convicções, salvo se for justificada por um objetivo legítimo, como é a prossecução, por parte do empregador, de uma política de neutralidade política, filosófica e religiosa nas suas relações com clientes, e se os meios para realizar esse objetivo forem adequados e necessários.

No âmbito do processo C-188/15, o despedimento da trabalhadora havia tido por fundamento o facto de aquela recusar retirar o lenço islâmico nas deslocações a clientes da empresa, exigência que lhe havia sido imposta pela empresa, prestadora de serviços informáticos, na sequência de uma reclamação feita por um cliente que se sentiu incomodado ao ser assistido por uma colaboradora com lenço islâmico.

A questão prejudicial suscitada neste caso pelo Tribunal da Cassação francês foi a de saber se as disposições do artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78 deviam ser interpretadas no sentido de que constitui um requisito profissional essencial e determinante, em razão da natureza da atividade profissional em causa ou das condições da sua execução, o desejo de um cliente de uma empresa de aconselhamento informático de que as prestações de serviços informáticos deixem de ser asseguradas por uma trabalhadora, engenheira de projetos, que usa lenço islâmico.

O Tribunal de Justiça da União Europeia, veio responder que, à luz daqueles preceitos, a vontade de um empregador de ter em consideração os desejos de um cliente de que os serviços prestados por esse empregador deixassem de ser assegurados por uma trabalhadora que usa lenço islâmico não pode ser considerado um requisito profissional essencial e determinante para o exercício dessa atividade, já que estes devem respeitar a exigências objetivamente ditadas pela natureza ou pelas condições de exercício da atividade profissional em causa.

**[España]**

**El uso de medios técnicos existentes durante una huelga no se considera esquirolaje tecnológico**

*Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 2017*

El Tribunal Constitucional (el «TC») analiza en qué situaciones el uso de medios técnicos ya existentes en la empresa puede ser considerado esquirolaje tecnológico.

En concreto, en el marco de una huelga general, la empresa trató de minimizar sus efectos usando los medios técnicos existentes y con el personal disponible ese día. Los sindicatos entendieron que ello se trataba de una medida de esquirolaje tecnológico, por lo que consideraban que la empresa había vulnerado el derecho de huelga.

El TC, sin embargo, rechaza esta interpretación al considerar que no puede exigirse al empresario no usar unos medios técnicos con los que cuenta, puesto que ello supondría una conducta de colaboración en la huelga que no está prevista legalmente.

**Discriminación por razón de sexo: vulneración del derecho de promoción**

*Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 2017*

El TC analiza si contratar a un tercero y no ofrecer un aumento de jornada a una trabajadora a tiempo parcial que se encontraba de baja médica por riesgo durante el embarazo puede resultar discriminatorio.

En el supuesto enjuiciado, el convenio colectivo aplicable en la empresa preveía, en los casos de nuevas contrataciones por incremento de las horas de trabajo, una preferencia frente a terceros de los trabajadores ya contratados a tiempo parcial.

Tras analizar el supuesto de hecho, el TC concluye que la trabajadora sufrió una discriminación, puesto que la falta de comunicación del empresario de la nueva necesidad empresarial provocó un tratamiento peyorativo para la demandante como consecuencia de su baja por riesgo durante el embarazo, dando lugar, en definitiva, a una discriminación por razón de sexo.

**Indemnización del personal indefinido no fijo al servicio de las Administraciones Públicas**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 28 de marzo de 2017*

El Tribunal Supremo («TS») establece un nuevo criterio cuantitativo para determinar la indemnización que procede en casos de cese de trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones Públicas por la cobertura reglamentaria de la plaza que ocupaban. Se aumenta la indemnización a 20 días por año de servicio, con el límite de 12 mensualidades prevista en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores («ET») y se deja de aplicar la indemnización de 12 días por año prevista en el artículo 49.1.c) ET.

Las razones en las que se basa este cambio son las siguientes:

(i) El Estatuto Básico del Empleado Público incluye varios tipos de trabajadores del sector público: los fijos, los temporales y los indefinidos no fijos, por lo que el personal indefinido no es equiparable al temporal.

(ii) La figura del personal indefinido no fijo tiene su origen en el uso abusivo de la contratación temporal por parte de los órganos administrativos. Este fraude, a diferencia de lo que sucede en el sector privado, no permite convertir el contrato en fijo, debido a la necesidad de respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad para acceder a una plaza fija pública.

(iii) Las dos razones anteriores hacen que la indemnización que se había venido reconociendo hasta ahora en casos como el analizado, equivalente a la prevista para los contratos temporales, sea insuficiente y se deba reforzar.

(iv) El vacío normativo no justifica la equiparación del trabajador indefinido no fijo al temporal, y la Sala resuelve el debate aplicando a estos casos la indemnización correspondiente a los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. Por todo ello, el Tribunal considera que la extinción analizada podría ser asimilable a las circunstancias objetivas que recoge el artículo 53.1.b) ET, que prevé una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, con el límite de 12 mensualidades.



**Registro de jornada diaria de los trabajadores***Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 23 de marzo de 2017*

El TS ha declarado que no existe obligación empresarial de controlar diariamente la jornada efectiva de la plantilla.

La sentencia rechaza, así, el criterio sostenido por la Audiencia Nacional, que, en sentencias de 4 de diciembre de 2015, 19 de febrero de 2016 y 6 de mayo de 2016, imponía a las empresas el deber genérico de registrar diariamente la jornada laboral ordinaria de cada uno de sus trabajadores, con la finalidad de facilitar el control y prueba de la realización de horas extras. Todo ello con base en el artículo 35 del ET.

En este sentido, el TS, en una interpretación literal de este artículo (recordemos, situado bajo la rúbrica de horas extraordinarias), niega que las empresas tengan la obligación de implantar un sistema genérico de control horario para poder verificar el cumplimiento de los horarios pactados y llega a la conclusión de que dicho deber empresarial está constreñido, en exclusiva, a la realización de horas extraordinarias.

**Utilización como prueba de correos electrónicos entre una trabajadora y su abogado***Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 17 de marzo de 2017*

En el caso analizado la empresa interpone una demanda de revisión contra la sentencia que estimó la reducción de jornada laboral de la trabajadora, basando su pretensión en varios correos electrónicos entre la trabajadora y su letrado, obtenidos por la empresa mediante la intervención de su ordenador cuando esta se encontraba de baja por incapacidad temporal. En los correos se explicaba la estrategia procesal de la trabajadora.

El Tribunal considera que no se pueden utilizar como prueba los correos electrónicos remitidos por la trabajadora a su abogado, porque en su obtención se ha vulnerado el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de la trabajadora, de acuerdo con la jurisprudencia del TS recogida en la sentencia de 26 de septiembre de 2007. Ello se debe a que la empresa no ha justificado que hubiera dado instrucciones previas a la trabajadora acerca del uso de los medios informáticos y que le hubiese advertido de su posible intervención.

Además, el Tribunal recuerda que la correspondencia con un abogado está protegida por el secreto profesional.

A mayor abundamiento, el Tribunal rechaza la revisión de la sentencia argumentando que el objeto del litigio era la reducción de jornada y el análisis de si se daban las circunstancias que sustentaran la pretensión de la trabajadora, siendo irrelevantes, por tanto, los motivos últimos que tuviera la trabajadora para demandar, motivos que, según la empresa, se desprendían de los correos intervenidos.

**Devengo de crédito horario durante el mes de vacaciones***Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de febrero de 2017*

El TS confirma la doctrina de su sentencia de 23 de marzo de 2015, en la que establece que no se genera crédito horario durante el tiempo en que los representantes de los trabajadores se encuentran de vacaciones.

En este sentido, el TS reitera que no es posible disfrutar de un permiso retribuido cuando el representante unitario o sindical disfruta de sus vacaciones, al ser imposible disfrutar un permiso cuando no se está trabajando.

En consecuencia, no puede ceder el crédito a la bolsa de crédito horario para que lo disfruten otros representantes que no se encuentren de vacaciones, por cuanto ese crédito no estuvo nunca en el patrimonio de dichos representantes.

**Uso de cámaras de videovigilancia con fines disciplinarios***Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 31 de enero de 2017*

La sentencia analiza el despido de un trabajador por la manipulación de *tickets* y por el hurto de diversas cantidades, a partir de las imágenes captadas por una cámara de videovigilancia.

La defensa del trabajador trató de invalidar el valor probatorio de las grabaciones, alegando que se había vulnerado el derecho a la protección de datos del trabajador, ya que no había sido expresamente informado de que las grabaciones podían ser utilizadas con fines disciplinarios.

El TS da por probado que las cámaras fueron instaladas por la empresa por razones de seguridad y de que se informó al trabajador de su ubicación, pero no de que podían ser usadas en su contra a efectos disciplinarios. A pesar de ello, concluye que, en el caso analizado, la instalación de cámaras de seguridad era una medida justificada por razones de seguridad, idónea para el logro de ese fin y necesaria y proporcionada al objetivo perseguido, por lo que estaba justificada la limitación de los derechos fundamentales en juego, máxime cuando los trabajadores estaban informados expresamente de la instalación de dicho sistema y de su ubicación.

Asimismo, la sentencia hace recaer el peso de la eventual falta de información en los trabajadores, ya que estos pudieron reclamar a la empresa más información o denunciarla ante la Agencia Española de Protección de Datos y, sin embargo, no lo hicieron.

**La readmisión en distinto centro con distintas funciones no es irregular si los anteriores puestos ya no existen en el momento de la readmisión**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 18 de enero de 2017*

En el supuesto de hecho analizado, tras un despido declarado nulo, los trabajadores solicitaron la readmisión. No obstante, durante la tramitación del procedimiento de despido, la empresa se vio en la necesidad de cerrar el antiguo centro de trabajo de los trabajadores afectados.

Por tanto, los específicos puestos de trabajo en los que prestaban servicios los trabajadores que solicitaron la readmisión habían desaparecido. Al solicitar la readmisión, y ante la imposibilidad de readmitirlos en los antiguos puestos de trabajo, la empresa los reubicó en un nuevo centro, en el que desarrollaban funciones distintas a las que realizaban cuando se produjo el despido.

El TS concluye que, a pesar de que las funciones a desarrollar no son las mismas, la readmisión se ha producido regularmente, puesto que esta ha venido condicionada por circunstancias sobrevenidas posteriores al despido y las nuevas funciones forman parte del mismo grupo profesional de los trabajadores, por lo que la modificación estaría amparada por el *ius variandi* del empresario.

**Discriminación por razón de sexo: limitación del derecho a la retribución variable**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 10 de enero de 2017*

En el supuesto de hecho analizado, la empresa tenía establecido un sistema de retribución variable mensual que exigía una prestación efectiva de servicios.

Una vez devengados, dichos incentivos eran abonados en la nómina del trabajador del mes inmediatamente posterior al que se realizaba la prestación de servicios de referencia. Dicha modalidad de devengo implicaba que los trabajadores cuya prestación de servicios se interrumpía durante más de un mes no percibían, en la mensualidad en la que se reincorporaban, cantidad alguna por dichos incentivos. En consecuencia, las trabajadoras que, por causa de embarazo o maternidad, veían suspendida su relación laboral no percibían ninguna cantidad por dichos conceptos durante el primer mes de reincorporación.

El TS considera que la discriminación se produce en determinados supuestos específicos en los que solo la mujer debe suspender la relación laboral. En concreto, estos supuestos son (i) la baja por maternidad durante las seis primeras semanas de descanso obligatorio de la mujer tras un parto y (ii) la baja por riesgo durante el embarazo.

No obstante lo anterior, el TS acaba extendiendo dicha protección a todos los periodos de inactividad laboral vinculados con la maternidad a pesar de que no afecten de manera exclusiva a las mujeres, como por ejemplo los permisos de paternidad y las bajas por maternidad disfrutadas por los progenitores varones. Para alcanzar dicha conclusión, el TS argumenta que la consecución de la igualdad efectiva pasa no solo por el reconocimiento de derechos de maternidad en sentido estricto, sino por la implantación de medidas e instrumentos de equiparación en el ámbito de la vida familiar, como modo de reequilibrar una desigualdad histórica.

A la vista de lo anterior y para evitar situaciones discriminatorias, el TS concluye que no puede exigirse la presencia física de los trabajadores en el mes anterior al del abono de los incentivos, ya que tal requisito es de imposible cumplimiento cuando los trabajadores se encuentran disfrutando de tales permisos.

**Procedimiento colectivo de impugnación de despidos colectivos: límites***Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 22 de diciembre de 2016*

El TS concluye que el objeto de debate de un procedimiento colectivo de impugnación de despidos colectivos excluye que se pueda analizar en él el carácter fraudulento de unos contratos temporales y sus correspondientes extinciones, a pesar de que se vincule con el cómputo de trabajos a los efectos de los umbrales establecidos en el artículo 51 del ET.

El supuesto de hecho es el siguiente: los sindicatos impugnaron un conjunto de despidos objetivos que no fueron articulados a través de un expediente de regulación de empleo. Para ello, se presentó una demanda a través del procedimiento colectivo de impugnación de despidos colectivos. El argumento usado para fundar su petición de nulidad es que el número de despidos superaba los umbrales establecidos en el artículo 51 del ET. Ello requería que, como paso previo, el tribunal analizara si dichos contratos temporales habían sido celebrados en fraude de ley y si, por tanto, las extinciones (consideradas como improcedentes) debían tenerse en cuenta a los efectos de los umbrales del despido colectivo.

El TS concluye que la impugnación específica de estas concretas extinciones de contratos de trabajo debe articularse a través del procedimiento individual de despido y no del colectivo.

**Comunicación de las nóminas en soporte informático y no en papel***Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de diciembre de 2016*

El TS considera que la entrega de la nómina en soporte informático a los trabajadores, en lugar de en el tradicional soporte papel, cumple con las exigencias contenidas en el artículo 29.1 del ET y el artículo 2 de la Orden de 27 de diciembre de 1994 por la que se aprueba el modelo de recibo individual de salarios, siempre y cuando el trabajador pueda obtener copia del recibo.

El TS llega a esta conclusión utilizando los siguientes argumentos:

- (i) la normativa citada sobre el recibo de nóminas no especifica el formato en que han de entregarse estas a los trabajadores;
- (ii) la entrega telemática cumple con la finalidad de la norma, esto es, garantiza la constancia de la percepción por el trabajador de las cantidades liquidadas; y
- (iii) el cambio al soporte informático no supone perjuicio para el trabajador, ya que puede obtener, con relativa facilidad, una copia en formato papel.

Todo ello, unido al uso cotidiano de los soportes informáticos en las distintas facetas personales y profesionales, hace que el TS rectifique la doctrina establecida en su sentencia de 22 de diciembre de 2011, en la que consideraba que el formato acorde a derecho era la entrega de la nómina en formato papel.

**Interrupción de la prescripción del derecho a reclamar lo debido***Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de diciembre de 2016*

El TS analiza si la denuncia presentada ante la Inspección de Trabajo por impago de salarios puede tener la consideración de reclamación extrajudicial, a los efectos de interrumpir la prescripción del derecho a reclamar diferencias salariales.

El Tribunal considera que lo relevante es que, antes de que prescriba su obligación de pago, el deudor conozca que el acreedor no ha abandonado su derecho y piensa reclamarle lo debido, siendo irrelevante el medio formal que se utilice para la reclamación.

En el caso concreto, el TS entiende que el conocimiento por la empresa de que el trabajador cesado había denunciado ante la Inspección de Trabajo el impago de horas extras interrumpió el curso de la prescripción, aunque este órgano fuera incompetente para resolver sobre reclamaciones salariales. Ello se debe a que la denuncia es un acto asimilable a una reclamación extrajudicial, pues en ella está implícita la voluntad del deudor de reclamar contra el impago de horas extras.

El Tribunal aclara que lo que interrumpió la prescripción no fue la presentación de la denuncia o la tramitación del expediente administrativo a que dio lugar, sino el conocimiento que tuvo el deudor de la reclamación formulada por el acreedor, en virtud del principio de buena fe en la interpretación y aplicación del instituto de la prescripción.

**La empresa sucesora debe asumir las consecuencias de un despido producido con anterioridad a la sucesión**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 30 de noviembre de 2016*

El TS analiza si los efectos de un despido declarado improcedente pueden ser asumidos por la nueva contratista tras una sucesión de empresa. Para resolverlo, el TS señala que, al haberse extinguido el contrato del trabajador con anterioridad a la sucesión de empresa, la nueva contratista no tiene la obligación de subrogar su contrato, puesto que este ya se había extinguido de manera previa a la fecha de efectos del cambio de contrata. No obstante, el TS recuerda que el apartado tercero del artículo 44 ET establece también la obligación de la sucesora de responder solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión que no hubieran sido satisfechas.

Haciendo una interpretación extensiva de lo que debe ser entendido como «obligaciones laborales», el TS considera que en ellas deben entenderse incluidas todas las derivadas de una eventual declaración de improcedencia o nulidad de un despido, a pesar de que se haya producido con anterioridad a la sucesión de empresa.

Por lo tanto, en estas circunstancias, la empresa sucesora puede ser condenada solidariamente a afrontar las consecuencias de un despido producido con anterioridad a la fecha de efectos de la sucesión.

**Las empresas con beneficios en los dos años anteriores al despido colectivo deberán realizar aportaciones económicas al Tesoro Público, aunque el grupo tenga pérdidas**

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

El TS analiza el apartado 1c) de la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011 sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Dicha disposición, tanto en su redacción actual como en la que estaba en vigor en el momento en que se inició el procedimiento de despido colectivo analizado, establece la obligación de efectuar una aportación económica al Tesoro Público cuando «*las empresas o el grupo de empresas del que formen parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo*».

El TS afirma que la conjunción «o» es disyuntiva y, por tanto, basta con que la empresa que lleva a cabo el despido colectivo tenga beneficios para que nazca la obligación de efectuar la aportación económica al Tesoro Público, con independencia de que el grupo de empresas del que forma parte arroje pérdidas.

**Empresa en huelga y subcontratación de servicios por sus clientes**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2016*

La sentencia examina si la actuación de la empresa, al informar a sus clientes de la imposibilidad de realizar los trabajos comprometidos, vulnera el derecho de huelga de sus trabajadores. Debe destacarse que, tras la comunicación, los clientes decidieron contratar estos servicios con terceros, lo que mitigó los efectos de la huelga en la empresa principal.

En este sentido, la representación de los trabajadores pretende la aplicación de la doctrina contenida en las sentencias del TS de 11 de febrero de 2015 y 20 de abril de 2015, según la cual el derecho de huelga puede verse también vulnerado por los actos realizados por terceros empresarios distintos del titular de la empresa.

Sin embargo, el TS concluye que la anterior doctrina no resulta de aplicación y, por tanto, no se produce una vulneración del derecho de huelga, en la medida en que la empresa principal no tenía una vinculación con sus clientes que le permitiera codecidir con ellos la realización de esos trabajos por terceras empresas de la competencia, ni estaba en condiciones de impedir que sus clientes los contratasen con terceros, ni tampoco se benefició de ello, porque no realizó ni cobró tales trabajos, y tampoco consta que colaborase en su realización.

**El cese de un trabajador extranjero por pérdida del permiso de trabajo constituye despido improcedente**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2016*

El TS analiza la validez de la extinción del contrato laboral de una trabajadora extranjera como consecuencia de la pérdida sobrevenida de su permiso de trabajo.

El TS rechaza como causa de válida extinción de la relación laboral la pérdida sobrevenida de la capacidad negociadora de la parte trabajadora y sobre la que no puede ejercer ninguna influencia la conducta del trabajador.

El TS califica el despido de improcedente y, dada la imposibilidad de readmisión del trabajador en situación irregular, resuelve que la empresa debe abonarle la indemnización correspondiente.

Por otro lado, recuerda que, si bien es cierto que la pérdida del permiso de trabajo imposibilita la continuación del contrato, los trabajadores extranjeros, aun cuando carezcan de autorización para trabajar en España, están dotados del marco de protección inherente a nuestro sistema de relaciones laborales.

**La maternidad subrogada se considera como hecho causante de la prestación de maternidad**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2016*

Para analizar esta cuestión, el TS parte de la base de que, tras la maternidad por subrogación, el menor se integra en el núcleo familiar de los padres subrogantes, demandando una serie de cuidados y atenciones que justifican el reconocimiento de la prestación por maternidad. En este sentido, recuerda que en los casos de adopción, en los que no hay una necesidad real de protección de la salud de la madre durante las seis semanas posteriores al parto, se reconocen igualmente 16 semanas y no 10. Por tanto, teniendo en cuenta que en los supuestos de maternidad subrogada también se producen idénticas relaciones entre la madre y el menor que se pretende proteger mediante la prestación de maternidad, no hay motivos para denegarla en supuestos como el descrito.

Asimismo, el TS apunta que, de no concederse la prestación por maternidad, podría estarse ante una discriminación para el menor, quien tendría, como consecuencia de su filiación, una menor protección respecto al resto de menores que no se encuentran en dichas peculiares circunstancias.

**La doctrina de la unidad esencial del vínculo ante una sucesión de contrataciones temporales fraudulentas**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 8 de noviembre de 2016*

El TS analiza la entidad del paréntesis temporal entre dos contratos temporales a los efectos de calificar la interrupción de la prestación de servicios como «significativa» y, por consiguiente, excluir la aplicación de doctrina de la «unidad esencial» del vínculo. En este caso, el análisis se centra en el supuesto concreto en que existe fraude de ley en las contrataciones.

La actora había venido prestando servicios a un ayuntamiento durante seis años por medio de contratos temporales, encadenados de manera fraudulenta, para satisfacer una actividad habitual y ordinaria. Finalizado el último contrato y calificada la extinción como despido improcedente, el debate radica en dilucidar si la interrupción de cuatro meses entre dos de los contratos temporales encadenados rompe la llamada «unidad esencial» del vínculo a efectos del cálculo indemnizatorio.

Si bien la unidad del vínculo no está estrictamente ligada a la existencia de fraude de ley, el TS considera que es razonable que en este supuesto se adopte un criterio más relajado (con mayor amplitud temporal en la valoración del paréntesis que pueda producirse entre contratos).

Por ello concluye que, a pesar de la interrupción, debe aplicarse la doctrina de la unidad esencial del vínculo y, por tanto, tenerse en cuenta la antigüedad desde el primer contrato temporal.

**La inspección de trabajo puede analizar las causas del despido en los eres**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de noviembre de 2016*

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS concluye que la labor inspectora en los supuestos de expedientes de regulación de empleo puede consistir en un análisis de las causas que motivan los despidos.

En concreto, analiza si es ajustada a Derecho la instrucción 2/2012, dictada por la subdirección de la Inspección de Trabajo en el País Vasco. El objeto de esta instrucción era determinar la actuación inspectora en el marco de un expediente de regulación de empleo. Según su texto, el informe de inspección «deberá entrar a valorar tanto su existencia cuanto su suficiencia o adecuación en orden a justificar las medidas empresariales pretendidas y cualquier otra cuestión que el inspector actuante considere relevante u oportuno para la correcta tramitación del expediente».

*Más claramente, la actuación inspectora no debe limitarse simplemente a verificar que el expediente contiene todos los documentos preceptivos y que dentro del procedimiento se han cumplido todos los plazos reglamentarios, sino que, en función del extremo a comprobar, debe poder desplegar su capacidad investigadora para asegurar que cada una de las obligaciones empresariales señaladas en la norma se cumple de manera efectiva según su finalidad».*

Debe recordarse que el Real Decreto-ley 3/2012 suprimió el requisito de la autorización de la autoridad administrativa en los expedientes de regulación de empleo. Sin embargo, el TS considera que ello no ha convertido a los inspectores en meros fedatarios de la existencia en el procedimiento de los documentos exigidos en la norma, sino que deben emitir un informe en el que se constate (i) que la documentación aportada al expediente es la exigida en relación con las causas del despido y a tenor de la concreta causa alegada para despedir, y (ii) poner de manifiesto la existencia de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho en las negociaciones.

En consecuencia, considera que dicha instrucción se ajusta a Derecho, por lo que el informe de inspección puede entrar a efectuar un análisis pormenorizado de las causas que se alegan y de la concurrencia de las circunstancias expuestas.

**Aplicación del principio de proporcionalidad a la indemnización prevista en un pacto de no competencia**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 26 de octubre de 2016*

El TS analiza un pacto de no competencia poscontractual que fijaba la cantidad que debía pagar el trabajador a la empresa, en concepto de indemnización por haber incumplido su obligación de no competencia, en el triple de la que hubiere tenido derecho a recibir en compensación por su no competencia.

La sentencia revisa el alcance del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito civil y en el ámbito social. En este sentido, considera que la jurisprudencia que rige en la jurisdicción civil, que no permite modular las cláusulas penales por excesivas, no es extensiva al ámbito social. Así, concluye que el juez de lo social está legitimado para aplicar el principio de proporcionalidad y modular la cantidad indemnizatoria acordada en un pacto de no competencia a favor de ambas partes: trabajador y empresa. Esta conclusión se refuerza con el requisito de adecuación que establece el artículo 21 del ET en relación con la cantidad a percibir por el trabajador, que debe extenderse tácitamente a la indemnización a percibir por la empresa si el trabajador incumple.

**Las instrucciones del empresario sobre el uso de los medios informáticos por los trabajadores no vulneran el derecho a la libertad sindical**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 13 de septiembre de 2016*

El TS considera ajustada a derecho la decisión empresarial por la que se limita el uso de los sistemas informáticos por los trabajadores única y exclusivamente para tareas relacionadas con la actividad y el puesto de trabajo en la empresa, sin reconocer expresamente el uso legítimo de esos medios informáticos para llevar a cabo las comunicaciones sindicales.

La sentencia establece que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la decisión empresarial respeta el derecho a la libertad de los trabajadores por las siguientes razones:

(i) La resolución empresarial no restringe las comunicaciones entre los trabajadores y sus representantes, pues estos disponen de elementos físicos de comunicación en los centros de trabajo.

(ii) La comunicación bidireccional entre los sindicatos y los trabajadores está incluida dentro de los temas directamente relacionados con la actividad laboral a los que la resolución limita el uso de los medios informáticos.

(iii) Se deben interpretar las decisiones empresariales desde una perspectiva constitucional que permita la exclusión de la ilegalidad.

Los representantes de los trabajadores también alegaron que la resolución empresarial vulneraba los derechos de libertad de prensa, secreto profesional, confidencialidad de las fuentes de información e intimidad. El TS rechaza estas alegaciones aduciendo que la medida es necesaria y proporcionada, puesto que:

(i) La existencia de una limitación previa de uso de los medios informáticos, con prohibición expresa de su uso extralaboral, hace que los trabajadores no puedan tener una expectativa razonable de intimidad.

(ii) Con la decisión tomada se cumple el legítimo objetivo de excluir el uso meramente privado de los instrumentos informáticos puestos a disposición por la empresa.

(iii) No existe otra medida más respetuosa con los derechos de los trabajadores y la medida adoptada pondera todos los intereses en juego.

En definitiva, el TS insiste en la legitimidad del control empresarial de las herramientas informáticas, siempre que se haya establecido con carácter previo un protocolo de uso en el que consten estas limitaciones.

**Preguntar a los trabajadores si van a secundar o no la huelga no es intimidatorio**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 28 de septiembre de 2016*

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha considera que no vulnera el derecho de huelga el hecho de que la empresa, el día antes de la jornada prevista para la huelga, colgara en el tablón sindical del centro de trabajo un cartel en el que (i) se rogaba a los trabajadores que no tenían previsto ejercer el derecho de huelga al día siguiente lo comunicaran al responsable de la empresa, (ii) se informaba de que dicha comunicación no era obligatoria y (iii) se advertía de que el único objetivo de la comunicación era la organización de los servicios que pudieran ejecutarse el día siguiente.

El Tribunal parte de la premisa de que la normativa que regula el derecho de huelga no contiene la obligación de los trabajadores de informar con anterioridad al día de huelga acerca de si tienen intención o no de secundarla. Sin embargo, el Tribunal recuerda que la jurisprudencia ha permitido, en determinados casos, esta pregunta empresarial.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal considera que en el caso concreto no se ha infringido el derecho fundamental de huelga por los siguientes motivos:

(i) El cartel dejaba claro que no se estaba exigiendo, sino rogando, la comunicación a la empresa y que la solicitud tenía una finalidad ajena a toda intención deslegitimadora o coactiva respecto del ejercicio del derecho de huelga.

(ii) De los demás datos y circunstancias concurrentes no cabe apreciar una voluntad intimidatoria (de presión para el no seguimiento de la huelga) ni de coacción por parte de la empresa, puesto que no consta actuación alguna de «esquirolaje» interno ni externo por parte de la empresa y se dio la máxima facilidad para la realización y extensión de la huelga (la empresa ni siquiera fijó servicios mínimos).

(iii) El cartel solo se publicó en uno de los centros de trabajo de la empresa, lo que puede responder a una falta de conocimiento del responsable de ese centro sobre la articulación del derecho de huelga, sin que se trate de una actuación genérica en el marco empresarial ni en todo el ámbito en el que se convocó la huelga.

**Nulidad del despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal**

*Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona de 23 de diciembre de 2016*

El Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona aplica por primera vez la doctrina establecida por el TJUE en su sentencia de 1 de diciembre de 2016 (*Asunto C-395/15*), según la cual la incapacidad temporal de duración incierta o con perspectiva de prolongarse puede incluirse en el concepto de «discapacidad» a efectos de la tutela dispensada por 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»).

En el supuesto concreto, un trabajador hasta el momento bien considerado profesionalmente sufre un accidente laboral e inicia un proceso de incapacidad temporal. El juzgado concluye que la duración incierta de la dolencia del trabajador permite aplicar la Directiva 2000/78.

La sentencia concluye, al no apreciar explicación objetiva y razonable del despido del actor, que este tuvo por única causa la situación de discapacidad, entendida como «limitación duradera»,

en que se encontraba y, por tanto, declara la nulidad del despido por discriminación directa por razón de discapacidad.

Cabe recordar que la doctrina del TS ha sido clara al respecto, pues considera que las situaciones en que el empleador aducía «*falta de rentabilidad en el mantenimiento del puesto de trabajo*» podían acarrear un despido improcedente, pero en ningún caso nulo por no ser un factor discriminatorio.

**Crédito de Horas –  
Formação Profissional  
não Ministrada** *Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 2 de fevereiro de 2017 (Processo n.º 114/16.5T8EVR.E1)*

No âmbito do presente recurso, o Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre a obrigação de pagamento de créditos de horas emergentes de formação profissional que não foi ministrada durante a pendência de uma ação de impugnação da regularidade e licitude de despedimento em que foi declarada a ilicitude do despedimento do trabalhador, sendo este reintegrado no seu posto de trabalho.

Sucedo que, após a reintegração, veio o trabalhador pugnar pelo pagamento do crédito de horas vencido na pendência da ação e não pago pelo empregador. A este respeito, defendeu o Tribunal que «*só no caso de cessação do contrato de trabalho é que o trabalhador tem direito a receber a retribuição correspondente ao número de horas de formação que não lhe tenha sido proporcionado, ou ao crédito de horas para formação de que seja titular à data da cessação*», concluindo que «*no casos dos autos, o autor é reintegrado no seu posto de trabalho, pelo que se aplica o disposto no artigo 132.º do Código do Trabalho para a sua efetivação, sem conversão em dinheiro*».

**Complemento de  
Reforma** *Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 2 de fevereiro de 2017 (Processo n.º 261/13.5TTB-JA.E1)*

No recurso em apreço, o Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre a validade da atribuição, pela entidade empregadora, de um complemento de reforma a favor do trabalhador. Este direito do trabalhador ficou consignado em ata de dezembro de 2007, como se segue: «*Tendo o funcionário desta Cooperativa, BB, manifestado o desejo de antecipar o pedido da sua reforma, afim de evitar maiores penalizações futuramente ... conceder-lhe um complemento igual à diferença entre o actual vencimento líquido mensal e o respetivo valor da reforma de treze meses ano, até atingir os sessenta e cinco anos de idade. A partir desta data passará a receber, como complemento de reforma, cento e setenta e cinco euros mensais, também de treze meses/ano, enquanto vida.*».

No âmbito da ação deu-se como provado que a entidade empregadora procedeu ao pagamento do complemento de reforma até aos 65 anos do trabalhador. Porém, assim que o trabalhador atingiu a idade da reforma, a entidade empregadora deixou de realizar esta prestação. Nesta sequência, o trabalhador instaurou uma ação a reclamar o pagamento dos complementos de reforma em falta, arguindo que este direito resultava de um acordo de revogação do contrato de trabalho, conquanto não escrito.

O Tribunal, na esteira do que havia sido decidido em primeira instância, decidiu que «*[n]ão estando, (...), tal declaração inserida no âmbito de um mútuo acordo de cessação do contrato de trabalho, e não estando também demonstrado que a obrigação assim assumida terá sido condição essencial para que o A. fizesse cessar aquela relação laboral (...), há que concluir não estarmos aqui perante uma proposta negocial que goze da proteção de irrevogabilidade concedida pelo art.º 230º do Código Civil. Nessa medida, não se traduzindo a prestação em causa numa obrigação de natureza sinalagmática, nada obstará pois a que, cerca de um mês depois, a entidade empregadora viesse deliberar em sentido inverso ao que antes afirmara, negando a atribuição de um complemento remuneratório devido após a concessão, em definitivo, da reforma ao trabalhador em causa.*». Adicionalmente, o juiz afirmou ainda que «*mesmo que assim se não entendesse funcionaria aqui, em qualquer hipótese, a restrição acolhida pelo citado art.º 86º da Lei nº 4/2007, cujo nº 1 é inequívoco ao prescrever que 'a criação e modificação dos regimes complementares de iniciativa colectiva e individual e a sua articulação com o subsistema previdencial são*



*definidas por lei que regula, designadamente, o seu âmbito material, as condições técnicas e financeiras dos benefícios e a garantia dos respetivos direitos'. A atribuição dum complemento de reforma à margem deste sistema, como seria o caso dos autos, contrariaria por isso lei imperativa, e nessa medida seria necessariamente nulo (cfr. art.º 294º do Código Civil).»*

**Despedimento com Fundamento em Justa Causa**

*Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de fevereiro de 2017 (Processo n.º 7526/15.OT8VNG.P1)*

No âmbito do presente recurso, o Tribunal pronunciou-se sobre a validade do despedimento com justa causa de uma trabalhadora que, entre fevereiro e julho de 2015, faltou ou chegou tarde ao trabalho, alegando, falsamente, que tinha um cancro na garganta e que estava a fazer os respetivos tratamentos médicos, tendo inclusivamente rapado o cabelo. A trabalhadora teve uma conduta de tal forma convincente que a entidade empregadora tudo fez para lhe facilitar os tratamentos, não exigindo qualquer justificação médica.

O Tribunal considerou que, em violação grave dos deveres lealdade e boa-fé, a trabalhadora «propositada e conscientemente, disse à sua entidade empregadora e colegas de trabalho de que padecia de cancro, fazendo-os crer de que assim era quando tal não correspondia à verdade», e concluiu pela quebra da confiança da entidade empregadora na idoneidade da trabalhadora, declarando a licitude do despedimento.

**Impenhorabilidade dos Créditos provenientes de Acidente de Trabalho**

*Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 9 de fevereiro de 2017 (Processo n.º 1501/15.1T8GRD-A.C1) -*

No âmbito do presente recurso, o Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre a impenhorabilidade dos créditos provenientes de pensões devidas pela reparação de acidente de trabalho.

Na sua análise, o julgador foi obrigado a sopesar os princípios consagrados no artigo 62.º (garantia constitucional do direito do credor à satisfação do seu crédito) e 18.º (proporcionalidade), da CRP com a proibição prevista no artigo 78.º da Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro, que estabelece que «os créditos provenientes do direito à reparação estabelecida na presente lei são inalienáveis, impenhoráveis e irrenunciáveis e gozam das garantias consignadas no Código do Trabalho».

Perante o conflito de direitos, o Tribunal efetuou o «teste da proporcionalidade» concluindo que «não constitui um sacrifício excessivo ou desproporcionado do direito do credor à satisfação do seu crédito, impossibilitar que o mesmo se concretize por via da penhora do crédito emergente do direito à reparação por acidente de trabalho», sendo, nesta medida, os créditos provenientes de pensões devidas pela reparação de acidente de trabalho impenhoráveis.

No mesmo sentido, pronunciou-se o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 676/2016 (José António Teles Pereira), no âmbito do processo n.º 430/2016.

**Terça-feira de Carnaval – Uso da empresa**

*Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de março de 2017 (Processo n.º 401/15.OT8BRG.G1.S1)*

O Sindicato da Indústria Transformadora Energia e Atividades do Ambiente do Norte instaurou contra uma empresa do setor eletrónico sediada em Braga uma ação destinada ao reconhecimento da ilegalidade da decisão deste empregador de não conceder, a partir de 2013, o gozo do feriado facultativo da terça-feira de Carnaval aos seus trabalhadores.

Para o efeito, a associação sindical alegou a existência de um uso laboral (que constitui uma fonte de Direito do Trabalho, assumindo, assim, força vinculativa), atento o facto de, até ao aludido ano de 2013, os trabalhadores da empresa terem podido gozar o mencionado feriado, sem perda retributiva.

Por seu turno, a empresa alegou que o gozo do feriado em apreço foi justificado pelo facto de a todos os seus trabalhadores se aplicar uma convenção coletiva que o previa. Pese embora a referida convenção coletiva tenha caducado em 2009, a empresa continuou a autorizar o aproveitamento do feriado por entender que o instrumento coletivo ainda se aplicava. Em todo o

caso, acrescentou que o período de quatro anos é manifestamente insuficiente para que se possa considerar que se formou um uso vinculativo para a empresa.

Depois de tramitado em primeira instância – onde a ação foi julgada improcedente – o processo subiu ao Tribunal da Relação de Guimarães que deu provimento ao recurso, reconhecendo a existência de um uso vinculativo para a empresa e, por conseguinte, a ilegalidade da supressão do gozo do feriado em causa.

O Supremo Tribunal de Justiça valorou o facto de todos os trabalhadores da empresa estarem inicialmente submetidos a uma convenção coletiva (diretamente ou por força de portaria de extensão), da qual resultava o direito ao gozo do aludido feriado. Pese embora não se possa relevar o erro da empresa relativamente à aplicação da convenção coletiva, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que a concessão do gozo do feriado depois da caducidade do instrumento coletivo (ocorrida em 2009) só se manteve por um período de quatro anos, tido por «manifestamente insuficiente para que a referida conduta ou prática possa consubstanciar um uso», já que em causa está uma prática episódica no ano (um dia feriado).

Este veredito aparenta contrariar a jurisprudência, incluindo do próprio Supremo Tribunal de Justiça, que se vem pronunciando sobre o mesmo feriado facultativo. Ocorre, porém, que, neste caso, se provou que todos os trabalhadores da empresa estão sujeitos a uma convenção coletiva e que esta foi a fonte da concessão do gozo do feriado. Noutros processos, constatava-se que o feriado era concedido a trabalhadores não sindicalizados e não submetidos a qualquer instrumento coletivo, pelo que a prática da respetiva concessão era independente de qualquer imposição convencional.

## MARÍTIMO, TRANSPORTE Y LOGÍSTICA\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

#### Marítimo. Servicios portuarios

*Reglamento (UE) 2017/352 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2017, por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos (DOUE L 57/1, de 3 de marzo de 2017)*

El Reglamento establece un marco para la prestación de servicios portuarios y unas normas comunes sobre transparencia financiera y tarifas por servicios e infraestructuras portuarias.

Resulta de aplicación a todos los puertos marítimos de la red transeuropea de transporte que se enumeran en el anexo II del Reglamento UE n.º 1315/2013, y a la prestación de las siguientes categorías de servicios: (a) suministro de combustible, (b) manipulación de carga, (c) amarre, (d) servicios al pasaje, (e) recepción de desechos generados por buques y residuos de carga, (f) practicaaje, y (g) remolque.

Los Estados miembros podrán decidir no aplicar el reglamento a puertos de la red global situados en zonas ultraperiféricas a que se refiere el artículo 349 del TFUE, así como aplicar el Reglamento a otros puertos marítimos previa comunicación a la Comisión.

\* 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 y Laura Peláez, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Oporto).

**Aéreo. Paquete de aviación II**

*Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Paquete de aviación II, integrado por la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia de Seguridad Aérea de la Unión Europea, y se deroga el Reglamento (CE) n.º 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo» (DOUE C 75/2017, de 10 de marzo de 2017)*

El Dictamen recoge las conclusiones y recomendaciones del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento que pretende regular las normas comunes en el ámbito de la aviación civil.

Entre las conclusiones, cabe destacar que el Comité ha informado favorablemente sobre (i) la intención de ampliar el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria a las aeronaves no tripuladas y al servicio de asistencia en tierra, y (ii) el nuevo planteamiento basado en la evaluación de los riesgos y del rendimiento, siempre que se mantengan las normas prescriptivas cuando sean aplicables para garantizar la seguridad.

**Aéreo. Proveedores de servicios de gestión del tráfico aéreo**

*Reglamento de Ejecución (UE) 2017/373 de la Comisión, de 1 de marzo de 2017, por el que se establecen requisitos comunes para los proveedores de servicios de gestión del tránsito aéreo/navegación aérea y otras funciones de la red de gestión del tránsito aéreo y su supervisión, por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 482/2008 y los Reglamentos de Ejecución (UE) n.º 1034/2011, (UE) n.º 1035/2011 y (UE) 2016/1377, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 677/2011 (DOUE L 62/2017, de 8 de marzo de 2017)*

El Reglamento establece los requisitos comunes entre los Estados miembros relativos a la prestación de servicios de gestión del tránsito aéreo y de la navegación aérea (ATM/ANS), así como los aplicables a personas físicas o jurídicas que prestan estos servicios.

Se regulan los servicios de gestión que son prestados por las autoridades competentes responsables de la expedición de certificados a los proveedores de servicios, el acuse de recibo de declaraciones efectuadas por los proveedores de servicios de información de vuelo, y la supervisión y ejecución con respecto a los proveedores de servicios de acuerdo con el artículo 4 del Reglamento (CE) n.º 549/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. Adicionalmente, se establecen los requisitos que deben cumplir los proveedores de servicios de forma duradera para estar autorizados al objeto de ejercitar los privilegios concedidos.

Resultará de aplicación a partir del 2 de enero de 2020, salvo en lo que respecta al artículo 9.2, al artículo 4 apartados 1, 2, 5, 6 y 8, así como al artículo 5, que se aplicarán desde su entrada en vigor el día 21 de marzo de 2017. El artículo 6 será de aplicación a partir del 1 de enero de 2019.

**[España]****Marítimo. Ordenación del espacio marítimo**

*Real Decreto 363/2017, de 8 de abril, por el que se establece un marco para la ordenación del espacio marítimo (BOE de 11 de abril de 2017)*

El Real Decreto establece un marco para la ordenación del espacio marítimo, y tiene por objeto fomentar el crecimiento sostenible de las economías marítimas, el desarrollo sostenible de los espacios marinos y el aprovechamiento sostenible de sus recursos.

En el contexto de la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, publicada en desarrollo de la política marítima integrada de la UE, la ordenación del espacio marítimo pretende contribuir a determinados objetivos establecidos en el artículo 5, teniendo en cuenta las interacciones entre tierra y mar, y la cooperación transfronteriza tal y como se establece en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [España]

#### Caducidad de hipoteca naval

*Resolución de 16 de enero de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles I de Palma de Mallorca a cancelar por caducidad unas hipotecas navales (BOE de 7 de febrero de 2017)*

La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) analiza en esta resolución el régimen legal aplicable a la cancelación de una hipoteca naval tras la entrada en vigor de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima («LNM»), así como la aplicación de esta norma a hipotecas constituidas con anterioridad a su entrada en vigor. En particular, la DGRN examina los plazos de prescripción y de caducidad previstos en el artículo 142 de la LNM.

Respecto a la prescripción, la resolución establece que no puede pretenderse aplicar el nuevo plazo de prescripción (de tres años) a todas las hipotecas navales anteriores a la nueva ley, pues si así se hiciera resultaría que, respecto de todas aquellas hipotecas anteriores que no hubieran cumplido el plazo de la ley anterior (de diez años) y que, por lo tanto, mantienen viva la acción, la entrada en vigor de la nueva regulación produciría el efecto de privar al acreedor del ejercicio de su acción hipotecaria. Respecto a la caducidad, también se concluye que no puede aplicarse automáticamente a las hipotecas anteriores, pues (i) dicha posibilidad no existía en la regulación anterior y (ii) ello podría implicar la cancelación de hipotecas respecto de las cuales aún no hubiera prescrito la acción hipotecaria.

#### Prescripción de la acción para reclamar responsabilidad al transportista

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, 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 por Carretera («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, relativo 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, sólo 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 Segunda, 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 metros 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, en concreto piedras, desde el vehículo asegurado, 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 a Motor. 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 Contrato 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

#### [España]

Estatal

*Instrumento de ratificación del Acuerdo de París, hecho en París el 12 de diciembre de 2015 (BOE de 2 de febrero de 2017)*

Una vez que el pasado 22 de abril de 2016 el Plenipotenciario de España firmó en Nueva York el Acuerdo de París, de 12 de diciembre de 2015, las Cortes Generales acuerdan el consentimiento de España para obligarse por el Acuerdo de París, por lo que se expide el instrumento de ratificación firmado por el Rey.

\* Esta sección ha sido coordinada por Jesús Andrés Sedano Lorenzo, y en su elaboración han participado Bárbara Fernández Cobo, Maite Munarriz Azcona, José Ezequiel Clérigues Rodríguez-Moldes, Rocío González Fernández, Aina Llorca Felip, Carlos Oviedo Moreno y Evdokia Elena Gonos Fernández, del Grupo de Práctica de Derecho Público y Medio Ambiente de Uría Menéndez.

**Autonómica. Región de Murcia**

*Ley 2/2017, de 13 de febrero, de medidas urgentes para la reactivación de la actividad empresarial y del empleo a través de la liberalización y la supresión de cargas burocráticas (BORM de 16 de febrero de 2017)*

Esta ley incluye medidas de agilización y supresión de cargas burocráticas en los sectores del comercio interior, turismo, industria y medio ambiente, profundizando en las medidas de esta misma índole establecidas por anteriores disposiciones normativas autonómicas, estatales y europeas.

Con relación al medio ambiente, la ley realiza modificaciones puntuales de la normativa para simplificar y agilizar la tramitación de procedimientos ambientales, si bien se señala que estas modificaciones tienen carácter provisional hasta que se apruebe una ley de protección global del medio ambiente. Además, la norma pretende adaptar la legislación ambiental autonómica a la legislación básica actualmente vigente, solventando así la «considerable confusión normativa que reina en la materia».

Las principales novedades introducidas pueden resumirse como sigue:

(i) En relación con las autorizaciones ambientales autonómicas se derogan los artículos que contradicen o son incoherentes con la normativa estatal recientemente aprobada. Se elimina el régimen de solicitud de renovación o de caducidad de las autorizaciones ambientales integradas, se adoptan reglas de coordinación entre la autorización ambiental integrada y la evaluación de impacto ambiental y se precisan los criterios de modificación sustancial de actividades.

(ii) Se simplifica la relación existente entre la autorización ambiental integrada y la licencia de actividad, permitiendo al ayuntamiento introducir adaptaciones de las condiciones impuestas en el ámbito de la competencia local sin necesidad de modificar la autorización ambiental integrada, sino con mera comunicación al órgano autonómico competente.

(iii) Se elimina formalmente la figura de la autorización ambiental única, si bien cuando sea exigible más de una autorización ambiental sectorial estas deberán solicitarse conjuntamente y serán objeto de una única resolución, que será desestimatoria si procediera denegar alguna de ellas.

(iv) En el ámbito de la licencia de actividad y declaración responsable, se introduce una nueva regulación a nivel regional que viene a adaptarse al régimen liberalizador de actividades vigente bajo el principio general de que el ejercicio de actividades económicas no se someterá a licencia de actividad, salvo que puedan generar daño al medio ambiente, la seguridad, la salud pública o el patrimonio histórico.

**Autonómica. La Rioja**

*Ley 6/2017, de 8 de mayo, de protección del medio ambiente de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOR de 12 de mayo de 2017)*

Esta norma deroga la anterior Ley 5/2002, de 8 de octubre, de protección del medio ambiente de La Rioja. Se adapta así la regulación autonómica a los recientes cambios normativos a nivel estatal y se incluye la regulación estatal sobre intervención ambiental de planes, programas, proyectos y actividades recogida en normas como la Ley 21/2013 de evaluación ambiental; el Real Decreto Legislativo 1/2016 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación; o el Real Decreto 815/2013 por el que se aprueba el Reglamento de emisiones industriales y se desarrolla la normativa sobre prevención y control integrados de la contaminación.

Esta actualización pretende evitar inseguridad jurídica en la aplicación de normativa autonómica que pudiera contradecir la normativa básica posterior. Se hace una remisión a esa normativa estatal en los aspectos por ella regulados.

La Ley 6/2017 introduce, además, otros instrumentos de intervención como la licencia ambiental o la declaración responsable de apertura. La principal novedad es la supresión con carácter general de la licencia de apertura, que garantizaba la adecuación final de aquellas instalaciones con menor incidencia ambiental con los condicionantes ambientales aplicables a cada caso. En

su lugar, para este tipo de actividades, será necesaria una única declaración responsable de apertura en vez de las anteriores licencias ambiental y de apertura.

Con ello se pretende una mayor simplificación administrativa para fomentar una economía sostenible que conjugue la protección ambiental con el desarrollo económico, mientras que se aplican los principios recogidos en normas como la Directiva de servicios o la Ley de garantía de unidad de mercado. Este objetivo no puede conllevar una limitación de las facultades de control y las potestades de intervención de la Administración, como declara expresamente la ley autonómica. Así, se regula especialmente el régimen sancionador en materia de licencias ambientales y declaraciones responsables de apertura cuya competencia está atribuida a los Ayuntamientos.

La norma sigue aplicando los principios de acción preventiva, cautela, participación pública y responsabilidad frente a los daños causados que rigen en el ámbito medioambiental. El Gobierno autonómico aprueba este Plan Integrado para dar cumplimiento a lo dispuesto por la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, 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.

## 2 · JURISPRUDENCIA

**La política de precios del servicio de distribución de agua se determina por cada Estado miembro, pudiéndose determinar una parte variable y una fija en el precio del servicio**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta), de 7 de diciembre de 2016 (as. C-686/15)*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Municipal de Velika Gorica (Croacia), surgida en el procedimiento promovido por un particular contra la empresa proveedora de los servicios municipales de distribución de agua en varias ciudades de Croacia. El particular discute el precio de los servicios facturado al consumidor, que incluye una parte variable calculada en función del volumen de agua consumido y una parte fija que no está ligada a este volumen, impugnando la parte fija del precio facturada por dichos servicios.

El órgano jurisdiccional croata considera que el consumidor solo debe pagar por la parte variable de su factura, es decir, por el consumo de agua efectivamente registrado en su contador. Entiende el órgano jurisdiccional que la legislación nacional aplicable «no se ha armonizado» con la Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, en lo que respecta a la determinación del precio y la forma de pago de esta.

El TJUE resuelve dicha cuestión expresando que la mencionada Directiva 2000/60/CE no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que dispone que el precio de los servicios por el agua facturado al consumidor incluya una parte variable, calculada en función del volumen de agua realmente consumido por el interesado, y una parte fija, correspondiente a las cargas de conexión de los inmuebles a las redes de aprovisionamiento, costes de mantenimiento, etcétera. Y ello porque, recuerda el TJUE, la Directiva 2000/60/CE es una directiva marco que establece unos principios comunes y un marco global de acción para la protección de las aguas, que deberán ser desarrollados posteriormente por los Estados miembros, y pretender con ello una armonización total de su normativa en dicho ámbito.

Entre esos principios comunes se encuentra el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los medioambientales y los relativos a los recursos asociados a los daños o efectos adversos sobre el medio acuático. En la medida en que los Estados lo respeten, son libres para elegir, entre diferentes formas de tarificar, las mejor adaptadas a su situación, pudiendo optar por una política de precios del agua que incluya una parte variable y una parte fija orientada esta última, precisamente, al objetivo de recuperación de costes.

**Nulidad de Plan General de Ordenación Municipal**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de febrero de 2017*

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por un particular frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el particular contra la Orden de la Consejería de Medioambiente, de 7 de diciembre de 2012, por la que se aprobaba definitivamente el Plan General de Ordenación Municipal del municipio de Verín (Galicia) (el «Plan»).

Considera la Sala que, aunque se emitió el correspondiente informe favorable, de carácter preceptivo y vinculante, de la Confederación Hidrográfica del Duero, el informe no especificaba que existiera una disponibilidad jurídica bajo la modalidad de concesión administrativa sobre los recursos hídricos, aunque hubiese suficiencia o disponibilidad material del bien.

A estos efectos, la Sala considera que:

- (i) el concepto de suficiencia hídrica está referido a la existencia de recursos hídricos bastantes para abastecer nuevas demandas;
- (ii) el concepto de disponibilidad hídrica se concreta en la posibilidad de aplicar los recursos hídricos existentes (suficientes) a la actuación urbanística en cuestión a través del correspondiente título administrativo concesional;
- (iii) los conceptos de suficiencia y disponibilidad deben darse al momento de aprobación del Plan como requisito previo de validez.

De este modo, el Tribunal Supremo declara nulo el Plan al no haber concretado el informe de la Confederación Hidrográfica del Duero si había o no disponibilidad jurídica de los recursos hídricos bajo la modalidad de concesión administrativa.

**Inadmisión de gestión de determinados residuos mediante sistema colectivo de responsabilidad ampliada**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de septiembre de 2016*

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana desestima el recurso interpuesto por una fundación frente a la desestimación del recurso de alzada dirigido contra la resolución de la Dirección General de Calidad Ambiental, por la que se inadmite la solicitud de la fundación para la gestión de residuos de aceites y grasas de origen vegetal y animal.

La fundación proponía la recogida y reciclaje de los residuos de aceites y grasas vegetales y animales usados en España mediante la forma de Sistema Integrado de Gestión (SIG) en relación con la normativa reguladora de la responsabilidad ampliada del productor de productos que con el tiempo se convierten en residuos.

La Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados delimita el ámbito de la responsabilidad ampliada del productor de productos que con el tiempo se convierten en residuos. Estos productores podrán dar cumplimiento a las obligaciones que se establezcan en el marco de la responsabilidad ampliada del productor de forma individual o de forma colectiva, en los términos que se regulen específicamente para cada flujo de residuos mediante desarrollo reglamentario.

La Sala considera que la denegación de la solicitud de la demandante para la autorización de gestión de residuos por el sistema colectivo es ajustada a Derecho dado que no existe en la actualidad, para el caso de los aceites y grasas de origen vegetal y animal, regulación del principio de la responsabilidad ampliada del productor del producto.

**Aplicación de la normativa genérica sobre residuos ante la presencia de carbonato cálcico en emplazamiento**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de marzo de 2017*

El Tribunal resuelve y desestima el recurso contencioso-administrativo presentado por una empresa titular de una explotación minera contra determinadas resoluciones administrativas que obligan a la recurrente a aplicar al suelo de la cantera las disposiciones relativas a la gestión de residuos, en lugar de las relativas a los suelos contaminados.



Las resoluciones administrativas obligan, en particular, a retirar ciertos vertidos de hidrocarburos, carbonato cálcico y cualesquiera otros residuos presentes (plásticos, escorias, escombros, etc.) y realizar una nueva caracterización del suelo, incluyendo un estudio de valoración de riesgos con los valores de concentración de contaminantes relevantes.

La controversia versa principalmente sobre si el carbonato cálcico se considera un residuo y si le es aplicable, en consecuencia, la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (en cuyo caso debería ser retirado y tratado por un gestor autorizado), o si debe ser considerado un residuo minero, en cuyo caso le sería aplicable la legislación sectorial de minas y podría ser mantenido para su uso en el oportuno tratamiento en la restauración del suelo.

El Tribunal considera que nos encontramos no ante un suelo contaminado, sino ante unos residuos en un suelo que deben ser retirados conforme a la citada Ley 22/2011. Será una vez se hayan retirado dichos residuos cuando, a través de los oportunos estudios de valoración de riesgos, se podrá determinar si debe declararse el suelo afectado como contaminado.

Finalmente, el Tribunal desestima la alegación de la vulneración del principio de irretroactividad de las normas, por aplicar la Ley 22/2011 a unos residuos generados antes de su entrada en vigor. El Tribunal entiende que el momento que ha de tenerse en cuenta para la aplicación de la norma no es cuando el residuo se genera, sino cuando debe ser gestionado.

## MERCANTIL\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

— *Directiva Delegada (UE) 2017/593 de la Comisión de 7 de abril de 2016 que complementa la Directiva 2014/65/UE, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE, en lo que respecta a la salvaguarda de los instrumentos financieros y los fondos pertenecientes a los clientes, las obligaciones en materia de gobernanza de productos y las normas aplicables a la entrega o percepción de honorarios, comisiones u otros beneficios monetarios o no monetarios (DOUE de 31 de marzo de 2017)*

— *Reglamento Delegado (UE) 2017/208 de la Comisión de 31 de octubre de 2016 que tiene por objeto completar el Reglamento 575/2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión en lo relativo a las normas técnicas de regulación para las salidas adicionales de liquidez correspondientes a necesidades de garantías reales como consecuencia de los efectos de condiciones adversas del mercado en las operaciones con derivados de una entidad (DOUE de 8 de febrero de 2017)*

— *Reglamento (UE) 2017/353 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de febrero de 2017 que tiene por objeto actualizar la relación de designaciones que, en derecho nacional de los Estados miembros, se dan a los procedimientos de insolvencia y administradores concursales a los que se aplica el Reglamento 2015/848 sobre Procedimientos de Insolvencia (DOUE de 3 de marzo de 2017)*

\* Esta sección ha sido elaborada por Javier Tortuero, Clara Muñoz, Leonor de Osma, César Albiñana, Inês Caria Pinto Basto, Manuel Barbosa, Maria Vieira, Gabriel Freire, Joana Mota y Joana Torres, del Grupo de Práctica de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Nueva York, Madrid y Lisboa).

— *Reglamento Delegado (UE) 2017/390 de la Comisión de 11 de noviembre de 2016 que tiene por objeto completar el Reglamento 909/2014 en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a determinados requisitos prudenciales aplicables a los depositarios centrales de valores y a las entidades de crédito designadas que ofrecen servicios auxiliares de tipo bancario (DOUE de 10 de marzo de 2017)*

— *Reglamento Delegado (UE) 2017/391 de la Comisión de 11 de noviembre de 2016 que tiene por objeto completar el Reglamento 909/2014 en lo que respecta a las normas técnicas de regulación por las que se especifica con mayor precisión el contenido de la información que debe comunicarse sobre las liquidaciones internalizadas (DOUE de 10 de marzo de 2017)*

— *Reglamento Delegado (UE) 2017/392 de la Comisión de 11 de noviembre de 2016 que tiene por objeto completar el Reglamento 909/2014 en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a los requisitos operativos, de autorización y de supervisión aplicables a los depositarios centrales de valores (DOUE de 10 de marzo de 2017)*

— *Reglamento de ejecución (UE) 2017/393 de la Comisión de 11 de noviembre de 2016 que tiene por objeto establecer las normas técnicas de ejecución en lo que respecta a las plantillas y los procedimientos para la notificación y transmisión de información sobre las liquidaciones internalizadas de conformidad con el Reglamento 909/2014 sobre la mejora de la liquidación de valores en la Unión Europea y los depositarios centrales de valores y por el que se modifican las Directivas 98/26/CE y 2014/65/UE y el Reglamento 236/2012 (DOUE de 10 de marzo de 2017)*

— *Reglamento de ejecución (UE) 2017/394 de la Comisión de 11 de noviembre de 2016 por la que se establecen normas técnicas de ejecución con respecto a los modelos de formularios, plantillas y procedimientos para la autorización, revisión y evaluación de los depositarios centrales de valores, la cooperación entre las autoridades del Estado miembro de origen y del Estado miembro de acogida, la consulta de las autoridades que intervienen en la autorización para prestar servicios auxiliares de tipo bancario y el acceso de los depositarios centrales de valores, así como con respecto al formato de los registros que deben conservar los depositarios centrales de valores de conformidad con el Reglamento 909/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 10 de marzo de 2017)*

— *Reglamento de ejecución (UE) 2017/461 de 16 de marzo de 2017 que tiene por objeto establecer las normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los formularios, plantillas y procedimientos comunes para el proceso de consulta entre las autoridades competentes pertinentes en relación con las adquisiciones propuestas de participaciones cualificadas en entidades de crédito, de conformidad con el artículo 24 de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 17 de marzo de 2017)*

— *Reglamento Delegado (UE) 2017/566 de la Comisión de 18 de mayo de 2016 que tiene por objeto completar la Directiva 2014/65/UE, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre la proporción entre órdenes no ejecutadas y operaciones para prevenir anomalías en las condiciones de negociación (DOUE de 31 de marzo de 2017)*

— *Reglamento Delegado (UE) 2017/567 de 18 de mayo de 2016 que tiene por objeto completar el Reglamento 600/2014 en lo que respecta a las definiciones, la transparencia, la comprensión de carteras y las medidas de supervisión en lo que atañe a la intervención en materia de productos y las posiciones (DOUE de 31 de marzo de 2017)*

— *Reglamento Delegado (UE) 2017/568 de la Comisión de 24 de mayo de 2016 que tiene por objeto completar la Directiva 2014/65/UE, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a la admisión de instrumentos financieros a negociación en mercados regulados (DOUE de 31 de marzo de 2017)*

— *Reglamento Delegado (UE) 2017/569 de la Comisión de 24 de mayo de 2016 que completa la Directiva 2014/65/UE, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a la suspensión y exclusión de la negociación de instrumentos financieros (DOUE de 31 de marzo de 2017)*

— *Reglamento Delegado (UE) 2017/576 de la Comisión de 8 de junio de 2016 que establece normas sobre el contenido y el formato de la información que deberán publicar las empresas de inversión sobre una base anual en relación con órdenes de clientes ejecutadas en centros de negociación, o ante los internalizadores sistemáticos, los creadores de mercado u otros proveedores de liquidez o entidades que ejerzan en un tercer país una función similar a la realizada por cualquiera de los agentes mencionados (DOUE de 31 de marzo de 2017)*

— *Reglamento Delegado (UE) 2017/577 de la Comisión de 13 de junio de 2016 que establece los detalles de las solicitudes de información que deben enviar las autoridades competentes y los detalles de la respuesta que deben remitir los centros de negociación, los agentes de publicación autorizados (APA) y los proveedores de información consolidada (PIC) a dichas solicitudes, a efectos de calcular y ajustar los regímenes de transparencia pre-negociación y post-negociación y de obligación de negociación (DOUE de 31 de marzo de 2017)*

— *Reglamento Delegado (UE) 2017/583 de la Comisión de 14 de julio de 2016 que completa el Reglamento 600/2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros y por el que se modifica el Reglamento 648/2012, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre los requisitos de transparencia aplicables a los centros de negociación y las empresas de servicios de inversión con relación a los bonos, los productos de financiación estructurada, los derechos de emisión y los derivados (DOUE de 31 de marzo de 2017)*

— *Reglamento Delegado (UE) 2017/586 de la Comisión de 14 de julio de 2016 que completa la Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE, en relación con las normas técnicas de regulación para el intercambio de información entre las autoridades competentes cuando cooperen en las actividades de supervisión, las verificaciones in situ y las investigaciones (DOUE de 31 de marzo de 2017)*

— *Reglamento Delegado (UE) 2017/587 de la Comisión de 14 de julio de 2016 que completa el Reglamento 600/2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a los requisitos de transparencia aplicables a los centros de negociación y las empresas de servicios de inversión respecto de las acciones, los recibos de depositario, los fondos cotizados, los certificados y otros instrumentos financieros similares y a las obligaciones de realización de las operaciones respecto de ciertas acciones en un centro de negociación o por un internalizador sistemático (DOUE de 31 de marzo de 2017)*

## [España]

### Bancario

— *Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE de 18 de marzo de 2017).*

Tiene por objeto la adopción de tres tipos de medidas: en primer lugar, ampliar el ámbito de aplicación de las medidas de protección de los deudores hipotecarios en situación de especial vulnerabilidad, lo que supone tanto modificar el ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas como el de aquellas personas que se pueden beneficiar de la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas. En segundo lugar, se amplía en tres años adicionales, desde la entrada en vigor de esta norma, la aplicación de la suspensión de lanzamiento. Finalmente, se establecen mecanismos de alquiler en favor de los deudores ejecutados sobre los inmuebles cuyo lanzamiento sea objeto de suspensión. Modifica el artículo 3.1.b) y los apartados 4 y 5 del anexo «Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual» del Real Decreto-ley 6/2012, de Medidas Urgentes de Protec-

ción de Deudores Hipotecarios sin Recursos y los apartados 1 y 2 del artículo 1 de la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

#### Seguros

— *Circular 1/2017, de 22 de febrero, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se fija el contenido del informe especial de revisión sobre la situación financiera y de solvencia, individual y de grupos, y el responsable de su elaboración (BOE de 6 de marzo de 2017)*

Establece los elementos esenciales de la situación financiera y de solvencia que tienen que ser sometidos a revisión, como son el balance, los fondos propios y los requisitos de capital, así como el responsable de su elaboración que tienen que presentar las entidades aseguradoras y reaseguradoras y los grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras.

#### Otras materias

— *Real Decreto 195/2017, de 3 de marzo, por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles (BOE de 4 de marzo de 2017)*

Acomoda la plantilla registral a la realidad actual, reordenando territorialmente los registros existentes, creando otros nuevos y, en su caso, agrupando los que se consideran inviables. Modifica el artículo 2.º del Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947.

#### Cataluña

— *Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto (DOGC de 22 de febrero de 2017)*

Establece la estructura del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, regula los contratos de compraventa, de mandato y de permuta, y la modificación e incorporación de los contratos regulados por leyes especiales.

— *Ley 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público y de creación y regulación de los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales, sobre estancias en establecimientos turísticos, sobre elementos radiotóxicos, sobre bebidas azucaradas envasadas y sobre emisiones de dióxido de carbono (DOGC de 30 de marzo de 2017)*

#### Canarias

— *Decreto 121/2017, de 13 de marzo, por el que se crea y regula el funcionamiento del Consejo de Apoyo al Emprendimiento, al Trabajo Autónomo y a las Pymes Canarias (BOC de 21 de marzo de 2017)*

Desarrolla lo previsto por la Ley 5/2014 de fomento y consolidación del emprendimiento, el trabajo autónomo y las pymes en la Comunidad Autónoma de Canarias estableciendo al Consejo, como un órgano colegiado que asiste a la comunidad autónoma en la elaboración de las políticas de emprendimiento y de apoyo a los trabajadores autónomos y a las pequeñas y medianas empresas radicadas en Canarias.

#### Murcia

— *Ley 2/2017, de 13 de febrero, de medidas urgentes para la reactivación de la actividad empresarial y del empleo a través de la liberalización y de la supresión de cargas burocráticas (BORM de 16 de febrero de 2017)*

#### La Rioja

— *Decreto 6/2017, de 17 de febrero, por el que se regula el registro de organizaciones de consumidores de La Rioja (BOR de 22 de febrero de 2017)*

Podrán inscribirse en dicho Registro las entidades y cooperativas que reúnan los requisitos necesarios para ser consideradas como tales conforme a lo dispuesto en la Ley reguladora de la defensa de los consumidores en la Comunidad Autónoma de La Rioja. Deroga el Decreto 44/1990, por el que se crea el Registro de Organizaciones de Consumidores de La Rioja.

**[Portugal]****Requisitos Prudenciais: Isenções aos Limites aos Grandes Riscos*****Aviso do Banco de Portugal n.º 2/2017 (DR 29, SÉRIE II, Parte E, de 9 de fevereiro de 2017)***

O Aviso do BdP n.º 2/2017, de 9 de fevereiro («Aviso 2/2017») veio alterar o Aviso do BdP n.º 9/2014, de 3 de novembro («Aviso 9/2014»), através do qual o BdP procedeu à regulamentação da concessão de isenções ao cumprimento dos limites em matéria de grandes riscos estabelecidos no Regulamento (UE) n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativo aos requisitos prudenciais para as instituições de crédito e para as empresas de investimento («Regulamento 575/2013»).

Ao abrigo do artigo 493.º, n.º 3, do Regulamento 575/2013, sobre disposições transitórias em matéria de grandes riscos, o BdP concedeu um conjunto de isenções, parciais e totais, ao cumprimento dos limites de exposição definidos no Regulamento 575/2013 sobre a detenção de ativos por instituições de crédito e empresas de investimento. Através do Aviso 2/2017, o BdP veio agora alterar as isenções parciais antes concedidas, modificando o cálculo dos limites de exposição em matéria de grandes riscos quanto à detenção de alguns instrumentos financeiros.

O Aviso 2/2017 entrou em vigor no dia 10 de fevereiro de 2017.

**Processos e Critérios quanto às Isenções à Obrigação de Divulgação de Informação*****Instrução n.º 1/2017 do Banco de Portugal (BO n.º 2, de 15 de fevereiro de 2017)***

A Instrução n.º 1/2017 do BdP, de 15 de fevereiro («Instrução 1/2017»), veio estabelecer os processos e os critérios que as instituições de crédito e as empresas de investimento devem seguir quanto à aplicação das noções de relevância, reserva e confidencialidade para efeitos das isenções à obrigação de divulgação de informação ao público, nos termos dos artigos 432.º e 433.º do Regulamento 575/2013.

Neste sentido, a Instrução 1/2017 veio regular o modo de aplicação daquelas noções através da previsão da obrigação de implementação de processos internos, aprovados pelos respetivos órgãos de administração, para a avaliação da informação a divulgar ao público através dos critérios definidos. A Instrução 1/2017 veio também regular a avaliação da necessidade de publicação daquela informação com uma periodicidade superior à anual, estabelecendo ainda a obrigatoriedade de prova de cumprimento das suas disposições por parte das entidades destinatárias.

A Instrução 1/2017 entrou em vigor no dia 16 de fevereiro de 2017.

**Prestação de Informação relativa ao Sistema de Governação*****Circular n.º 1/2017 da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, de 15 de fevereiro***

A Circular n.º 1/2017 da ASF, de 15 de fevereiro («Circular 1/2017»), veio esclarecer o modo de articulação entre as obrigações de reporte e divulgação pública de informação em matéria de sistema de governação das entidades supervisionadas pela ASF, de acordo com o Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora («RJASR»), o Regulamento Delegado (UE) n.º 2015/35 da Comissão, de 10 de outubro de 2014, o Regulamento de Execução (UE) n.º 2015/2450 da Comissão, de 2 de dezembro de 2015 e as normas regulamentares emitidas pela ASF.

Face à sobreposição existente entre as obrigações previstas nas normas regulamentares da ASF nesta matéria, veio a mesma definir, através da Circular 1/2017, quais as obrigações que se mantêm em vigor relativamente a cada uma daquelas normas regulamentares e quais as que se devem considerar revogadas.

**Sistema Interno de Avaliação de Crédito*****Instrução n.º 2/2017 do Banco de Portugal (BO n.º 3, de 15 de março de 2017)***

A Instrução n.º 2/2017 do BdP, de 15 de março («Instrução 2/2017»), veio regulamentar o Sistema Interno de Avaliação de Crédito («SIAC») do BdP, enquanto sistema de avaliação de crédito

elegível no âmbito das operações de crédito do Eurosistema. Este novo instrumento de notação de crédito, aprovado pelo Conselho do Banco Central Europeu, faz assim parte do quadro de avaliação de crédito do Eurosistema (*Eurosystem Credit Assessment Framework*).

A principal finalidade do SIAC consiste na atribuição de notações de crédito às sociedades não financeiras residentes em Portugal, para efeitos da avaliação da elegibilidade de ativos de garantia no âmbito das operações de crédito do Eurosistema. A qualidade creditícia das sociedades em questão será avaliada quando estas atuem como devedores, garantes ou emitentes dos ativos de garantia.

A Instrução 2/2017 entrou em vigor no dia 15 de março de 2017.

#### **Certificação de Documentação e Informação a prestar à Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões**

*Norma Regulamentar n.º 2/2017-R da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, de 24 de março (DR 70, SÉRIE II, Parte E, de 7 de abril de 2017)*

A Norma Regulamentar n.º 2/2017-R da ASF, de 24 de março («Norma Regulamentar 2/2017-R»), veio, no seguimento do disposto nos artigos 77.º, n.º 2, e 80.º, n.º 2, ambos do RJASR, regulamentar o âmbito da certificação a emitir pelo atuário responsável e pelo revisor oficial de contas.

Ao abrigo do RJASR, e nos termos previstos nas normas regulamentares emitidas pela ASF nesta matéria, as empresas de seguros e de resseguros, sujeitas à supervisão da ASF, devem elaborar um relatório sobre a respetiva solvência e situação financeira bem como prestar determinadas informações sobre a estrutura organizacional e governação da empresa e dos sistemas de gestão de riscos e de controlo interno. Tendo em conta estas obrigações, a Norma Regulamentar 2/2017-R veio definir quais os elementos do referido relatório e da informação a prestar à ASF que devem ser objeto de certificação e/ou parecer por parte do atuário responsável ou, por outro lado, do revisor oficial de contas.

A Norma Regulamentar 2/2017-R procedeu ainda à revogação das Normas Regulamentares n.º 6/2002-R, de 11 de março e n.º 22/2002-R, de 29 de novembro, e à revogação parcial da Norma Regulamentar n.º 10/2006-R, de 24 de outubro, todas da ASF.

A Norma Regulamentar 2/2017-R entrou em vigor no dia 8 de abril de 2017.

#### **Reporte de Informação ao Banco de Portugal para Fins Estatísticos**

*Instrução n.º 7/2017 do Banco de Portugal (BO n.º 4, de 17 de abril de 2017)*

A Instrução n.º 7/2017 do BdP, de 17 de abril («Instrução 7/2017»), veio regulamentar o reporte de informação estatística ao BdP para compilação das estatísticas bancárias internacionais em base consolidada, nomeadamente com vista à satisfação das necessidades de informação para o reporte ao Banco de Pagamentos Internacionais.

A Instrução 7/2017 destina-se às entidades cuja principal atividade consiste na aceitação de depósitos ou equiparados e na concessão de empréstimos e/ou negociação de títulos por conta própria, aplicando-se por isso aos bancos, às caixas de crédito agrícola mútuo, às caixas económicas e também às sucursais de bancos não residentes.

Esta informação deve ser enviada trimestralmente ao BdP por transmissão eletrónica através do Sistema BPnet, devendo o primeiro reporte de informação, referente ao quarto trimestre de 2016 e ao primeiro trimestre de 2017, ser efetuado até ao final do presente mês de maio.

A Instrução 7/2017 entrou em vigor no dia 17 de abril de 2017.

#### **Pagamentos Devidos à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários**

*Regulamento da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários n.º 4/2016, de 3 de janeiro de 2017 (DR 194, 2.ª SÉRIE – N.º 2, de 3 de janeiro de 2017)*

O Regulamento da CMVM n.º 4/2016 («Regulamento n.º 4/2016»), de 3 de janeiro de 2017, veio alterar e revogar determinadas disposições do Regulamento da CMVM n.º 7/2003, referente à obrigação de pagamento de taxas, tarifas e outros montantes devidos à CMVM. Através do Regulamento n.º 4/2016, a CMVM promoveu, entre outras, alterações quanto (i) ao momento da constituição das obrigações de pagamento das taxas, tarifas e outros montantes devidos em

relação às diferentes obrigações em causa, e (ii) à data para efetuar os pagamentos devidos, em função da sua periodicidade.

**Valores Mobiliários – Emissão e Conversão** *Lei n.º 15/2017, de 3 de maio (DR 85, SÉRIE I, de 3 de maio de 2017)*

A Lei n.º 15/2017, de 3 de maio («Lei»), determinou a proibição de emissão de valores mobiliários ao portador e criou um regime transitório destinado à sua conversão em valores mobiliários nominativos, inserindo-se no quadro das medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo.

Esta medida abrange não só as ações representativas do capital social de sociedades anónimas ou em comandita por ações, mas também todos os restantes valores mobiliários, incluindo obrigações, warrants, etc., cuja forma de representação seja regida pela lei portuguesa.

Os valores mobiliários ao portador existentes à data da entrada em vigor da Lei terão de ser convertidos em valores mobiliários nominativos no prazo de seis meses contados a partir daquela data. As regras aplicáveis ao procedimento de conversão não se encontram previstas na Lei, cabendo ao Governo, no prazo de 120 dias, proceder à regulamentação do procedimento de conversão a adotar.

No caso de não conversão dos valores mobiliários ao portador no referido prazo de seis meses, a Lei prevê (i) a proibição de transmissão desses valores mobiliários e (ii) a suspensão do direito de participar em distribuições de resultados associado aos mesmos.

**Valores Mobiliários – Supervisão de Auditoria** *Regulamento da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários n.º 2/2017, de 30 de março (DR 64, SÉRIE I, de 30 de março de 2017)*

O Regulamento da CMVM n.º 2/2017 («Regulamento») procedeu à primeira alteração do Regulamento da CMVM n.º 4/2015, de 26 de janeiro, que concretiza o Regime Jurídico da Supervisão de Auditoria, aprovado pela Lei n.º 148/2015, de 9 de setembro.

Das alterações introduzidas pelo presente Regulamento destaca-se o alargamento do âmbito das informações a prestar à CMVM pelos auditores registados junto da CMVM, e a introdução de regras que visam a operacionalização das comunicações através da *extranet*, sendo alterados os formulários anexos ao Regulamento da CMVM n.º 4/2015.

**Medicamentos e dispositivos médicos – Publicidade e promoção** *Decreto-Lei n.º 5/2017, de 6 de janeiro (DR 5 série I de 2017-01-06)*

Foi publicado, no passado dia 6 de janeiro, o Decreto-Lei que aprova os princípios gerais da publicidade a medicamentos e dispositivos médicos, e que estabelece regras relativas às ações científicas a realizar em estabelecimentos, serviços e organismos do Serviço Nacional de Saúde, procedendo ainda à décima alteração ao Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, conforme alterado, que aprova o Estatuto do Medicamento, e à terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de junho, conforme alterado, que aprova o regime legal dos dispositivos médicos (o «Decreto-Lei»).

Este Decreto-Lei vem introduzir alterações significativas no relacionamento das empresas da indústria farmacêutica com os estabelecimentos e serviços do Serviço Nacional de Saúde («SNS»). Em particular, o seu artigo 9.º vem proibir que aqueles estabelecimentos promovam a angariação ou a receção (direta ou indireta) de benefícios pecuniários ou em espécie por parte das empresas fornecedoras de bens e serviços nas áreas dos medicamentos, dispositivos médicos e outras tecnologias da saúde, de equipamentos e serviços que possam afetar a sua isenção e imparcialidade. Só os benefícios cuja receção comprovadamente não comprometa a isenção e imparcialidade serão admissíveis, mediante autorização do membro do Governo responsável pela área da saúde. Por outro lado, o diploma passa a proibir a realização, em estabelecimentos/serviços do SNS e do Ministério da Saúde («MS»), de ações científicas «ou outras» que tenham carácter promocional ou que sejam patrocinadas pelas empresas da indústria farmacêutica. Fora desta proibição fica apenas o regime da atividade de visitas e

acesso dos delegados de informação médica e de outros representantes das empresas da indústria farmacêutica.

Finalmente, são alteradas as disposições constantes do Estatuto do Medicamento e do regime legal dos dispositivos médicos no sentido da aproximação das suas normas regulamentadoras em matéria de publicidade, eliminando-se o duplo registo de benefícios no portal da transparência do Infarmed, sendo o mesmo substituído pela validação do registo do patrocínio concedido pelos respetivos beneficiários, ficando assim o procedimento mais simplificado.

O Decreto-Lei entrou em vigor no passado dia 5 de fevereiro.

**Ações científicas a realizar em estabelecimentos, serviços e organismos do Serviço Nacional de Saúde**

*Circular informativa do Infarmed 011/CD/100.20.200, de 30 de janeiro*

No seguimento da publicação do Decreto-Lei n.º 5/2017, de 6 de janeiro, o Infarmed emitiu, no passado dia 30 de janeiro, uma circular informativa com orientações sobre a proibição constante do n.º 3 do artigo 9.º daquele diploma legal que refere que as ações de natureza científica a realizar em estabelecimentos, serviços e organismos do SNS e do MS, não podem possuir caráter promocional nem ser patrocinadas por empresas produtoras, distribuidoras ou vendedoras de medicamentos ou dispositivos médicos. Neste contexto, considera o Infarmed que se encontram fora desta proibição os seguintes casos: (i) eventos científicos dos estabelecimentos, serviços e organismos do SNS e do MS a realizar fora das respetivas instalações e que sejam patrocinadas por empresas produtoras, distribuidoras ou vendedoras de medicamentos ou dispositivos médicos, caso em que ficam a depender de autorização do membro do Governo responsável pela área da saúde; (ii) eventos científicos realizados nos estabelecimentos, serviços e organismos do SNS e MS que sejam organizados ou patrocinados por outras entidades que não as previstas no n.º 3 do artigo 9.º designadamente sociedades científicas e associações profissionais ou afins; e (iii) ações e visitas abrangidas pelo regime de acesso dos delegados de informação médica e dos representantes comerciais de dispositivos médicos, bem como, de outros representantes de empresas de medicamentos e dispositivos médicos aos estabelecimentos e serviços do SNS, onde se incluem as sessões de informação coletivas. De ressaltar, por último, que nos casos em que exista autorização para a realização das referidas ações, as mesmas devem ainda ser declaradas no portal da transparência do Infarmed para cumprir com as obrigações de transparência a que as empresas do setor farmacêutico se encontram vinculadas.

**Serviços de Pagamento no Mercado Interno – Dever de Informação em Suporte Duradouro ao Utilizador de Serviços**

*Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 25 de janeiro de 2017 no assunto BAWAG PSK contra a Associação para a Informação dos Consumidores (Processo C-375/15)*

O acórdão em apreço foi proferido no âmbito de um litígio que opôs, nos tribunais austríacos, o BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG («Banco») à Associação para a Informação dos Consumidores (a «Associação») a propósito de uma cláusula constante dos contratos que o Banco celebra com os seus clientes nos termos da qual «os avisos e informações, designadamente informação relativa à conta, extratos de conta e de cartões de crédito, comunicações de alterações, etc.) que o Banco deva transmitir ou disponibilizar ao cliente subscritor do serviço de banca eletrónica serão por este recebidos por via postal ou eletrónica, mediante disponibilização ou transmissão por via eletrónica através do sistema e-banking do Banco».

Em sede de recurso no Supremo Tribunal Austríaco, este tribunal decidiu suspender a instância e submeter ao TJUE a questão de saber se o artigo 41.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 36.º, n.º 1 da Diretiva 2007/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de novembro de 2007, relativa aos serviços de pagamento no mercado interno (a «Diretiva»), deve ser interpretado no sentido de que uma informação (sob a forma eletrónica) enviada pelo Banco para a caixa de correio eletrónico do cliente no sítio da Internet de banca em linha e-banking consubstancia uma comunicação em suporte duradouro dessa mesma informação. O Supremo Tribunal Austríaco também questionou o TJUE se, em caso de resposta negativa à primeira pergunta, não se deve considerar que a interpretação conjunta dos artigos acima referidos leva à conclusão de que (i) o banco disponibiliza a informação num suporte duradouro, mas não a comunica ao



cliente, ou (ii) apenas está em causa a colocação à disposição da informação sem se utilizar um suporte duradouro.

O TJUE entendeu que a resposta para as questões colocadas passa pela análise dos dois requisitos estabelecidos pelo n.º 1 do artigo 41.º da Diretiva, designadamente a interpretação do conceito de «suporte duradouro» e a determinação dos casos em que as alterações das informações e das condições dos contratos são fornecidas aos utilizadores dos serviços de pagamento. Quanto ao primeiro requisito, o TJUE considera que em certos casos, os sítios da Internet podem ser qualificados como «suporte duradouro», desde que seja permitido ao utilizador dos serviços de pagamento (i.e. o cliente) armazenar as informações que lhe são pessoalmente dirigidas, para que as mesmas possam ser posteriormente consultadas durante um período de tempo adequado aos fins a que se destinam e que seja permitida a sua reprodução exata. Para além disso, para que um sítio da Internet possa ser considerado um «suporte duradouro» é ainda necessário que não seja possível a alteração unilateral do conteúdo da informação por parte do prestador de serviços de pagamento.

Quanto à determinação dos casos em que as alterações das informações e das condições dos contratos são fornecidas aos utilizadores dos serviços de pagamento, o TJUE considera que este requisito se encontra preenchido quando a transmissão da informação aos utilizadores for acompanhada de um comportamento ativo do prestador de serviços de pagamento no sentido de dar a conhecer ao utilizador a existência e a disponibilidade dessas informações no referido sítio. Contudo, é importante frisar que o endereço escolhido não pode ser o mesmo que o dedicado ao referido utilizador no sítio Internet de banca em linha gerido pelo Banco, na medida em que, mesmo que contenha uma caixa de correio eletrónico, o referido sítio não é usado por esse utilizador para a sua comunicação habitual com pessoas diferentes do prestador.

Em conclusão, considerou o TJUE que as informações e alterações aos contratos com clientes só podem ser consideradas como tendo sido comunicadas e fornecidas em suporte duradouro pelo Banco através de uma conta eletrónica acessível através de um sítio da Internet se, cumulativamente: (i) o sítio da Internet permitir que as informações sejam armazenadas durante um período adequado para que possam ser reproduzidas de forma exata sem que exista a possibilidade de serem alteradas pelo prestador de serviços; e (ii) a transmissão das informações for acompanhada de um comportamento ativo do prestador de serviços de pagamento para que o utilizador tome conhecimento da existência e da disponibilidade dessas informações no sítio Internet em causa.

**Dados pessoais -  
Limitação de acesso  
aos dados pessoais  
constantes de registos  
públicos de  
sociedades**

*Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 9 de março de 2017 no assunto Camera di Commercio, di Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce contra Salvatore Manni (Processo C-398/15)*

O acórdão em apreço foi proferido no âmbito de um litígio que opôs, nos tribunais italianos, a Camera di Commercio, di Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce a Salvatore Manni. Em causa estava a recusa da primeira em cancelar do registo das sociedades o facto deste último ter sido o administrador único e liquidatário de uma sociedade cuja insolvência foi declarada em 1992, tendo esse facto alegadamente causado prejuízos no exercício da sua atual atividade profissional.

Em sede de recurso no Supremo Tribunal de Cassação Italiano, este tribunal decidiu suspender a instância e submeter ao TJUE a questão de saber se o artigo 3.º da Diretiva 68/151/CEE do Conselho, de 9 de março de 1968 («Diretiva 68/151») e a alínea e), do n.º 1.º do artigo 6.º da Diretiva 95/46/CE do Parlamento e do Conselho, de 24 de outubro de 1995 («Diretiva 95/46»), devem ser interpretados no sentido de que os Estados-Membros podem, ou devem, permitir às pessoas singulares solicitar às autoridades responsáveis pela manutenção dos registos das sociedades que limitem, decorrido um determinado prazo após a dissolução de uma sociedade e com base numa apreciação casuística, o acesso aos dados pessoais inscritos nesse registo.

Segundo o TJUE, a Diretiva 68/151 (entretanto revogada pela Diretiva 2009/101/CE do Parlamento e do Conselho, de 16 de setembro de 2009) tem como finalidade garantir a segurança jurídica

nas relações entre as sociedades e os terceiros. Nessa medida, a publicidade prevista no artigo 3.º, que diz respeito *inter alia* à identidade e às funções respetivas das pessoas com poderes para vincular perante terceiros as sociedades e para as representar em juízo, visa permitir a informação de todos os interessados, sem que estes tenham de justificar a existência de um direito ou de um interesse que necessite de proteção. Tendo em conta que essas informações são dados pessoais e, por essa razão, merecerem tutela ao abrigo da Diretiva 95/46, há que levar em linha de conta o que ali se prevê sobre prazos máximos de conservação e os direitos que assistem aos titulares dos dados de se oporem ao tratamento dos dados que lhes digam respeito. Neste contexto, o TJUE considera que há que fazer uma ponderação entre os interesses dos titulares dos dados e os interesses de terceiros em relação às sociedades anónimas e por quotas e de garantir a segurança jurídica, a lealdade das transações comerciais e o bom funcionamento do mercado interno, da segurança jurídica e da lealdade das transações, devendo estes últimos prevalecer como regra geral. No entanto, se existirem razões preponderantes e legítimas que o justifiquem e a legislação nacional de cada Estado-Membro não o proibir, pode admitir-se excepcionalmente a limitação do acesso por terceiros aos dados pessoais dos representantes legais das sociedades.

Em conclusão, considerou o TJUE que cabe aos Estados-Membros determinar se as pessoas singulares podem pedir à autoridade encarregada da manutenção do registo das sociedades que verifique, com base numa apreciação casuística, se se justifica excepcionalmente, por razões preponderantes e legítimas relativas à sua situação especial, limitar, findo um prazo suficientemente longo após a dissolução de uma sociedade, o acesso aos dados pessoais que lhes dizem respeito, inscritos no registo, a terceiros que demonstrem um interesse específico na consulta desses dados.

#### **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 dia 4 de abril de 2017, novas *Guidelines* sobre as Avaliações de Impacto sobre a Proteção de Dados. No dia seguinte, este mesmo grupo adotou ainda versões revistas de três *Guidelines*, publicadas inicialmente em 13 de dezembro de 2016, sobre o direito à portabilidade, a nomeação do encarregado de proteção de dados e a determinação da autoridade principal de controlo (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 proceder à 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 em caso de incumprimento do Regulamento, recaindo esse ónus sempre no responsável pelo tratamento ou no subcontratante. A versão revista vem acrescentar que o DPO, por razões de disponibilidade, deve estar situado na União Europeia, independentemente do responsável pelo tratamento ou o subcontratante estarem também estabelecido no território da União. Por outro lado, apesar do DPO se encontrar vinculado à obrigação de sigilo e confidencialidade no exercício das suas funções (especialmente relevante para as denúncias de trabalhadores), tal não o impede de consultar a autoridade de controlo, quando entenda apropriado. Finalmente, as *Guidelines* referem que o DPO deve ser responsável por todas as atividades de tratamento de dados pessoais levados a cabo pela empresa (e não apenas por um determinado tratamento).

##### (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 a receber os seus dados pessoais 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. Destaca-se da versão revista a matéria relacionada com os casos em que se verifica um conflito entre o direito à portabilidade do Regulamento e outras formas de acesso e portabilidade previstas em legislação sectorial, como sucede com os pedidos de acesso ao histórico das operações bancárias nos termos da Diretiva dos Serviços de Pagamento 2. As *Guidelines* clarificam que, desde que o pedido indique que o titular dos dados pretende exercer os seus direitos ao abrigo da legislação especial, o direito à portabilidade previsto no Regulamento não será aplicável. Apesar deste exemplo, deve sempre ser feita uma avaliação casuística, tendo em conta que a legislação especial nem sempre derrogará o direito à portabilidade criado pelo Regulamento.

(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. Deixa assim de ser necessário iniciar processos de notificação de tratamentos de dados perante todas as autoridades locais onde o responsável esteja estabelecido na União, como acontece atualmente.

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 UE. A versão revista inclui novas recomendações para a determinação da autoridade de controlo principal no caso de responsáveis conjuntos pelo tratamento e de entidades subcontratantes quando tratam dados por conta de responsáveis pelo tratamento estabelecidos em vários Estados-Membros.

(iv) *Guidelines* sobre Avaliações de Impacto sobre a Proteção de Dados

O objetivo destas *Guidelines* é o de clarificar os casos em que a realização de uma Avaliação de Impacto é obrigatória, indicando, para o efeito, alguns critérios a tomar em consideração para concluir que um determinado tratamento é suscetível de implicar um elevado risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares. As *Guidelines* contêm ainda algumas recomendações práticas relativas à forma de realização das Avaliações de Impacto, bem como um anexo específico de onde constam as informações necessárias para que estas cumpram com os requisitos do Regulamento. Estas *Guidelines* deverão ser, à semelhança das anteriores, objeto de uma versão final depois de 23 de maio de 2017.

*Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 9 de janeiro de 2017*

O presente acórdão pronuncia-se sobre a questão da admissibilidade de impugnação judicial direta das deliberações do conselho de administração de uma sociedade (isto é, sem apreciação prévia da deliberação pelo conselho de administração ou pela assembleia geral, nos termos previstos no artigo 412.º do Código das Sociedades Comerciais), questão esta controvertida na jurisprudência e doutrina portuguesas.

No caso em questão, acionistas de uma sociedade anónima (uma das rés) requereram, em particular, a anulação de uma deliberação do conselho de administração daquela ré na qual se decidira proceder ao aumento de capital social de uma sociedade por si detida.

Em sua defesa, as rés alegaram várias exceções (dilatórias e perentórias - em particular, que as deliberações do conselho de administração de uma sociedade anónima relativamente a matérias da sua exclusiva competência são insuscetíveis de impugnação judicial), tendo o tribunal de 1.ª instância acabado por declarar a absolvição da instância.

Quanto à questão principal em análise, a decisão do Tribunal da Relação de Coimbra foi no sentido de que, em regra e por princípio, as deliberações do conselho de administração de uma sociedade anónima são suscetíveis de impugnação judicial direta.

Para o efeito, o Tribunal invocou diversos argumentos, baseando-se em jurisprudência anterior, nomeadamente: (i) um argumento de constitucionalidade, com base na interpretação de que o artigo 412.º do Código das Sociedades Comerciais constitui um «*mecanismo de sindicância no seio dos órgãos sociais*», sem com isso excluir ou negar ao lesado a possibilidade de exercer o direito basilar e constitucionalmente previsto de acesso à justiça; (ii) um argumento de não ingerência na vida da sociedade e de utilidade, no sentido de que muitas vezes impor, em primeira linha, a sindicância interna da deliberação do conselho de administração redundará numa dupla perturbação da sociedade; e (iii) um argumento de utilidade, na medida em que tal imposição pode ser totalmente inútil, designadamente, se os administradores forem também acionistas controladores (ou se, como no caso concreto, os acionistas prejudicados detiverem apenas 50% do capital social e os réus os restantes 50%, equivalendo a impugnação indireta a uma «*perda de tempo e do uso de recursos processuais*»).

O Tribunal da Relação de Coimbra concluiu defendendo que a interpretação mais conforme do artigo 412.º do Código das Sociedades Comerciais será a de permitir aos acionistas optar pelo meio que tenham por mais adequado e eficaz para atalhar a vigência e a produção de efeitos da deliberação inválida do conselho de administração.

Assim, o Tribunal julgou procedente o recurso e, conseqüentemente, revogou o despacho recorrido, determinando a prossecução dos autos.

### Contrato de Suprimento - Modificação Contratual e Presunção de Onerosidade

#### *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de janeiro de 2017*

O acórdão em apreço vem dar resposta ao recurso de revista excecional submetido pela recorrente (e ré na ação principal) que teve por objeto «*saber se num contrato de suprimento que venha vencendo juros, a sociedade pode, nomeadamente em assembleia geral, revogar a atribuição destes*».

Em causa estava um contrato de suprimento celebrado entre o sócio minoritário (autor na ação principal) e a sociedade (ré na ação principal), no qual fora convencionado o pagamento de juros como contrapartida pelo empréstimo concedido.

Posteriormente, a assembleia geral da sociedade aprovou, com o voto contra do autor, o não vencimento de juros relativos ao contrato de suprimento em questão, pelo que o autor instaurou uma ação de anulação de deliberação social, requerendo que as deliberações em causa fossem declaradas nulas ou anuladas, ou, pelo menos, que uma das deliberações, no que diz respeito a esta questão, fosse considerada ineficaz em relação ao autor, pedido este julgado parcialmente procedente pelo tribunal de 1.ª instância e pelo Tribunal da Relação do Porto.

Em resposta à questão suscitada pela requerente, o Supremo Tribunal de Justiça confirmou não se poder verificar uma revogação unilateral, por parte da sociedade, da atribuição de juros emergentes de um contrato de suprimento quando no mesmo tenha sido convencionado o seu pagamento, por tal consubstanciar uma clara violação do artigo 406.º, n.º 1 do Código Civil, subsidiariamente aplicável por remissão do artigo 2.º do Código das Sociedades Comerciais.

Assim, o Supremo Tribunal de Justiça defendeu que o contrato de suprimento, por respeito às regras gerais de direito civil, apenas pode ser alvo de modificações por mútuo acordo entre as partes, isto é, com o consentimento do sócio e da sociedade partes no contrato.

Neste caso, o Supremo Tribunal de Justiça considerou, no entanto, que este requisito se encontrava preenchido, na medida em que ficou provado que o autor, numa das deliberações sociais mencionadas, concordara com a não contabilização dos juros a partir dos exercícios iniciados em 1 de janeiro de 2005.

Consequentemente, o Supremo Tribunal de Justiça concedeu a revista e revogou o acórdão recorrido e a sentença pelo mesmo confirmada, julgando totalmente improcedente a ação principal.

Por fim, o Supremo Tribunal de Justiça chamou à colação uma questão algo controvertida na doutrina, relativa à (in)existência de presunção de onerosidade nos contratos de suprimento caso não exista uma cláusula de juros no contrato, abordando duas perspetivas: (i) por um lado, aquela que defende a inexistência de uma presunção de onerosidade, com base no entendimento de que o contrato de suprimento é uma modalidade distinta do contrato de mútuo civil e mercantil, previsto nos artigos 1145.º, n.º 1 do Código Civil e 395.º do Código Comercial, respetivamente, e no facto de que os interesses em causa são distintos, uma vez que no contrato de suprimento existe um fim social que não se verifica no mútuo civil e mercantil («o sócio pode ser compensado através dos lucros distribuídos ou através da valorização da quota»), pelo que não se justifica aplicar, direta ou analogicamente, o regime de presunção de onerosidade previsto para estes contratos - entendimento perfilhado pelo Supremo Tribunal de Justiça; e, (ii) por outro lado, aquela que defende a existência de uma presunção de onerosidade, com fundamento em que a atribuição de juros no contrato de suprimento representa, como em qualquer outro empréstimo, uma compensação pela privação do capital mutuado.

#### **Taxas Supletivas de Juros Moratórios - 1.º Semestre de 2017**

*Aviso n.º 2583/2017 da Direção Geral do Tesouro e Finanças (DR 52, SÉRIE II, de 2017-03-14)*

De acordo com este Aviso, as taxas supletivas de juros moratórios a vigorar no 1.º semestre de 2017 são as seguintes:

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

#### **Cessão de Quotas - Coexistência do Regime Legal de Consentimento e de Direito de Preferência a favor da Sociedade**

*Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de fevereiro de 2017*

No presente acórdão o Supremo Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre uma cláusula estatutária de uma sociedade por quotas nos termos da qual as cessões de quotas a terceiros, por um lado, dependiam do consentimento da sociedade, estando, por outro lado, sujeitas ao direito de preferência da sociedade, em primeiro lugar, e dos sócios não cedentes, em segundo lugar.

No caso em análise ocorrera uma cessão de quotas a um estranho à sociedade sem o consentimento desta, que veio intentar uma ação contra cedentes e cessionários arrogando-se do referido direito de preferência.

O Tribunal começou por chamar à colação o regime estabelecido no n.º 2 do artigo 228.º do Código das Sociedades Comerciais, segundo o qual a cessão de quotas, quando não feita a cônjuges, ascendentes, descendentes ou outros sócios, é ineficaz perante a sociedade enquanto esta não consentir na mesma, regime que pode ser afastado pelos estatutos da sociedade (sendo que neste caso inexistia uma disposição estatutária nesse sentido), esclarecendo que este consentimento pode ser manifestado «em qualquer momento posterior, mas, enquanto o não for, a cessão engendrada sem o consentimento da sociedade mantém-se ineficaz em relação a esta».

De seguida, o Tribunal analisou o facto de se preverem, na mesma cláusula estatutária, a necessidade de consentimento da sociedade para a cessão e o direito de preferência da sociedade e dos demais sócios. A este propósito, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu (citando o Prof. Raúl Ventura) que, coexistindo «o regime legal de consentimento e a cláusula contratual de preferência, o primeiro tem de prevalecer sobre a segunda».

Nestes casos, entendeu o Supremo Tribunal de Justiça, se a sociedade recusar o consentimento para a cessão e essa recusa se mantiver, «não fica espaço algum para a cláusula de preferência ser aplicada; a quota ou é amortizada ou é adquirida», e isto porque a sociedade não tem, nessas circunstâncias, qualquer interesse em exercer esse direito, na medida em que já alcançou, por outra via (a recusa do consentimento), o resultado pretendido pelos sócios (impedir a entrada de um terceiro na sociedade).

No caso de o consentimento ser concedido ou a cessão se ter tornado livre, entendeu o Tribunal, a sociedade tão-pouco pode usar o direito de preferência contratualmente estipulado, uma vez que «tinha a possibilidade de, pelo processo legal de consentimento, amortizar ou adquirir a quota, e não o fez.».

#### Prestação de Garantias - Sociedades em Relação de Grupo

##### Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 9 de março de 2017

No caso em apreço estava em causa a arguição, por uma sociedade anónima, da invalidade de garantias reais por si constituídas a obrigações da sua acionista única, tendo o Tribunal da Relação de Évora sido chamado a pronunciar-se, concretamente, sobre (i) se cabia ao beneficiário dessas garantias (uma entidade bancária) invocar e provar a existência de justificado interesse próprio da sociedade garante na sua prestação e (ii) se apenas as sociedades dominantes podem garantir as obrigações das dominadas.

Em resposta à primeira questão, o Tribunal concluiu que caberia à sociedade autora, que invocara a nulidade das garantias, provar que prestara a garantia sem justificado interesse próprio, provando os requisitos para que tal nulidade pudesse ser declarada.

A segunda questão, por seu lado, tem relevância atendendo à discussão doutrinária sobre o disposto na parte final do n.º 3 do artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais. De facto, parte da doutrina entende que este preceito, ao validar a prestação de garantias por sociedades a obrigações de sociedades que com elas se encontrem «em relação de domínio ou de grupo», deve ser interpretado restritivamente, valendo apenas para as garantias *downstream* (ou seja, prestadas pelas sociedades totalmente dominantes e/ou dominantes a obrigações de sociedades totalmente dominadas e/ou dependentes).

A este respeito, a Relação de Évora começou por confirmar a validade das «garantias prestadas pelas sociedades integralmente dominantes ou directoras às integralmente dependentes, e vice-versa», adotando o entendimento de que estando em causa a prestação de uma garantia a obrigações de sociedade em relação de grupo por domínio total, e ainda que a sociedade garante seja a sociedade totalmente dominada, se presume *juris et de jure* (ou seja, de forma inilidível), a existência de um justificado interesse próprio na prestação da garantia.

#### Sociedades Anónimas - Exclusão de Acionista

##### Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9 de março de 2017

No presente acórdão o Tribunal da Relação de Lisboa foi chamado a pronunciar-se sobre a validade de uma deliberação da assembleia geral de uma sociedade anónima que aprovou a proposição de uma ação judicial de exclusão de um dos acionistas da sociedade.

No caso em apreço, um dos acionistas minoritários convocara uma assembleia geral com a finalidade de propor a referida ação judicial para exclusão da acionista maioritária, tendo a respetiva deliberação sido aprovada pelos acionistas minoritários e sem a participação da acionista maioritária, que foi impedida de votar pelo presidente da mesa da assembleia geral, com fundamento em conflito de interesses.

Na assembleia geral seguinte a acionista maioritária aprovou a substituição do presidente da mesa da assembleia geral e propôs e aprovou igualmente a revogação daquela primeira deliberação.

Posteriormente, os acionistas minoritários vieram impugnar judicialmente esta segunda deliberação, alegando, em particular, que a acionista maioritária estava impedida de votar na mesma, com base na alínea *b*) do n.º 6 do artigo 384.º do Código das Sociedades Comerciais, que impede o acionista de votar em deliberações sobre litígios que o oponham à sociedade.

Em segunda instância, a Relação de Lisboa veio dar razão à recorrida (a sociedade), em linha com a decisão do tribunal de primeira instância.

A decisão do Tribunal da Relação de Lisboa baseou-se no entendimento de que a figura da exclusão de sócio, seja deliberada pela assembleia ou judicial, não é possível nas sociedades anónimas, uma vez que o legislador não a previu e dada a natureza específica deste tipo societário, ao contrário do que sucede nas sociedades por quotas (além de que, no caso em análise, tão-pouco se previa a exclusão de acionistas nos estatutos da sociedade).

Ao rejeitar a exclusão de acionistas, o Tribunal concluiu ainda que não é possível existir conflito de interesses, nos termos do artigo 384.º do Código das Sociedades Comerciais, nesta situação, uma vez que tal deliberação de exclusão não é permitida pelo nosso ordenamento jurídico.

#### Substituição da Sociedade pelo Sócio após Liquidação - Ação Executiva

##### *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 6 de abril de 2017*

Em sede de ação executiva movida contra o sócio de uma sociedade dissolvida e liquidada e condenada em ação declarativa, esse mesmo sócio veio deduzir embargos à execução. Tendo sido dada razão ao executado em primeira instância, o autor, inconformado com essa decisão, interpôs recurso para a Relação do Porto.

O executado veio requerer a extinção da execução essencialmente com base nos seguintes argumentos: (i) a sociedade já havia sido dissolvida, e já havia sido registada a sua dissolução, quando foi proferida sentença na ação declarativa; (ii) nem o executado nem a própria sociedade condenada foram notificados dessa sentença; (iii) o executado não recebera quaisquer bens resultantes do ativo da sociedade na liquidação desta; (iv) a exequente não alegara quais os bens distribuídos ao executado no âmbito dessa liquidação.

O Tribunal da Relação do Porto deu razão ao executado, entendendo que cabe ao exequente, nos casos em que ocorre a extinção e liquidação de uma sociedade, demonstrar, de acordo com as regras gerais, que se encontram verificados os pressupostos do seu direito, neste caso, os previstos nos artigos 162.º e 163.º do Código das Sociedades Comerciais (que estabelecem que os sócios substituem a sociedade dissolvida nas ações ainda pendentes, sendo no entanto a sua responsabilidade limitada aos bens que recebam na liquidação da sociedade), e, especificamente, que não pode a execução de uma sentença que apenas condenou a sociedade iniciar-se contra o seu ex-sócio sem que se aleguem e provem os pressupostos da responsabilidade deste último, não bastando para o efeito alegar no requerimento de execução que o sócio recebeu ativos da sociedade por força da sua liquidação.

Em suma, a substituição de uma sociedade liquidada pelos seus antigos sócios não é automática nem ilimitada, sendo necessário demonstrar os seus pressupostos, seja no âmbito de processo declarativo, seja, acaba por admitir o Tribunal, de forma incidental no processo executivo, através, por exemplo, do incidente de habilitação-legitimidade previsto no artigo 54.º do Código de Processo Civil.

#### Deveres de Reporte dos Peritos Avaliadores de Imóveis

##### *Regulamento da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários n.º 1/2017 (DR 35 série II de 2017-02-17)*

Através do regulamento em análise, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários cumpriu com a obrigação de aprovar a regulamentação relativa aos deveres de reporte dos peritos avaliadores de imóveis, conforme prevista na Lei n.º 153/2015, de 14 de setembro, que aprovou o

regime jurídico aplicável ao acesso e ao exercício da atividade dos peritos avaliadores de imóveis que prestem serviços a entidades do sistema financeiro nacional.

Assim, os peritos avaliadores de imóveis encontram-se, agora, obrigados reportar à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, até 31 de março de cada ano, os seguintes elementos referentes à atividade desenvolvida no ano civil anterior: (i) número de avaliações de imóveis efetuadas; (ii) montante global dos imóveis avaliados; (iii) montante total de faturação dos serviços de avaliação de imóveis; (iv) percentagem do montante faturado referente a serviços de avaliação de imóveis em relação ao total de faturação dos serviços prestados; (v) percentagem do montante faturado referente a serviços de avaliação de imóveis à principal entidade contratante em relação ao montante total de faturação dos serviços de avaliação de imóveis; (vi) número de reclamações recebidas; (vii) indicação do tipo de imóveis avaliados; e (viii) indicação do tipo de entidades contratantes dos serviços de avaliação, dos distritos e regiões autónomas onde foram efetuadas avaliações.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [España]

#### Aumento de capital de una sociedad limitada

*Resolución de 3 de enero de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 25 de enero de 2017)*

Se deniega la inscripción de un aumento de capital de una sociedad limitada mediante aportación dineraria de un socio consistente en todos los bienes de ciertas sociedades que forman una sola unidad económica (sin que se determinen cuáles son dichos bienes). Mediante escritura de subsanación se añade un listado de los bienes aportados, en el que consta el nombre de 214 sociedades con su correspondiente NIF, y se expresa *«que son una unidad económica, ya que son partes de la empresa que puede ser objeto de explotación individualizada, forman una unidad homogénea y susceptible de aprovechamiento al margen del conjunto del resto de la empresa; por estar constituidas las sociedades objeto de aportación con la finalidad específica de la posterior transmisión a terceros de sus participaciones sociales»*. El registrador sostiene que la aportación no dineraria es indeterminada, pues las sociedades no pueden ser objeto del tráfico jurídico, toda vez que son sujetos de derecho, y la unidad económica que se pretende aportar no consta determinada.

En línea con lo previsto en el artículo 190.1 del Reglamento del Registro Mercantil, la DGRN entiende que la identificación de las aportaciones no dinerarias debe realizarse en relación con cada bien o derecho aportado, salvo que se trate de bienes de la misma clase o género que se aporten formando un todo. La pretendida aportación de la unidad económica de *«stock de sociedades preconstituidas con la finalidad específica de la posterior transmisión a terceros de sus participaciones sociales»* no es válida, habida cuenta de que las sociedades son sujetos de derecho. Cuestión distinta sería que se aportasen las participaciones de dichas sociedades o que se llevara a cabo una modificación estructural.

En consecuencia, la DGRN desestima el recurso y confirma la calificación impugnada.

#### Depósito de cuentas de una sociedad anónima

*Resolución de 17 de enero de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 7 de febrero de 2017)*

Se deniega la inscripción del depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2015 de una sociedad anónima al considerarse que el Registro con competencia y legitimado para realizar el depósito de cuentas ha de ser aquel en el que la sociedad figure inscrita. Las cuentas se calificaron negativamente el 21 de junio de 2016 y, con fecha 24 de agosto del mismo año, se expidió certificación de traslado de domicilio social, extendiéndose, de este modo, la diligencia de cierre registral de seis meses conforme al artículo 19.3 del Reglamento del Registro Mercantil. Durante este



periodo, se presentaron de nuevo las cuentas el 19 de septiembre de 2016, sin hacerse uso de la vía de la subsanación. Finalmente el 30 del mismo mes se inscribió la sociedad en el Registro de destino.

La DGRN sostiene que el principio de legitimación registral contemplado en los artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil resulta de aplicación en este caso, toda vez que la sociedad ha quedado inscrita en el Registro de destino, no en el Registro de origen que fue donde se presentaron las cuentas el 19 de septiembre de 2016.

Por todo ello, se desestima el recurso y se confirma la calificación impugnada.

#### **Depósito de cuentas anuales de una sociedad limitada**

*Resolución de 19 de enero de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 7 de febrero de 2017)*

Se califica negativamente el depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2015 de una sociedad limitada debido a que su aprobación se realizó con una mayoría de dos tercios, habiéndose estipulado en los estatutos sociales una mayoría del 70 % para la adopción de acuerdos sociales.

La DGRN entiende que el depósito no puede realizarse, habida cuenta de que la mayoría por la que se adoptó el acuerdo es inferior a la prevista estatutariamente; todo ello sin perjuicio de que, para la consecución del porcentaje referido, se requeriría la unanimidad de los socios; mayoría prohibida por el artículo 200 de la Ley de Sociedades de Capital. La razón de lo anterior reside (i) en la consideración de los estatutos como «ley primordial del régimen» y «carta magna» por la jurisprudencia y (ii) en la doble naturaleza normativa y contractual que les es inherente. Adicionalmente, la DGRN mantiene que la situación fáctica de la sociedad derivada del régimen de mayorías y de los socios que puedan ser titulares del capital social en cada momento no afecta al carácter de norma suprema de los estatutos sociales ni supone un aliciente para su falta de aplicación.

Por este motivo, se desestima el recurso y se confirma la calificación impugnada.

#### **Escritura de constitución de una sociedad limitada**

*Resolución de 6 de febrero de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 28 de febrero de 2017)*

Se califica negativamente una escritura de constitución de una sociedad limitada. Las cuestiones objeto de debate son dos: (i) la inscripción del siguiente inciso relativo al objeto social «*así como cualquier otra actividad preparatoria, complementaria o derivadas de las anteriores; así como la realización de actividades complementarias y auxiliares para la realización de dichas actividades*» y (ii) la repercusión del hecho de que el único compareciente en representación de la sociedad constituyente intervenga en dicha comparecencia en nombre de aquella y no en nombre propio a efectos de aceptar su nombramiento como administrador único.

En relación con la primera cuestión, la DGRN sostiene que a la luz de los artículos 23.b) de la Ley de Sociedades de Capital y 178 del Reglamento del Registro Mercantil, la definición estatutaria del objeto social ha de realizarse mediante la determinación de las actividades que lo integren, no pudiéndose incluir «*los actos jurídicos necesarios para la realización o el desarrollo de las actividades indicadas en él*» ni cualquier expresión genérica. Sin embargo, se dispone que la redacción de la cláusula no puede ser rechazada, toda vez que la delimitación de las actividades principales que pudieran ser complementadas por otras no conlleva una indeterminación del objeto social.

En relación con la segunda cuestión, la DGRN entiende que la escritura no ha sido correctamente redactada, ya que en la intervención no se ha expresado el nombre por el que actúa el compareciente. No obstante, continúa exponiendo que del conjunto del documento se sustrae que la comparecencia se ha realizado tanto en nombre de la sociedad como en nombre propio, por cuanto el compareciente acepta su designación como administrador.

Por todo ello, se estima el recurso y se revoca la calificación impugnada.

**Nombramiento de administrador por cooptación**

*Resolución de 8 de febrero de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 1 de marzo de 2017)*

Se deniega la inscripción del nombramiento por cooptación de un administrador de una sociedad anónima cotizada porque la junta general tuvo la posibilidad de cubrir la vacante y no lo hizo. El supuesto de hecho es el siguiente: el 7 de agosto de 2014 se produjo una vacante y seguidamente se celebraron dos juntas generales; una el 8 de junio de 2015 y otra el mismo día de la designación del administrador, esto es, el 30 de junio de 2016.

La DGRN sostiene que, cuando se produce una vacante en el consejo de administración, no existe una obligación legal de que la junta nombre inmediatamente a un administrador para cubrir la vacante. No obstante, el régimen de nombramiento por cooptación tiene un carácter excepcional y, en el caso de que se celebre una junta con posterioridad al momento en que surja la vacante, únicamente procederá el nombramiento por cooptación si, a pesar de figurar como punto del orden del día, dicha junta no se pronuncia sobre el nombramiento del administrador.

Nótese que la inclusión en el orden del día del nombramiento de administradores en la junta celebrada entre el nacimiento de la vacante y el nombramiento del consejero por cooptación no reviste de suficiente entidad como para denegar la inscripción del nombramiento de administradores por cooptación, toda vez que, al carecer la junta de obligación legal de cubrir la vacante (salvo imposibilidad de constitución del consejo), esta puede decidir voluntariamente no nombrar a administradores, reducir el número de miembros del consejo o no pronunciarse sobre dicho punto del orden del día, entre otras cuestiones. Sin embargo, en el presente caso, no resulta acreditado que las juntas generales celebradas en las fechas antes indicadas hayan tenido la ocasión de pronunciarse sobre el nombramiento de administrador y, en consecuencia, debe prevalecer la regla general de competencia de la junta para tal nombramiento.

Por ello, se desestima el recurso y se confirma la calificación impugnada.

**Escritura de transformación de una sociedad civil en sociedad de responsabilidad limitada**

*Resolución de 16 de febrero de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 8 de marzo de 2017)*

Se deniega la inscripción de una escritura de transformación de una sociedad civil en sociedad de responsabilidad limitada debido a que (i) el diario *Región 7* no es válido para publicar el anuncio de transformación de la sociedad al amparo del artículo 14 de la Ley de Modificaciones Estructurales, en tanto que no se trata de un diario de gran circulación en la provincia en la que se encuentra el domicilio de la sociedad, y (ii) la fecha de publicación del acuerdo de transformación (27 de julio de 2016) es anterior a la fecha de adopción del acuerdo (13 de octubre de 2016).

Con respecto a la primera cuestión, la DGRN entiende que, puesto que la ley no establece pautas o criterios con arreglo a los cuales pueda fijarse si concurre la condición de «gran circulación», habrá que estar a la finalidad del legislador, que no es otra que asegurar la difusión del hecho objeto de publicidad. Asimismo, respecto de la convocatoria de la junta, el Tribunal Supremo ha venido aceptando la publicación en un periódico diario presente en la práctica totalidad de los puntos de distribución, máxime si además se trata de un medio de publicación que se haya utilizado en ocasiones anteriores.

Con respecto a la segunda cuestión, la DGRN mantiene que el defecto ha de ser confirmado, habida cuenta de que en la escritura de elevación a público resulta inequívoco que no se trata de formalizar en instrumento público un acuerdo previamente adoptado, sino un acuerdo que se adopta en el mismo acto de otorgamiento y, por lo tanto, con posterioridad a la fecha de publicación del acuerdo.

En consecuencia, la DGRN estima parcialmente el recurso respecto de la exigencia relativa al medio de publicación del acuerdo cuya inscripción se solicita y confirma la calificación del registrador respecto de la fecha de dicha publicación.

**Certificación de cargos societarios**

*Resolución de 1 de marzo de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 17 de marzo de 2017)*

Se deniega la expedición de una certificación de cargos de personas físicas identificadas por su nombre y apellidos y por su documento de identidad y respecto de todo el territorio nacional (y

no respecto de una sociedad concreta), debido a que el sistema de índices se configura en atención a la denominación social de los sujetos inscritos con independencia de quienes sean los administradores o apoderados.

La DGRN entiende que, dado que la competencia del registrador mercantil viene determinada por la demarcación del Registro y se extiende exclusivamente a los sujetos inscritos en él o que puedan abrir folio por razón de su domicilio, puede solicitarse la certificación en cuestión, pero limitada al contenido del archivo del Registro Mercantil en el que se tenga competencia (y no respecto de todo el territorio nacional).

Por todo ello, se desestima el recurso y se confirma la calificación impugnada.

#### Escritura de apoderamiento

*Resolución de 16 de marzo de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 4 de abril de 2017)*

Se suspende la inscripción de una escritura de apoderamiento porque, a juicio del registrador, al ser necesario que la identidad de los apoderados conste en la escritura pública, no cabe el otorgamiento de poder «a favor de la persona que en cada momento ostente la condición de presidente del consejo de administración», tal y como se establece en la referida escritura.

En la escritura calificada no se expresa que el poder se confiera a aquella persona cuyo cargo de presidente del consejo conste inscrito en cada momento en el Registro Mercantil, sino al que tenga tal condición en cada momento. Teniendo en cuenta que el nombramiento de presidente surte efectos desde su aceptación y no desde su inscripción en el Registro Mercantil (artículo 214.3 de la Ley de Sociedades de Capital), no es posible conocer taxativamente, *nominatim*, quién es el presidente del consejo.

A la luz de lo anterior, la DGRN entiende que para que el referido poder pueda acceder al Registro es necesario que en él se especifique que el correspondiente nombramiento para el cargo de presidente deberá acreditarse mediante la inscripción en el Registro Mercantil o mediante escritura pública. De este modo, quedarían satisfechas las exigencias de forma pública derivadas del artículo 1280.5.º del Código Civil.

#### Anotación preventiva de demanda

*Resolución de 22 de marzo de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 6 de abril de 2017)*

Se discute si puede realizarse la anotación preventiva de una demanda de disolución y liquidación de una sociedad de nacionalidad venezolana en el folio abierto a su sucursal en España con base en una solicitud dirigida al Registro Mercantil acompañada de copia de la demanda presentada en el extranjero.

La DGRN entiende que para que la anotación pueda practicarse en el Registro Mercantil será preciso que así lo acuerde el órgano judicial competente, tal y como se contempla en el artículo 241 del Reglamento del Registro Mercantil cuando el objeto de la demanda es la declaración judicial de disolución de la sociedad (sin perjuicio de que en este caso el título será la documentación a que se refiere el artículo 300 del Reglamento del Registro Mercantil en relación con las sucursales de sociedades extranjeras).

Las mismas consideraciones son predicables cuando la medida cautelar provenga de un órgano jurisdiccional extranjero, habida cuenta de que, de conformidad con el artículo 58 de la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, «el procedimiento registral, los requisitos legales y los efectos de los asientos registrales se someterán, en todo caso, a las normas del Derecho español», sin perjuicio de las especiales obligaciones del registrador que puedan derivarse, en su caso, de la aplicación de los artículos 59 y 61 de la misma ley.

De la documentación presentada resulta que la autoridad competente para conocer del procedimiento no ha resuelto si procede o no, de conformidad con la ley aplicable, la adopción de medidas cautelares, por lo que la mera presentación de la demanda no puede, como afirma el registrador en su nota, provocar la práctica de asiento alguno.

**Disolución y liquidación de una sociedad anónima. Cierre de hoja registral**

*Resolución de 27 de marzo de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 7 de abril de 2017)*

Se suspende la inscripción de la disolución y liquidación de una sociedad anónima ya que la hoja de la sociedad ha sido cerrada mediante la constancia en los asientos registrales de la baja provisional en el índice de entidades de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. El recurrente alega que el motivo que ha desencadenado dicha baja provisional es el impago de un crédito de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, único acreedor de la sociedad. Dado que la sociedad no tiene patrimonio suficiente para satisfacer el referido crédito y no hay pluralidad de acreedores, no procede declarar el concurso de la sociedad, sino acordar su disolución y liquidación.

La DGRN desestima el recurso, debido a que entre las excepciones que se contemplan en la norma de cierre registral no se encuentra la disolución y liquidación de la sociedad, que, en consecuencia, no podrá acceder a los libros registrales mientras el cierre subsista.

**Prenda sin desplazamiento**

*Resolución de 28 de marzo de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 7 de abril de 2017)*

Se debate si la autorización de funcionamiento de oficina de farmacia concedida en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco puede constituir el objeto de una prenda sin desplazamiento posesorio o si, por el contrario, por carecer de autonomía jurídica, solo puede ser objeto —como extensión del derecho— de hipoteca sobre establecimiento mercantil de oficina de farmacia. La respuesta a dicha cuestión viene determinada por la transmisibilidad a terceros de la autorización de funcionamiento de oficina de farmacia, ya que esta constituye un requisito esencial para la pignoración de las licencias administrativas, de conformidad con el artículo 54 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión.

La DGRN afirma que, a la luz del régimen jurídico del País Vasco, no cabe deducir que la licencia de explotación de farmacia no pueda ser objeto de tráfico jurídico autónomo, sin perjuicio, en su caso, de las consecuencias que puedan producirse si, al tiempo de la transmisión de la autorización, no se es titular de una oficina de farmacia. Siendo un principio general de nuestro ordenamiento el de la libre transmisibilidad de los derechos (artículo 1.112 del Código Civil), solo cuando de la regulación sectorial resulte con absoluta claridad su intransmisibilidad podrá considerarse excepcionado. No ocurriendo así en este supuesto, procede la estimación del recurso.

**Elevación a público de acuerdos sociales**

*Resolución de 3 de abril de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 19 de abril de 2017)*

Se debate la inscripción de un determinado acuerdo de junta general porque, a juicio del registrador, al existir dos listas de asistentes se debe rechazar la inscripción para evitar la desnaturalización del Registro Mercantil y lograr la debida publicidad de situaciones jurídicas ciertas.

La DGRN sostiene que la mera existencia de una contienda judicial sobre la condición de socio no puede impedir la inscripción de los acuerdos adoptados en una junta general, salvo que concurren condiciones tales que cuestionen el mero hecho de la celebración de la junta o de su celebración en los términos previstos por el ordenamiento, y sin perjuicio de que quien se sienta perjudicado ejercite las acciones pertinentes y solicite el reflejo de su ejercicio en la hoja de la sociedad. El socio que protesta se limita a afirmar que la composición del accionariado es distinta de la que afirma la mesa de la junta, pero ello no da lugar, sin más, a la existencia de una lista de socios distinta a la propuesta. Téngase en cuenta que de ser así bastaría afirmar la existencia de un socio no reconocido por la mesa para tener por existente una lista alternativa de socios e invalidar, a efectos registrales, los acuerdos adoptados por la junta. No hay, pues, en el supuesto de hecho doble lista de asistentes ni con ello las consecuencias que de tal situación podrían derivarse (doble elección de miembros de la mesa, dobles votaciones, acuerdos contradictorios sobre el mismo o diferente orden del día, etc.).

Por todo ello, se estima el recurso y se revoca la calificación impugnada.

**[Portugal]**

**Titular registral de boa-fé – proibição de invocação da presunção de propriedade**

*Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de fevereiro de 2017*

Através do presente acórdão, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu uniformizar jurisprudência no sentido da proibição de invocação da presunção de propriedade decorrente do artigo 7.º do Código de Registo Predial a qualquer titular registral de boa-fé, caso se verifique uma duplicação de inscrições do mesmo imóvel no Registo Predial. Assim sendo, devem os titulares recorrer a regras e princípios do direito substantivo, nomeadamente fazendo prova do trato sucessivo, sendo-lhes admitido invocar a referida presunção somente se conseguirem provar que o outro titular está de má-fé, ou seja, que criou, com intuito fraudulento, a situação de dupla inscrição ou, pelo menos, tinha conhecimento da criação fraudulenta da duplicação.

O referido entendimento do STJ funda-se no facto de a finalidade principal do registo ser a segurança no tráfego e só a título acessório ter a finalidade de proteger os direitos da pessoa a quem diz respeito o facto registável, daí que não seja exigível a qualquer indivíduo que queira transacionar um prédio que consulte todo o registo para verificar se existe duplicação da descrição.

## PROCESAL CIVIL\*

### 1 · LEGISLACIÓN

**[Espanña]**

**Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social**

*Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE de 18 de marzo de 2017)*

El pasado 18 de marzo de 2017 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el texto del Real Decreto-ley 5/2017 (en adelante, el «RDL» o el «*Real Decreto-ley*»), que entró en vigor al día siguiente de su publicación.

El propósito del Real Decreto-ley es profundizar en las medidas de protección de los deudores hipotecarios en situación de especial vulnerabilidad. El texto de la disposición reforma en paralelo tanto el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos como la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. De igual manera, se recogen las previsiones necesarias para la adhesión por las entidades financieras a las nuevas previsiones del Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, que surgen fruto de esta modificación normativa.

Las principales medidas que se adoptan para modificar estas normas e intensificar la protección del sistema sobre los deudores hipotecarios más vulnerables son las siguientes:

\* 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 Aránguez, José Espinosa Mora, Guillermo García Berdejo, David García Martín, Tomás García Mico, Mandy Goyos Ball, Adrián 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) Se amplía el ámbito subjetivo del concepto de situación de «especial vulnerabilidad», incluyendo, en adelante, a las familias con hijos menores o en las que exista una víctima de violencia de género.

(ii) En caso de suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario ejecutado de su vivienda habitual, este podrá «solicitar y obtener» del acreedor ejecutante el alquiler del inmueble por un valor máximo de renta anual predeterminado en la norma.

(iii) La solicitud de arrendamiento deberá realizarse en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley para aquellos ejecutados que ya fueran beneficiarios de la suspensión y desde que se produzca la suspensión para quienes se beneficiasen con posterioridad.

El alquiler tendrá duración anual, prorrogable a voluntad del arrendatario hasta completar el plazo de cinco años. A partir de ese momento, el arrendamiento podrá prorrogarse anualmente durante cinco años adicionales si existe mutuo acuerdo entre ejecutado y adjudicatario.

(iv) Se prorroga durante tres años adicionales —hasta mayo de 2020— la suspensión de los lanzamientos cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en la norma.

Además de estas medidas, el RDL delimita el objetivo y deber del Gobierno de promover, en el plazo de ocho meses, medidas complementarias tendentes a facilitar la recuperación de la propiedad, por los deudores hipotecarios incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 1.1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de su vivienda habitual, cuando esta hubiera sido objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria. Estas medidas tendrán en cuenta el precio de adjudicación de la vivienda, la posibilidad de que se descuente una parte de las cantidades satisfechas por el ejecutado para la amortización del préstamo o crédito origen de la ejecución y las mejoras realizadas a su cargo durante el periodo en el que estuvo suspendido el lanzamiento, así como otros factores que garanticen un precio equitativo en la recuperación de la vivienda, evitando situaciones de asimetría en este proceso.

#### **Resolución alternativa de litigios en materia de consumo**

*Proyecto de Ley por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (BOCG de 6 de abril de 2017)*

En el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* se publicó el pasado 6 de abril de 2017 un Proyecto de Ley del Gobierno para incorporar la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

El proyecto se estructura en tres títulos, uno preliminar; un título I, relativo a la acreditación de las entidades de resolución alternativa para su posterior inclusión en el listado nacional de entidades acreditadas; un título II, en el que se establecen las obligaciones de estas entidades acreditadas; y un título III, que engloba otra serie de disposiciones relativas a las obligaciones de información de los empresarios y a las actuaciones de las Administraciones públicas competentes. El texto puede ser consultado aquí:

[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-5-1.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-5-1.PDF)

El objeto de la futura Ley es garantizar a los consumidores residentes en la Unión Europea el acceso a mecanismos de resolución alternativa de litigios en materia de consumo que sean de alta calidad por ser independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos.

Respecto de su ámbito de aplicación, la futura Ley será de aplicación a:

(i) Las entidades de resolución alternativa establecidas en España, tanto públicas como privadas, que propongan, impongan o faciliten una solución entre las partes en el ámbito de la resolución alternativa de litigios de consumo, nacionales o transfronterizos, relativos a

obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestaciones de servicios, y que voluntariamente soliciten su acreditación para ser incluidas en el listado nacional de entidades acreditadas que elabore la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición.

(ii) Las entidades que, actuando en el ámbito de la resolución alternativa de litigios relativos al cumplimiento por las empresas adheridas de los compromisos asumidos en códigos de conducta sobre prácticas comerciales o de publicidad, soliciten voluntariamente su acreditación para ser incluidas en el listado nacional de entidades acreditadas.

Por el contrario, se excluyen del ámbito de aplicación:

(i) La negociación directa entre el consumidor y el empresario.

(ii) Los procedimientos de resolución alternativa de litigios iniciados por los empresarios contra los consumidores.

(iii) Los procedimientos ante sistemas de resolución gestionados por los empresarios.

(iv) Los litigios entre empresarios.

(v) Los intentos o actuaciones realizados en el marco de un procedimiento judicial con el fin de intentar solucionar el litigio objeto del mismo.

(vi) Las reclamaciones que se refieran a servicios no económicos de interés general.

(vii) Las reclamaciones referidas a servicios relacionados con la salud, prestados por un profesional sanitario con el fin de evaluar, mantener o restablecer el estado de salud de los pacientes, así como la extensión de recetas, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios.

(viii) Las reclamaciones dirigidas a prestadores públicos de enseñanza complementaria o superior.

Existen dos tipos de procedimientos de resolución alternativa de litigios: procedimientos con resultado vinculante y procedimientos que finalicen con una propuesta de solución.

Comenzando por estos últimos, las entidades de resolución alternativa deben informar a las partes, previamente a su inicio, de lo siguiente:

(i) Que pueden retirarse del procedimiento en cualquier momento en caso de que no estén satisfechas con su funcionamiento o tramitación.

(ii) Que no están obligadas a aceptar la solución propuesta, así como de los efectos jurídicos derivados de su aceptación o rechazo.

(iii) Que la participación en dicho procedimiento no excluye la posibilidad de acudir a la vía judicial.

(iv) Que una solución judicial sobre ese mismo asunto podría ser diferente a la adoptada en ese procedimiento.

Antes de dar su consentimiento a la solución propuesta por la entidad, las partes deben disponer de un plazo de reflexión no inferior a tres días hábiles a contar desde la recepción de la propuesta.

En relación con los procedimientos con resultado vinculante, conviene indicar que los acuerdos suscritos antes del surgimiento de un litigio entre un consumidor y un empresario con objeto de someterse a un procedimiento con resultado vinculante en ningún caso vinculan al consumidor. En todo caso, antes de que las partes acepten someterse a un procedimiento vinculante para el consumidor, deben ser informadas del carácter vinculante de la decisión que se adopte, así como de si dicha decisión impide o no acudir a la vía judicial, debiendo constar por escrito su aceptación expresa.

Las notas comunes a ambos tipos de procedimientos son las siguientes:

(i) La presentación de una reclamación ante una entidad acreditada suspenderá o interrumpirá los plazos de caducidad y de prescripción de acciones. Asimismo, cuando se inicie ante

una entidad acreditada un procedimiento de resolución alternativa con resultado no vinculante, estando en curso un procedimiento judicial, las partes, de común acuerdo, podrán solicitar su suspensión de conformidad con la legislación procesal.

(ii) Las entidades de resolución alternativa solo pueden gestionar procedimientos cuya aceptación sea voluntaria para las partes, excepto que una norma establezca para estas su aceptación obligatoria.

(iii) Las entidades acreditadas garantizarán que los procedimientos de resolución alternativa de litigios que gestionen sean confidenciales. Para ello, velarán para que tanto las personas encargadas de la decisión del litigio, sujetas al secreto profesional, como las partes en litigio no revelen la información que hubieran podido obtener con ocasión del procedimiento.

(iv) No resulta obligatorio para las partes actuar en el procedimiento asistidas por abogado o asesor jurídico.

(v) Los procedimientos deben ser gratuitos o con un coste simbólico para los consumidores que no supere, en ningún caso, la cuantía de treinta euros. Dicho coste podrá ser total o parcialmente devuelto por la entidad de resolución alternativa al consumidor si la resolución del litigio le resultara favorable.

(vi) El resultado del procedimiento se debe dar a conocer a las partes en un plazo máximo de noventa días naturales contados desde la fecha de la presentación de la reclamación o, en su caso, desde que se haya recibido la documentación completa necesaria para tramitar el procedimiento.

(vii) La decisión, propuesta o acta de acuerdo amistoso que ponga fin al procedimiento debe estar debidamente motivada y ser notificada a las partes por escrito o en cualquier otro soporte duradero.

El empresario que esté adherido a una entidad acreditada en España o en cualquier Estado miembro de la Unión Europea o venga obligado por una norma o código de conducta a aceptar su intervención en la resolución de sus litigios, deberá informar a los consumidores de la posibilidad de recurrir a dicha entidad. Por otra parte, cuando un consumidor hubiera dirigido su reclamación directamente a un empresario que no estuviese adherido ni obligado a aceptar la intervención de una entidad acreditada por una norma, y no hubiera visto satisfecha su reclamación, dicho empresario vendrá obligado a informar al consumidor de la existencia de, al menos, una entidad acreditada que sea competente para conocer de la reclamación, indicando si acepta o no su intervención para su resolución. El incumplimiento, por los empresarios, de la obligación de información antedicha, tendrá la consideración de infracción grave en materia de defensa de los consumidores y usuarios, aplicándose lo dispuesto en el régimen sancionador general previsto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

### **Contratos de crédito inmobiliario**

#### *Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (publicado en la Revista de Derecho del Mercado Financiero)*

El Ministerio de Economía y Competitividad ha aprobado el Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, cuya finalidad es la transposición al ordenamiento jurídico español del régimen de protección previsto en la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

El objeto del anteproyecto es establecer normas de protección de las personas físicas que sean deudoras, fiadores o garantes, de préstamos o créditos garantizados mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial. A tal efecto, se establecen normas de transparencia que rigen dichos contratos, se regula el régimen jurídico de los prestamistas e intermediarios de crédito inmobiliario y se incluye un régimen de supervisión y de sanción.

En el marco de las normas de transparencia, el anteproyecto regula la fase precontractual con el fin de que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda



comprender la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar. En particular, se recoge la entrega preceptiva, con siete días de antelación al momento de la firma, de (i) la Ficha Europea de Información Normalizada (oferta vinculante); (ii) la Ficha de Advertencias Estandarizadas, que informa de la existencia de cláusulas relevantes como las cláusulas suelo, la de vencimiento anticipado, la de los gastos derivados del préstamo o la cláusula «multidivisa»; (iii) un documento separado con las cuotas periódicas pagaderas en un préstamo a interés variable en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés; y (iv) una copia del proyecto del contrato, que debe incluir un desglose de los gastos e impuestos devengados.

Además, se debe advertir al prestatario de la posibilidad de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario sobre el contenido y las consecuencias de esa información. El asesoramiento prestado por el notario, que debe verificar el cumplimiento de los requisitos de información, y la manifestación manuscrita del prestatario acerca de la comprensión y aceptación del contenido de la documentación entregada se documentarán en un acta notarial. Esta acta será presunción, salvo prueba en contrario, de que se ha cumplido con el principio de transparencia.

En relación con los préstamos en moneda extranjera (multidivisa), el anteproyecto contempla el derecho del prestatario a convertir el préstamo a una moneda alternativa (en la que el prestatario reciba sus ingresos o en la del Estado miembro en el que resida).

El anteproyecto regula también el contenido de la cláusula de vencimiento anticipado que solo se produciría cuando concurren conjuntamente las siguientes circunstancias: (i) la situación de mora en el pago de las cuotas de amortización; (ii) las cuotas vencidas y no satisfechas deben equivaler al menos al 3 % del valor del préstamo si el plazo de amortización es inferior a diez años o al 5 % del valor del préstamo si el plazo de amortización es superior a diez años y el incumplimiento se produce más allá de este período de los diez primeros años; (iii) el requerimiento de pago al deudor concediéndole un plazo de al menos 15 días para pagar las cuotas y el ofrecimiento de la posibilidad de negociar un acuerdo de modificación de las condiciones.

El anteproyecto establece, además, que el interés de demora será el triple del interés legal del dinero sin que quepa pacto en contrario.

## Obligaciones y contratos

*Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto (DOGC de 22 de febrero de 2017)*

El 22 de febrero de 2017 se publicó en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* la Ley 3/2017. Esta norma tiene por objeto iniciar la redacción del libro VI del Código Civil catalán, que está llamado a configurar una regulación autónoma y completa de las obligaciones y contratos en el marco de la Comunidad Autónoma.

A estos efectos, el trabajo legislativo con el que el Parlament de Catalunya ha iniciado la regulación de la materia civil sobre la que versa el libro VI se ha articulado en torno a dos grandes áreas. Por un lado, la Ley 3/2017 ha establecido los cimientos de la regulación, al determinar cuál será la estructura del libro VI del Código Civil, fijando la morfología o la sistemática de dicho libro; y por otra parte se ha iniciado la redacción del cuerpo legal mediante la regulación positiva de varias modalidades de contrato.

Por lo que se refiere al primer cometido, meramente organizativo, el legislador catalán ha optado por que el libro VI se organice en torno a tres grandes ejes regulatorios:

- El título primero, destinado a regular las obligaciones y contratos en su parte general.
- El título segundo, llamado a enumerar las fuentes del derecho y a regular ciertas modalidades contractuales.
- El título tercero, que versará sobre las fuentes no contractuales de la obligación.

De todas esas partes, el legislador ha iniciado la redacción del título segundo, al aprobar la regulación de ciertos contratos *con finalidad transmisora* (como son la compraventa, la permuta y la cesión de finca o aprovechamiento urbanístico a cambio de construcción futura); *sobre actividad ajena* (como el mandato y la gestión de asuntos ajenos sin mandato); *sobre objeto*

*ajeno* (como los contratos de cultivo y el contrato de custodia del territorio); *aleatorios* (como el violario y el contrato de alimentos); *de cooperación* (como el de cooperación en la explotación ganadera); y *de financiación y garantía* (como el censal).

De entre todos los contratos cuya regulación ya ha sido aprobada, cabe hacer mención al *contrato de compraventa*. No en vano, la nueva regulación del libro VI no solo es importante por la exhaustividad con la que el legislador catalán ha regulado el paradigma de los contratos de intercambio, sino también por el esfuerzo de modernización efectuado por el legislador catalán respecto a la común. En particular, cabe destacar, como elementos diferenciadores de la normativa catalana, lo siguiente:

(i) Unidad regulatoria. Hasta la aprobación de la Ley 3/2017, el régimen legal de la compraventa en el ámbito catalán se encontraba disperso en cuatro grandes cuerpos legales: los artículos 325 y siguientes del Código de Comercio; el artículo 1445 del Código Civil de 1889; la normativa reguladora de la compraventa internacional de mercancías y de venta a plazos de bienes muebles; y la Compilación de Derecho Civil de Cataluña. Frente a esta dispersión, el legislador civil catalán ha pretendido configurar una regulación unificada del contrato de compraventa, eliminando la dualidad de regímenes legales aplicables y fomentando una interpretación única e integradora.

(ii) Integración de las normas de tuición de los derechos de los consumidores. Frente a la legislación común, el legislador catalán ha pretendido incorporar a la regulación del contrato de compraventa todo el acervo legal producido en materia de tuición de los derechos de los consumidores. Por ello, la regulación autonómica no solamente incorpora las normas establecidas en la Directiva 1999\44\CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, sino que también tiene en cuenta la Directiva 2011\83\UE, sobre los derechos de los consumidores y la propia regulación del Codi de Consum de Catalunya.

Precisamente en relación con lo anterior, el libro VI enfatiza en las obligaciones de transparencia que deben presidir las relaciones contractuales. Por ello, la regulación catalana incide en aspectos tales como (i) la obligación del vendedor de hacer más transparentes los precios, obligando a que cualquier referencia al precio final incorpore el pago de los tributos que resulten aplicables; o (ii) la introducción de un deber de información, en beneficio del comprador, que permita incrementar la transparencia contractual.

(iii) Incorporación a la regulación de nuevas prácticas. El libro VI ha querido modernizar la regulación de la compraventa incorporando al Derecho positivo algunas nuevas prácticas comúnmente aceptadas en la actualidad y que, sin embargo, no están debidamente desarrolladas en la legislación común. En particular, resultan destacables las siguientes innovaciones:

— *Determinación del precio*. En materia de fijación del precio, el legislador catalán ha incorporado la tendencia legislativa de reconocer la no necesidad de fijar inicialmente el precio en el contrato, permitiendo que la determinación de este quede relegada a un momento posterior a la firma del contrato.

— *Conformidad*. En materia de regulación de la conformidad del comprador con el bien entregado por el vendedor, la legislación catalana ha hecho un esfuerzo por establecer que la conformidad del bien no debe determinarse atendiendo únicamente a las especificaciones del contrato, sino también a los criterios legalmente establecidos para valorar si se da efectivamente la correspondencia entre lo pactado y lo efectivamente entregado. En particular, se regulan supuestos legales de falta de conformidad, como la incorrecta instalación de un bien que necesita de un trabajo previo de montaje para su funcionamiento, la falta de entrega de accesorios o la no entrega de documentos relacionados con el producto (manuales, por ejemplo). Con todo ello, se incorporan a la legislación catalana los criterios de conformidad establecidos en la Directiva 1999\44\CE.

(iv) Regulación unitaria y exhaustiva de los remedios en los supuestos de incumplimiento. Finalmente, debe destacarse el esfuerzo de la legislación catalana por regular unitariamente y de forma más exhaustiva los remedios que la legislación pone a disposición del com-

prador y del vendedor en aquellos supuestos en que se producía un incumplimiento de las obligaciones atribuibles a una de las partes o un vicio material o jurídico del bien. En particular, el libro VI prevé que los remedios legalmente previstos sean expresamente acumulables y compatibles entre sí, disponiendo las partes de un plazo legal de tres años para el ejercicio de las acciones que les correspondan si el bien recibido en el marco de una compraventa no resulta conforme.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### Societario

— *Sentencia 68/2017, Sala Primera del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2017*

*El artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital únicamente prohíbe el derecho de voto al socio afectado, pero no extiende dicha interdicción a las personas vinculadas a él*

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación de dos socios minoritarios que impugnaron varios de los acuerdos adoptados en junta general y, en particular, el acuerdo relativo a la dispensa de la prohibición de competencia del administrador.

El acuerdo impugnado fue aprobado gracias al voto del socio mayoritario, titular del 67,1 % del capital social. Resulta que el socio mayoritario era una sociedad unipersonal perteneciente a su vez a otra sociedad controlada por el socio administrador de la compañía. Y, a su vez, el socio y administrador de la sociedad era también titular directo del 9,9 % de su capital social.

La relevancia de esta sentencia reside en la interpretación que se realiza del artículo 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada («LSRL») (actual artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital [«LSC»]) en conexión con el artículo 52 de la LSRL (actual artículo 190 de la LSC) sobre la dispensa de la prohibición de competencia que se concedió al socio administrador.

Los demandantes sostuvieron que no debería haberse permitido al socio mayoritario de la compañía ejercer su derecho de voto en el acuerdo impugnado, por dos motivos: (i) su voto era decisivo para la aprobación de la dispensa de competencia; y (ii) al estar la sociedad mayoritaria controlada por el socio administrador en conflicto de intereses, también dicha mercantil incurriría en esa situación y, por tanto, le serían igualmente de aplicación los artículos 52 y 65 de la LSRL, por lo que no podría ejercer su derecho de voto.

El Alto Tribunal considera, sin embargo, que las personas vinculadas quedan afectadas por las prohibiciones y restricciones previstas en los artículos 229 y 230 de la LSC, pero no por la privación de voto, que no se menciona en estos preceptos. Es en el artículo 52 de la LSRL —o el 190 de la LSC—, en el que se prevé la exclusión de este derecho político, haciéndose únicamente mención al socio afectado y sin extenderlo a la prohibición a las personas vinculadas.

Por tanto, dado que el objeto de debate es si debería haberse privado a la sociedad vinculada del derecho de voto, teniendo en cuenta la dicción literal del artículo 52 de la LSRL y del 190 de la LSC, que no contemplan el conflicto indirecto de intereses (es decir, aquel en que los intereses de un socio no se encuentran en contraposición directa con los de la sociedad, pero existe una vinculación estrecha entre tales intereses de un socio y los de otro socio, que en el asunto en cuestión, entran en conflicto abierto con los de la sociedad), no puede privarse del voto al socio persona vinculada.

Para que existiera conflicto de intereses, la Sala considera que la dispensa del deber de no competencia (art. 65 LSRL) debería afectar al grupo de sociedades o a todos los socios, pero si solo afecta a alguno de ellos no cabe apreciarlo y, por tanto, no opera el deber de abstención de otra sociedad del grupo o de otro socio.

— *Sentencia 60/2017, Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de febrero de 2017*

La sentencia objeto de análisis resuelve la pretensión de nulidad de la junta general de una sociedad anónima formulada por una segunda entidad en su condición de socia de la primera.

La demanda fue desestimada en primera instancia por el Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid, cuyo fallo confirma en apelación la sentencia de la Sección 28 de la Audiencia Provincial.

En primer lugar, la sentencia analiza la validez del acuerdo social de retribución de administradores por el que estos recibirían cantidades diferentes según sus funciones. La demandante impugna el acuerdo porque tal posibilidad no estaba prevista en los estatutos sociales y, por tanto, con la decisión se habría infringido el artículo 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil. Este artículo establece como criterio general una retribución igual para todos los miembros del órgano de administración, que solo puede variarse por disposición estatutaria. Siendo lo anterior cierto, sin embargo, la Sala confirma la validez del acuerdo sobre la base de la doctrina de los actos propios. Argumenta la sentencia que, a pesar de no estar prevista la retribución desigual de los administradores estatutariamente, la sociedad venía aprobándolo en la junta general desde hacía dos años, creando así un *statu quo* que sustituiría la obligatoriedad de su inclusión en los estatutos sociales. La sentencia considera que la interposición de la demanda por la actora, que había aceptado esta situación en los ejercicios pasados, es contraria a las reglas de la buena fe (art. 7 del Código Civil).

En segundo lugar, la Audiencia se pronuncia sobre el cese de la entidad actora en su cargo de administradora de la sociedad, acordado en la misma junta a pesar de no formar parte del orden del día. En este sentido, destaca que la junta general tiene atribuida la facultad de cesar a un administrador de su cargo en cualquier momento con independencia de que este haya sido nombrado por el socio minoritario en virtud del sistema de representación proporcional. Resalta que no es precisa la concurrencia de justa causa para la separación en cuestión (art. 223.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital), a diferencia de lo que ocurre ante un supuesto de conflicto de intereses previsto en el artículo 224.2 de la misma norma, por el que puede solicitar el cese cualquier socio. Por tanto, en el supuesto del artículo 223.1, la única vía para apreciar la nulidad del acuerdo de cese de un administrador resultaría de la apreciación de un abuso de la mayoría que, atendidas las circunstancias del caso concreto, la Sala no considera concurrente.

A mayor abundamiento, la sentencia argumenta que existiría justa causa para el cese de la demandante como administradora en tanto que la mercantil actora formaba parte de un «entramado societario» (que no grupo) en el que participa una familia que tiene intereses en una empresa competidora de la sociedad. Además, la actora nombró como su representante en el consejo a una persona que había sido despedida por la sociedad y contra la que esta había ejercitado acciones penales. De esta manera, la Sala encuentra una justa causa en el cese de la sociedad administradora por el riesgo de que pudiera existir oposición de intereses entre esta y la sociedad. Esta circunstancia descarta la existencia de un ejercicio abusivo del derecho de cese previsto en el artículo 223.1 y, se entiende, podría incluso fundamentar el cese del administrador por la vía del artículo 224.2. No obstante, debe señalarse que este último pronunciamiento se formula *obiter dictum*.

#### Consumo y acciones colectivas

##### — Sentencia 224/2017 del Tribunal Supremo, de 5 de abril de 2017

*Para determinar si el contratante debe considerarse consumidor en contratos con doble finalidad (profesional y particular) debe analizarse cuál es la finalidad predominante de su objeto*

La sentencia objeto de análisis trae causa de un procedimiento en el que el demandante había solicitado la nulidad de una cláusula limitativa del tipo de interés invocando para ello su condición de consumidor —condición que la sentencia de apelación le denegó por entender que el préstamo se había destinado principalmente a su actividad como empresario—.

Fijada en estos términos la controversia, el Tribunal Supremo recuerda que nuestro Derecho no prevé criterio alguno para determinar si cabe considerar como consumidor a quien destina el bien o servicio contratado a fines mixtos —es decir, parcialmente a sus necesidades personales y parcialmente a su actividad profesional—. En consecuencia, la sentencia razona que debe aplicarse el criterio contenido en el considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, y desarrollado en la jurisprudencia del TJUE —sentencias de 20 de enero de 2005

(as. C-404/01) y de 3 de septiembre de 2015 (as. C-110/14)—. Criterio según el cual, en los casos expuestos, debe analizarse el conjunto del contrato y la importancia que en ese conjunto tienen las distintas finalidades a las que se destina el objeto del negocio jurídico. Así, si el objeto profesional del contrato predomina en el contexto general del mismo, el adquirente no podrá ser considerado como consumidor o usuario.

Aplicando este criterio al caso concreto, el Alto Tribunal concluye que el demandante no puede ser considerado como consumidor en el contrato de préstamo. Y ello porque en el procedimiento quedó probado que el destino del dinero obtenido con el préstamo fue sobre todo profesional, dado que se utilizó principalmente para reparar y acondicionar un edificio dedicado a su negocio de alquiler inmobiliario —independientemente de que la garantía del préstamo fuese la vivienda habitual y familiar del prestatario—.

— *Auto 81/2017 del Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de Madrid, de 5 de abril de 2017*

*Corresponde al demandante optar por la vía adecuada a la hora de tramitar procedimientos en los que se ejerciten acciones colectivas y la de aquellos otros en los que se ejerciten acciones para la protección de intereses difusos de los consumidores y usuarios en función de las circunstancias concurrentes*

El auto acuerda el sobreseimiento por inadecuación procesal de la demanda presentada por una asociación de consumidores y usuarios contra una empresa de telefonía debido a una subida de precios. La demanda se había articulado en torno a la defensa de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

El juzgado analiza las diferencias existentes entre las acciones promovidas para la defensa de intereses colectivos y aquellas orientadas a la defensa de los intereses difusos, y recuerda que, en función de la naturaleza de los intereses cuya tutela se pretenda, existirán especialidades procedimentales que se configuran como requisitos de admisibilidad de la demanda.

En este sentido, las acciones para la defensa de los intereses difusos tratan de proteger un interés genérico, homogéneo y concurrente de una masa invertebrada y sin rostro, mientras que las acciones colectivas pretenden la defensa de unos intereses de unos consumidores determinados o determinables. Y ello sin perjuicio de que la complejidad en su determinación pueda ser un elemento distorsionador de la facilidad en el acceso a la tutela judicial efectiva.

A este respecto, el juzgado declara que no existe un tercer género legalmente previsto entre lo difuso y lo laboriosamente determinable, siendo la parte actora quien ostenta la carga de determinar la naturaleza de los intereses en cuestión y optar por la vía procedimental adecuada a las circunstancias fácticas concurrentes.

En definitiva, el juzgado concluye que en el caso concreto, al existir un vínculo contractual entre los supuestos perjudicados y la demandada, y al ser posible —que no sencillo— la determinación de los consumidores afectados por medio de la utilización de sistemas informáticos, la demanda tendría que haberse tramitado por el cauce de la defensa de intereses colectivos y, en concreto, tendría que haberse llevado a cabo la comunicación prevista en el artículo 15.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

— *Sentencia 221/2017, Sala Primera del Tribunal Supremo, de 5 de abril de 2017*

*Requisitos de la renuncia del derecho a reclamar con posterioridad al otorgamiento de un contrato de permuta financiera y con anterioridad a la suscripción de un contrato de préstamo destinado a compensar las pérdidas del swap*

Dos particulares, que habían otorgado un contrato de préstamo hipotecario y un préstamo personal con la entidad financiera en el año 2006, contrataron en el año 2007 un *swap*. Al producirse una liquidación negativa en el año 2009, las prestatarias presentaron diversas quejas ante la entidad bancaria a través de una asociación de consumidores, ofreciendo la entidad financiera al año siguiente otorgar un nuevo contrato de préstamo para hacer frente a las deudas ocasionadas por la ejecución del *swap*.

En este sentido, las demandantes accedieron a otorgar el nuevo préstamo y firmaron un documento predispuesto por la entidad bancaria en el que se manifiesta que «*habiéndose producido desavenencias sobre la interpretación*» del contrato de cobertura de tipos de interés, «*han sido aclarados todos los puntos del mencionado contrato así como su funcionamiento*» y que, en consecuencia, las clientes declaran que «*no tienen nada que reclamar*» en virtud de dicho contrato. Las demandantes ejercitaron posteriormente una acción de anulabilidad por error en el consentimiento respecto de la cual, al conocer en sede de casación, considera que no concurren los presupuestos exigibles para entender que el documento en que las prestatarias manifestaban no tener nada que reclamar a la entidad bancaria contenga una verdadera renuncia de derechos, por cuanto dicha renuncia: (i) además de no resultar clara e inequívoca; (ii) se instrumentó a través de la firma de un documento redactado por la entidad bancaria al efecto; (iii) sin entrega previa del mismo para su estudio y (iv) con el objeto o condicionante de su necesaria suscripción de cara a obtener financiación para hacer frente a las liquidaciones negativas derivadas del *swap*. Al resolver en el sentido expuesto, el Tribunal Supremo viene a formar jurisprudencia por reiterar el sentido de un precedente de la Sala Primera de 12 de febrero de 2016 cuyos antecedentes de hecho son similares.

#### Procesal

— *Sentencia 232/2017 del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 6 de abril de 2017*  
*Los defectos de formulación derivados del método de «copiar y pegar» en recursos extraordinarios como causa de su desestimación*

Recientemente, el Pleno del Tribunal Supremo ha desestimado los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos en el seno de un procedimiento de nulidad de un préstamo hipotecario multidivisa con base en «*graves defectos en la formulación de los motivos*».

La sentencia considera que los graves defectos en la formulación de los motivos y la falta manifiesta de fundamento debieron determinar su inadmisión, por lo que la Sala no puede entrar a resolverlos. Inicialmente, en trámite de admisión, el interés de la cuestión llevó el asunto al Pleno de la Sala. La cuestión se refería a la disparidad de criterio entre la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015 (as. C-312/14) y la sentencia 323/2015, de 30 de junio de la Sala, en lo que respecta al análisis de un préstamo referenciado en moneda extranjera con cláusula de opción multidivisa.

Sin embargo, a partir de un examen más detenido del recurso y del escrito de oposición, el Alto Tribunal se percató de que el recurso formulado se trata, en la práctica, de una copia de otro recurso anterior del que ya conoció y resolvió la Sala en la sentencia 323/2015, de 30 de junio. En consecuencia, se interponía un recurso que reproducía cuestiones que allí eran controvertidas, como la forma en que se había resuelto en segunda instancia y la normativa que era aplicable por la fecha en que se celebró aquel contrato. Además, se citaban normas que no fueron invocadas en la demanda, se alega la infracción de preceptos que no estaban vigentes en la fecha de celebración del contrato e incluso se mencionaba a una entidad financiera distinta, que no era parte en el procedimiento.

El Tribunal Supremo entiende que los recursos carecen de la necesaria claridad y precisión que debe caracterizar a los recursos extraordinarios, los cuales deben identificar de forma concreta la normativa —procesal o sustantiva— infringida, determinando su desestimación solo por ello.

#### Concursal

— *Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 2017*

*Desestimación de la acción que pretendía la rescisión concursal de una garantía contextual constituida a favor de la sociedad matriz. El otorgamiento de la garantía se encuentra justificado por las garantías personales concedidas previamente por la matriz en favor de la filial.*

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la administración concursal de una sociedad que pretendía la rescisión concursal de la hipoteca constituida por la sociedad concursada en garantía de dos préstamos otorgados a su matriz.

La administración concursal fundó la acción rescisoria, que ejercitó frente a la concursada, su matriz y la entidad financiera que otorgó los préstamos garantizados, en que el otorgamiento de la hipoteca constituía un acto de disposición patrimonial a título gratuito sobre el que debía operar la presunción *iuris et de iure* del artículo 71.2 de la Ley Concursal («LC»).

La demanda fue desestimada en primera instancia y en apelación sobre la base de los siguientes argumentos: (i) la constitución de la garantía era contextual a la concesión de los dos préstamos; (ii) la concursada y su matriz formaban parte de un grupo de sociedades y, por tanto, el acto cuya rescisión se solicitaba solo podía ser analizado en el marco de las operaciones de financiación del grupo —no de manera aislada—; y (iii) las garantías personales previamente prestadas por la matriz en favor de la concursada permitían apreciar la existencia de «*un flujo recíproco de garantías en términos suficientes*» para determinar una ventaja compensatoria que justificara la onerosidad del acto impugnado.

Frente a la sentencia de apelación, la administración concursal interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. En cuanto al fondo, la administración concursal basó el recurso de casación en una infracción del artículo 71 de la LC.

El Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial sobre la base de los siguientes argumentos:

- (i) Cuando la concesión de la garantía es contextual, coetánea a la concesión del préstamo, la jurisprudencia entiende que existe una presunción de onerosidad del acto por el que se constituye la garantía que implica que no resulte de aplicación el régimen del artículo 71.2 de la LC.
- (ii) Esta presunción de onerosidad no excluye la posibilidad de rescindir la garantía por ser perjudicial para la masa si no queda acreditado que estaba justificado el sacrificio patrimonial que implicó su constitución para la concursada.
- (iii) La constitución de la garantía se entenderá justificada cuando se acredite que ha existido alguna atribución o beneficio para el patrimonio del garante que la justifique. Dicho beneficio o atribución patrimonial podrá ser directo o indirecto.

Aplicando estos criterios al caso enjuiciado, el Tribunal Supremo, al igual que la Audiencia Provincial, considera que la constitución de hipoteca en garantía de obligaciones de la matriz estaba justificada por las garantías personales que la matriz, a su vez, había constituido con carácter previo a favor de la concursada, toda vez que estas garantías habían hecho posible que la concursada pudiera acceder a financiación externa.

#### — Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 2017

*Rescisión concursal de acuerdo de refinanciación alcanzado bajo la disposición adicional 4.ª LC, en la redacción dada por el RDL 3/2009: perspectiva temporal del análisis del plan de viabilidad y desvíos en la ejecución del acuerdo de refinanciación.*

La administración concursal de una cooperativa ejercita una acción de reintegración concursal contra el acuerdo de refinanciación —y las garantías otorgadas— que, con anterioridad a la declaración de concurso, había formalizado con un sindicato de bancos. El acuerdo de refinanciación consistía en la concesión de un nuevo crédito, la aportación de nuevas garantías reales y una quita del 30 % de la deuda preexistente de las entidades financieras.

El Juzgado Mercantil dictó sentencia por la que estimó íntegramente la demanda por, entre otros motivos, considerar que el acuerdo de refinanciación no era viable al tiempo de suscribirse y, además, no había sido ejecutado en sus términos, dado que las entidades financieras aplicaron finalmente una quita inferior a la prevista.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por las entidades financieras y revocó la sentencia de instancia. El tribunal concluyó que el acuerdo de refinanciación no resultaba rescindible por cumplir con todos los requisitos establecidos en el apartado 1.º de la disposición adicional 4.ª, según la redacción introducida por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal. En particular, el tribunal consideró probado que la suscripción del acuerdo de refinanciación era la única posibilidad viable que le quedaba a la cooperativa.

Frente a la anterior resolución, la administración concursal interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. Lo relevante de la decisión del Tribunal Supremo reside en que, por un lado, determina que el enjuiciamiento de la razonabilidad del plan de viabilidad no

puede ser *ex post facto* o en función de los resultados, sino que debe realizarse con la información de que se disponía cuando se adoptó el acuerdo de refinanciación y, por el otro, que la existencia de una desviación no significativa en su ejecución no posibilita la rescisión del acuerdo de refinanciación. A estos efectos, el Alto Tribunal consideró que una quita final de 5 millones de euros frente a la quita pactada de 5,5 millones no resultaba una desviación relevante, si bien debe precisarse que este era uno de los múltiples compromisos financieros.

— *Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 23 de marzo de 2017*

*Desestimación de la acción que pretendía la rescisión concursal de actos realizados en el período comprendido entre la aprobación del convenio y la apertura de la liquidación. No puede aceptarse que quepa ejercitar la acción rescisoria concursal frente a actos realizados en un momento temporal distinto del expresamente previsto en el artículo 71.1 de la Ley Concursal.*

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la administración concursal de una sociedad que pretendía la rescisión concursal de una escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca otorgada por la concursada sobre la totalidad de su maquinaria industrial tres semanas antes de comunicar al juzgado la imposibilidad cumplir el convenio aprobado en un procedimiento concursal.

La administración concursal funda la acción rescisoria concursal en que este acto integraba la presunción de perjuicio *iuris tantum* establecida en el artículo 73.3.2.º de la LC, por constituir garantías a favor de obligaciones preexistentes. Aunque este acto se había realizado en fase de cumplimiento del convenio, la administración concursal consideró aplicable el artículo 71.1 de la LC de forma analógica a los actos realizados en el período comprendido entre la aprobación del convenio y la apertura de la liquidación.

La demanda fue estimada por el Juzgado Mercantil, que consideró procedente la acción de reintegración concursal por entender que la apertura de la fase de liquidación suponía una «nueva declaración de concurso». Asimismo, apreció perjuicio para la masa activa y, en consecuencia, acordó el levantamiento de la hipoteca mobiliaria.

La Audiencia Provincial, en cambio, estimó el recurso de apelación interpuesto por el acreedor perjudicado, considerando que es presupuesto de la acción de reintegración concursal que se trate de un acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, no a la fecha de la apertura de la liquidación. Destacó en este sentido que la apertura de la liquidación no es jurídica o técnicamente una «nueva declaración de concurso», por más que con la aprobación del convenio cesaran temporalmente los efectos del concurso y el deudor pudiera desenvolverse sin limitaciones (salvo las impuestas en el convenio). Además, aclaró que no hay propiamente una laguna legal que deba ser integrada mediante la aplicación analógica del artículo 71.1 de la LC. Los actos realizados por el deudor en el período controvertido pueden ser objeto de las acciones de impugnación previstas en el régimen general o común.

Frente a la sentencia de apelación, la administración concursal interpuso recurso de casación. La administración concursal basó el recurso de casación en la infracción por inaplicación del artículo 71 de la LC y, subsidiariamente, por inaplicación del artículo 4.2 del Código Civil, en cuanto a la integración por analogía respecto a la eventual laguna legal apreciada.

El Tribunal Supremo, zanjando la controversia que existía sobre esta cuestión entre diversas Audiencias Provinciales, confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre la base de los siguientes argumentos:

(i) No puede considerarse que exista la laguna legal alegada por la administración concursal. El ejercicio de las acciones previstas en el artículo 71 de la LC debe acomodarse a sus respectivos presupuestos y requisitos. En el caso de la acción del artículo 71.1 LC, solo puede instarse respecto de actos de disposición anteriores a la declaración del concurso. El resto de las acciones del artículo 71.6 LC no tiene esta limitación temporal, aunque sí las derivadas de los plazos de caducidad y prescripción.

(ii) La administración concursal pudo ejercitar la acción rescisoria ordinaria si consideró que el acto impugnado constituía un acto perjudicial para la masa realizado en fraude de acree-



dores. O pudo ejercitar una acción de nulidad por ilicitud de la causa si consideró que ambas partes habían realizado el negocio de disposición con el común propósito de defraudar a los acreedores.

(iii) Que la LC no prevea el ejercicio de la acción rescisoria concursal para los actos realizados en el período controvertido se explica porque los medios ordinarios previstos en la legislación con carácter general son suficientes para proteger la integridad de la masa activa y la *par conditio creditorum* en esta situación.

Aplicando estos criterios al caso enjuiciado, el Tribunal Supremo concluye que ni por vía interpretativa ni por vía analógica puede aceptarse que quepa ejercitar la acción rescisoria concursal frente a actos realizados en un momento temporal distinto del expresamente previsto en el artículo 71.1 de la LC y, en concreto, que pueda ejercitarse cuando se abre la fase de liquidación por incumplimiento del convenio.

## PROCESAL PENAL\*

### 1 · JURISPRUDENCIA

#### [España]

**Licitud de la «Lista Falciani» como prueba documental de cargo en procedimiento seguido por la comisión de dos delitos contra la Hacienda Pública española**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 23 de febrero de 2017*

La Sala desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23.<sup>a</sup>), de 29 de abril de 2016. Se confirma la condena al acusado por la comisión de dos delitos contra la Hacienda Pública *ex* artículo 305 del Código Penal con base en la prueba practicada en sede de juicio oral y, en particular, en la prueba documental requerida por la Agencia Española de Administración Tributaria y recibida de las autoridades fiscales francesas, conocida como «Lista Falciani» —en la que se encontraba el acusado—, consistente en tres listados con información sobre las personas y entidades que disponían de fondos, activos y valores en la entidad HSBC Private Bank en Ginebra.

Al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial («LOPJ») y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («LECrím»), se alega vulneración de derechos fundamentales del artículo 24.2 de la Constitución Española, por la valoración como prueba de cargo de una prueba ilícitamente obtenida. La recurrente considera que el acceso a la información bancaria del Sr. Falciani es un acceso ilegítimo y no autorizado a los datos de los clientes de la entidad bancaria, siendo ilícita —en consecuencia— la recopilación posterior con fines de difusión.

Según su planteamiento, la consideración del acto de apoderamiento de los ficheros informáticos de los que dispuso el Sr. Falciani como un acto ejecutado con vulneración del derecho a la intimidad de sus titulares implicaría un radical efecto contaminante sobre el resto de las pruebas valoradas por el tribunal *a quo*. Sin embargo, las conclusiones de la Sala son las siguientes:

- (i) La denominada «Lista Falciani» fue puesta a disposición de las autoridades fiscales españolas por las autoridades fiscales francesas tras haber sido intervenida durante la entrada y registro en el domicilio del Sr. Falciani.
- (ii) La «no indagación» por parte de las autoridades jurisdiccionales españolas del grado de cumplimiento en otro estado de las garantías propias de nuestro sistema es una cuestión

\* Esta sección ha sido coordinada por Ismael Clemente, y en su elaboración han participado Pablo López Ferrer, Elisa Llop Cardenal, Ester Martín García, Arianna Vázquez Fernández, Marta Barceló Moyano, Laura Quer Casacuberta, Alejandro Virumbrales de Rojas, María Margalida Torrens Terrassa y Eugenia González Arrojo, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

que se ha reconocido, reiteradamente y de diversas formas, en nuestra jurisprudencia. Pero este razonamiento no ha de conducir al establecimiento de reglas generales que, de manera inflexible, no tomen en consideración la variedad de supuestos que nos ofrece la práctica.

(iii) La validez de la prueba proporcionada por las autoridades francesas puede sostenerse a partir del concepto mismo de prueba ilícita proclamado por nuestro sistema.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha afirmado que el poder del Estado para la persecución y enjuiciamiento de hechos ilícitos no puede valerse de atajos. La acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del *ius puniendi*, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuente de pruebas que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría.

El particular que por propia iniciativa desborda el marco jurídico que define la legitimidad del acceso a datos bancarios, ya actúe con el propósito de lograr un provecho económico, ya con el de fomentar el debate sobre los límites del secreto bancario, no lo hace en nombre del Estado. Por tanto, concluye la Sala, no rebasa el cuadro de garantías que define los límites constitucionales al acopio estatal de fuentes de pruebas incriminatorias.

A continuación, se reconoce que no se pretende proclamar un principio dirigido a la incondicional aceptación de las fuentes de prueba ofrecidas por un particular en un proceso penal. Por tanto, a la hora de valorar esta cuestión, serán decisivos el alcance e intensidad de la afectación del derecho fundamental menoscabado.

En definitiva, de lo que se trata es de limitar el afán del Estado en la persecución de los ilícitos penales, de apartar a los agentes de la autoridad de la tentación de valerse de medios de prueba que, por su alto grado de injerencia en el círculo de los derechos fundamentales, están sometidos a unas garantías constitucionales concebidas para la salvaguardia de aquellos.

Lo determinante, según el contenido de la sentencia, es que nunca —de forma directa o indirecta— quien se hace con la información haya actuado como una pieza camuflada del Estado al servicio de la investigación penal. Esto se justifica en el hecho de que los funcionarios que investiguen el delito han de estar convencidos de que tampoco su trabajo será valorado si las pruebas obtenidas lo han sido mediante subterfugio de la utilización de un sujeto particular que, sabiéndolo o no, actúa a su servicio.

**El Tribunal Supremo defiende una interpretación extensiva del artículo 120.4 del Código Penal: la responsabilidad civil subsidiaria surgirá siempre que (i) exista una relación de dependencia funcional y que (ii) el delito se haya cometido en el ejercicio (normal o anormal) de esas funciones. Por tanto, es indiferente que el autor del delito haya contravenido directamente las órdenes de su principal**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 6 de abril de 2017*

El Tribunal Supremo desestima los recursos de casación interpuestos contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 27 de mayo de 2016, por la que (i) se condenaba a uno de los acusados (persona física) como autor de un delito continuado de estafa y apropiación indebida y (ii) se declaraba la responsabilidad civil subsidiaria de los otros dos acusados (personas jurídicas).

La primera de esas personas jurídicas (el «concesionario») es una sociedad dedicada a la venta de muebles de cocina, cuya regencia corresponde a su administrador único. Para el desarrollo de esta actividad comercial, esa sociedad suscribió un contrato con otra empresa (el «concedente»), en virtud del cual aquella se comprometía a vender en exclusiva las cocinas de la marca propiedad de esta última. A finales del año 2013, el concedente notificó al administrador único de la sociedad concesionaria que, a partir de entonces, la entrega de las mercancías estaría condicionada a su previo pago por adelantado, lo que era impracticable para la concesionaria a causa de las dificultades económicas por las que estaba atravesando. A pesar de ello, el administrador único del concesionario no cesó en la comercialización de las cocinas y continuó captando clientes, a quienes convenía para financiar sus compras mediante créditos al consumo suscritos con una entidad financiera. El dinero de los préstamos se ingresaba directamente en la cuenta del concesionario, pero la devolución de estas cantidades correspondía a los clientes, que nunca llegaron a recibir sus pedidos.

El Tribunal Supremo confirma el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que condenaba al administrador único de la empresa concesionaria por un delito mixto de estafa y apropiación indebida, pero que —contrariamente a lo solicitado por las acusaciones—

absolvía a la persona jurídica de la autoría de tales delitos. Este pronunciamiento exculpatario descansa sobre la ausencia de prueba de cargo respecto de la presunta actuación delictiva de la persona jurídica, excluyendo que sea suficiente con acreditar la ilicitud de la conducta del representante legal de la sociedad. De este modo, la sentencia recuerda que la responsabilidad penal de las personas jurídicas *ex* artículo 31 bis del Código Penal no es de carácter objetivo, por cuanto ese tipo de fórmulas se encuentran expresamente vedadas en este ámbito jurisdiccional.

La sentencia resulta especialmente interesante en lo que se refiere a la figura de la «responsabilidad civil subsidiaria». En este sentido, la sociedad concedente aduce que no puede ser considerada responsable civil subsidiario, habida cuenta de que (i) su relación contractual es con la persona jurídica concesionaria (absuelta), no con su administrador único, y (ii) la actuación delictiva fue cometida en manifiesta contravención de las instrucciones proporcionadas al concesionario. El Tribunal Supremo desestima el motivo de la sociedad recurrente, sobre la base de una interpretación extensiva del artículo 120.4 del Código Penal. De acuerdo con esta doctrina jurisprudencial, los elementos de la responsabilidad civil subsidiaria son los siguientes:

(i) Existencia de una relación de dependencia funcional entre el autor del delito y el responsable civil subsidiario, sin importar la naturaleza o las concretas características de esta vinculación. Lo que determina la actuación penalmente relevante conforme a la norma que impone la obligación de responder civilmente es la posibilidad de irrumpir en la esfera real de la capacidad de disposición del concesionario, aunque sea de manera subsidiaria cuando la actuación del concesionario, dentro del marco comercial con el concedente, es delictiva.

(ii) Ejercicio (normal o anormal) de las funciones desarrolladas al amparo de esa relación de dependencia, por lo que es irrelevante que el autor del delito haya infringido las órdenes proporcionadas por su principal. El concedente responde, por tanto, por una actuación muy concreta: que, reservándose facultades de control de la actuación del concesionario, no las ejerció para conjurar el riesgo de defraudación a terceros que, legítimamente, confiaban en la vinculación del concesionario con la marca y en la solvencia de esta.

**Delito de estafa: copia de la página web original. Responsabilidad civil: límites a la revisión casacional de la cuantía indemnizatoria** *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 16 de febrero de 2017*

La Sala Segunda del Tribunal Supremo desestima los recursos de casación interpuestos por las defensas y la acusación particular, ratificando la sentencia de instancia, que condenó a los tres acusados como autores de un delito continuado de estafa (arts. 248.2 y 250.1.5.<sup>º</sup> del Código Penal), en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento mercantil (arts. 390.1 y 392 del Código Penal) y de un delito de organización criminal (art. 570 bis del Código Penal). Asimismo, la sentencia de instancia les absolvió del delito de blanqueo de capitales y del delito contra la propiedad industrial por los que también fueron acusados.

El tribunal *a quo* consideró probado que, durante el mes de agosto de 2010, un conjunto de personas no identificadas, puestos en común acuerdo con los acusados, crearon un dominio en Internet similar al de una empresa pública estatal española, dedicada a la explotación y comercialización de recursos naturales (en especial, de mercurio) a clientes de fuera de la Unión Europea. El dominio fue alojado en el Reino Unido a través de un servidor gestionado por una compañía con sede en los Estados Unidos.

Dichas personas desarrollaron una página web, que imitaba el estilo y diseño de la página original de la empresa estatal, sustituyendo los datos de contacto auténticos por otros creados por ellos, de tal manera que los clientes que por error entraban en la página falsa contactaban con los acusados, creyendo estar en contacto con empleados o agentes comerciales. Estos ofrecían partidas de mercurio a precios ventajosos y exigían el pago en efectivo por adelantado de ciertas cantidades, en concepto de señal o como confirmación de los pedidos, a cuentas bancarias que los propios acusados se encargaron de abrir.

Finalmente, los condenados retiraban el dinero, mediante transferencias a empresas extranjeras o extracciones en efectivo, y remitían a los perjudicados facturas proforma falsas que justificaban la compraventa ficticia.

La sentencia de la Sala Segunda analiza diversas cuestiones, entre las que cabe destacar las siguientes:

(i) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia

La Sala Segunda del Tribunal Supremo analiza la alegación de vulneración del derecho de la presunción de inocencia efectuada por uno de los recurrentes, en la que sostiene que no existió prueba suficiente que acredite su participación en la creación de la página web ficticia, ni en el registro del dominio, ni en la creación de las cuentas de correo que figuraban en dicha página, por lo que la condena carece de soporte probatorio.

El tribunal *ad quem* considera que la ausencia de prueba sobre su participación en la creación de la página web, correos electrónicos o registro del dominio es indiferente, ya que participó de modo directo en el engaño, al encargarse de remitir facturas falsas, contactar con los clientes que erróneamente creían estar contratando con la empresa estatal y, por último, realizar las retiradas del dinero que estos transferían como adelantos o confirmaciones de los pedidos.

(ii) Límites casacionales a la corrección de la cuantía indemnizatoria

Por último, el Tribunal Supremo desestima íntegramente el recurso de la acusación particular, que solicitaba a través de diversos motivos la corrección de la cuantía indemnizatoria. A este respecto, el Alto Tribunal señala que no es misión de la casación corregir la cuantía indemnizatoria por el tribunal de instancia, sino, en su caso, revisar las bases establecidas para la fijación de las cantidades totales señaladas en cada supuesto.

El Alto Tribunal recuerda que la revisión de las cuantías indemnizatorias solo cabe en los siguientes supuestos tasados: (i) cuando se rebase o excedan las cantidades solicitadas por las acusaciones; (ii) cuando se fijen defectuosamente las bases correspondientes; (iii) cuando haya una discordia evidente entre las bases y la cantidad señalada como indemnización; (iv) cuando se establezcan indemnizaciones que se aparten de modo muy relevante de las señaladas ordinariamente por los Tribunales en supuestos análogos; (v) en supuestos de error notorio, arbitrariedad, o irrazonable desproporción de la cuantía; y, (vi) en los supuestos de aplicación necesaria u orientativa del baremo, cuando se aprecie una defectuosa interpretación de este.

En el presente caso, no concurría ninguno de los supuestos, por lo que la Sala rechaza la modificación de la responsabilidad civil.

**Responsabilidad penal de la persona jurídica: la comisión de un delito por la persona física no conlleva de forma automática la responsabilidad penal de la persona jurídica, debiéndose acreditar un defecto de organización o la inexistencia de medidas de control**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 4.ª) núm. 116/2017, de 30 de junio de 2017*

La Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia de instancia y declara la libre absolución de la sociedad cooperativa, que había sido condenada junto a su legal representante por tres delitos contra la Hacienda Pública.

La sentencia de instancia declara probado que la sociedad cooperativa tenía por objeto la subasta y comercialización de pescado, así como cualquier otra actividad destinada a la mejora de las explotaciones de los socios. El acusado, presidente de la cooperativa, tenía atribuidas por los estatutos, entre otras funciones, la representación legal y la responsabilidad tributaria.

A lo largo de los ejercicios 2008, 2009 y 2010, la cooperativa presentó autoliquidaciones por el IVA que no reflejaban la totalidad de las compras efectuadas, pues una parte importante de las capturas adquiridas se ocultaban a la Hacienda Pública, al no declararse por la compradora ni por los proveedores. No obstante, dicha mercancía sí que era después comercializada, deduciéndose ilícitamente la cooperativa el correspondiente IVA que no había soportado.

Entre otras cuestiones, la sentencia se centra en el análisis de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el derecho a la presunción de inocencia. El Tribunal considera que la sentencia recurrida infringió dicho derecho fundamental respecto de la cooperativa, pues, sin haber practicado prueba alguna tendente a acreditar su responsabilidad penal, la condenó por el mero hecho de que su representante legal había cometido tres delitos fiscales, en su beneficio. Según el Tribunal, la sentencia da a entender que la responsabilidad penal de la entidad deriva exclusivamente de la vigencia de los artículos 31 bis y 310 bis del Código Penal.

Con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de febrero, 16 de marzo y 13 de junio de 2016, la Audiencia Provincial recuerda que, para que la persona jurídica sea responsable penalmente, la acusación debe acreditar (i) la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas a las que se refiere el apartado primero del artículo 31 bis del Código Penal y (ii) que la persona jurídica no adoptó las medidas de control adecuadas y necesarias para evitar la comisión de delitos en su seno (cumpliéndose así con el principio de culpabilidad). El Tribunal sostiene que la responsabilidad penal de la persona jurídica no es de carácter objetivo, sino que surge de la comisión de un hecho delictivo, sin que quepa realizar presunciones *iuris tantum*, esto es, que cuando se ha acreditado la comisión de un delito por una persona física, «no cabe presumir de manera automática que ha habido un defecto de organización o que no se han adoptado las necesarias medidas de control», siendo este un extremo fáctico que, por imperativo del principio de culpabilidad y del derecho a la presunción de inocencia, debe probarse por las acusaciones.

En el caso concreto, el Tribunal considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de la cooperativa por los siguientes motivos: (i) no se practicó prueba por las acusaciones respecto de la responsabilidad penal de la persona jurídica y, en concreto, sobre la inexistencia de controles para prevenir el delito que se le atribuye; (ii) la sentencia no motivó la condena a la cooperativa; y (iii) en el relato fáctico de la resolución no se hace mención a los hechos concretos que se atribuyen a la cooperativa.

Por todo lo anterior, se absuelve a la persona jurídica y se modifica el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil de la entidad, que pasa a responder de forma subsidiaria por la cuota defraudada.

**Ratifica la condena a un alcalde por un delito continuado contra la ordenación del territorio. El recurrente no puede escudarse en la confianza depositada en los técnicos, argumento que constituye un verdadero «mantra» muy manido y presente en todos los procesos penales de corrupción política y económica**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 19 de julio de 2017*

El Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por el alcalde de una localidad extremeña contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres que le condenó como autor de un delito continuado contra la ordenación del territorio del artículo 320.2 en relación con los artículos 404 y 74 del Código Penal.

El recurrente, en el período comprendido entre julio de 1999 y mayo de 2007, personalmente o en conjunción con otros miembros de la corporación local (dando su visto bueno a acuerdos adoptados por la Junta Local), concedió un total de 18 licencias de obra sin efectuar comprobación alguna y al margen de toda normativa. Las referidas licencias tenían formalmente por objeto la construcción de obras menores para la finalidad rústica del terreno (caseta para guardar aperos de labranza, caseta de almacén para uso agrícola o un gallinero, entre otras). Pero lo cierto es que, en todos los casos, no solo lo construido estaba situado en terreno no urbanizable, sino que además la obra no se adecuaba a lo solicitado, resultando ser en la mayoría de los casos viviendas residenciales.

El condenado interpuso recurso de casación, entre otros, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Alega la inexistencia de prueba de cargo capaz de sostener la condena, ya que considera que no tenía por qué conocer el incumplimiento de los requisitos necesarios para las licencias otorgadas; y además, añade, que carecía de conocimientos en la materia, por lo que depositó su plena confianza en los técnicos. Asimismo, rechaza que como alcalde pueda estar obligado a realizar un control de legalidad de los expedientes que autoriza, y señala que en todo caso ni actuó «a sabiendas» de la ilegalidad ni existió advertencia alguna de ilegalidad por el secretario de la corporación.

Por su parte, el Tribunal considera como prueba de cargo fundamental el contenido de los propios expedientes, en los que expresamente consta la indicación de omisión de la documentación exigida para poder emitir el informe preceptivo de conformidad o disconformidad con la legalidad urbanística, llegando incluso a concederse licencias condicionadas a la aportación de esa información sin que esta se aportase nunca. No se registraron los informes del arquitecto municipal ni del secretario de la corporación, no se efectuó la comunicación del inicio y fin de la obras por parte del promotor, ni se efectuó comprobación alguna para constatar que lo realizado se ajustaba a las licencias obtenidas; el Ayuntamiento se limitó a conceder sin más trámi-

te las autorizaciones para las obras menores que se solicitaban como pretexto y que ocultaban construcciones prohibidas, que excedían, además, del volumen y dimensión solicitados.

Por consiguiente, afirma el Tribunal que el recurrente no puede parapetarse en la confianza que tenía en los técnicos, como ya recordó la misma Sala en la Sentencia del Tribunal Supremo 247/2017, de 5 de abril. El delito del artículo 320 del Código Penal se encuentra entre los «delitos de infracción de un deber», esto es, el tipo penal sanciona a quienes, encontrándose en una posición de garante respecto de la inviolabilidad del bien jurídico —en este caso, por razón de la responsabilidad derivada del cargo público ocupado—, quebrantan tal deber de control y vigilancia del cumplimiento del ordenamiento jurídico, que en el presente caso se concreta en una verificación individual y crítica del cumplimiento del procedimiento de otorgamiento de las mencionadas licencias. Afirma el Tribunal que las licencias se otorgaban con total opacidad, conscientemente sumida y querida por el recurrente, por lo que no puede pretender eximirse de su responsabilidad: al alcalde le correspondía dirigir la Administración municipal, y, por tanto, era el responsable de comprobar la regularidad formal de los expedientes que llegaban a Junta de Gobierno local, sin que sea excusa alguna el que hubiera un departamento específico dedicado a su tramitación o un concejal encargado de obras.

Y tampoco resulta aceptable el argumento según el cual el alcalde era lego en Derecho, pues como señala el Tribunal, cualquier ciudadano con un nivel cultural medio —debiendo destacarse la formación superior del recurrente— conoce que las concesiones de licencias de obras en terreno no urbanizable exigen un riguroso control de lo que se pretende edificar.

En consecuencia, confirma la condena impuesta por el tribunal *a quo*.

## PROPIEDAD INTELECTUAL\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

Se incorpora al ordenamiento español una nueva Directiva sobre la restitución de bienes culturales ilegalmente sustraídos del territorio de un Estado miembro

*Ley 1/2017, de 18 de abril, sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014*

Como su propio nombre indica, la Ley analizada incorpora al ordenamiento español la Directiva 2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (la «Directiva 2014/60/UE»), al tiempo que deroga la Ley 36/1994 de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7 CEE relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea (la «Directiva 93/7 CEE»).

La exposición de motivos de la norma señala que la finalidad de la Directiva que traspone es suplir las carencias detectadas tras la aplicación de su Directiva predecesora (la Directiva 93/7 CEE). En este sentido, la nueva Directiva 2014/60/UE carece de un anexo en el que se categoricen los bienes objeto de restitución, e incluye un Sistema de Información del Mercado Interior, así como la designación de una autoridad central. En España, esta autoridad central será la

\* Esta sección ha sido coordinada por Agustín González García y elaborada por Rafael Sánchez Aristi, Nerea Sanjuán Rodríguez, Nora Oyarzabal Oyonarte, Cristina Suanzes Díez y Teresa García-Barrero, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

Secretaría de Estado de Cultura, o el órgano superior de la Administración General del Estado que en cada momento asuma sus competencias en materia de patrimonio histórico, y será la encargada de cooperar y fomentar la concertación entre las autoridades nacionales competentes del resto de los Estados miembros.

El articulado contiene también la ampliación de plazos de actuación. Así, por una parte, se amplía a seis meses el plazo para verificar si el bien cultural descubierto en otro Estado miembro constituye un bien en el sentido descrito en la Directiva y, por otra, se amplía de uno a tres años el plazo para ejercer la acción de restitución a partir de la fecha en la que el Estado miembro de cuyo territorio salió de forma ilegal el bien cultural tuvo conocimiento del lugar en el que se encontraba el bien y de la identidad de su poseedor o tenedor.

Por otra parte, la clasificación de bien como «cultural» continúa siendo competencia de los Estados miembros, cuyas leyes internas delimitarán qué constituye su patrimonio artístico, histórico o cultural. En cuanto a la definición de tales bienes en el marco normativo español, se precisa que serán aquellos que se encuentren incluidos en inventarios de instituciones eclesásticas, formen parte de colecciones públicas o pertenezcan a alguna de las categorías que se relacionan en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, en las leyes que en materia de patrimonio histórico o cultural han aprobado las Comunidades Autónomas en el ejercicio de su competencia, en el Reglamento (CE) n.º 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales, sea su titularidad pública o privada, o en la propia Directiva 2014/60/UE.

Finalmente, la Ley recoge que los tribunales civiles españoles serán competentes para conocer de la acción de restitución de bienes culturales que se hallen en el territorio español, y que el proceso en cuestión se tramitará —a salvo de las excepciones contenidas en la propia Ley— por los trámites del juicio verbal contemplado en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Unión Europea]

**El precio de una habitación de hotel no es un derecho de entrada especialmente solicitado como contraprestación de una comunicación al público de una emisión televisada o radiofónica**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de febrero de 2017 (as.C-641/15)*

La cuestión prejudicial resuelta por el TJUE en esta sentencia surge en el marco de un litigio entre, por una parte, una entidad de gestión colectiva de derechos de autor austriaca que representa a organismos de radiodifusión y que está facultada para ejercer, entre otros, el derecho exclusivo de comunicación al público mediante radiodifusión, y por otra, una sociedad hotelera.

En particular, la entidad de gestión colectiva austriaca presentó una demanda para que se condenase a la sociedad hotelera a abonarle una indemnización por daños y perjuicios al considerar que, al poner a disposición de los huéspedes televisiones en las habitaciones del hotel y comunicar las emisiones televisivas y radiofónicas mediante dichos aparatos, la sociedad hotelera lleva a cabo un acto de comunicación al público, en el sentido del artículo 8, apartado 3, 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 (la «Directiva 2006/115»). Al respecto, conviene recordar que el artículo 8.3 de la Directiva 2006/115 reconoce un derecho exclusivo de comunicación pública a las entidades de radiodifusión siempre y cuando las comunicaciones de sus emisiones se realicen «en lugares accesibles al público a cambio del pago de una cantidad en concepto de entrada».

En este contexto, el Tribunal austriaco plantea al TJUE, en esencia, si el artículo 8, apartado 3 de la Directiva 2006/115 debe interpretarse en el sentido de que las comunicaciones de emisiones televisadas y radiofónicas mediante aparatos de televisión instalados en las habitaciones del hotel constituyen una comunicación llevada a cabo en un lugar accesible al público a cambio del pago de una cantidad en concepto de entrada.

El TJUE responde en sentido negativo al considerar que el precio de una habitación de hotel no es un derecho de entrada especialmente solicitado como contraprestación de una comunicación al público de una emisión televisada o radiofónica, sino que constituye principalmente la contraprestación de un servicio de alojamiento. En consecuencia, la comunicación al público de emisiones televisadas y radiofónicas mediante aparatos de televisión y de radio instalados en las habitaciones de hotel no está comprendida en el ámbito de aplicación del derecho exclusivo de los organismos de radiodifusión establecido en el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2006/115.

**La retransmisión de obras emitidas en cadenas de televisión —sujetas o no a obligaciones de servicio público— mediante un flujo de Internet en la zona de radiodifusión inicial constituye una violación de los derechos de autor**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 1 de marzo de 2017 (as. C-275/15)*

Esta sentencia se dictó como consecuencia de una disputa surgida entre varias emisoras comerciales de televisión británicas que, en virtud del Derecho nacional, son titulares de derechos de autor sobre sus emisiones de televisión y sobre las películas y los demás contenidos incluidos en sus emisiones, y TVC, una compañía que ofrecía en Internet servicios de difusión de emisiones televisadas gratuitas, incluidas las emisiones televisadas transmitidas por las citadas emisoras de televisión británicas. En este marco, las emisoras de televisión británicas interpusieron una demanda contra TVC por violación de sus derechos de autor.

El órgano jurisdiccional remitente expone que el artículo 73 de la Ley de derechos de autor británica establece un motivo de defensa contra una acción por violación de derechos de autor sobre una emisión o sobre cualquier obra incluida en una emisión, aplicable «*cuando una emisión inalámbrica efectuada desde algún lugar del Reino Unido sea recibida e inmediatamente retransmitida por cable*». Precisa que el motivo de defensa sobre el que debe pronunciarse el TJUE es la letra b) del apartado 2 del artículo 73, que dispone que esos derechos no se consideran violados «*si la emisión está destinada a ser recibida en la zona en la que se retransmita por cable y en la medida en que así sea y si forma parte de un servicio reconocido y en la medida en que así sea*».

Considerando que procede interpretar el artículo 73 de la Ley de derechos de autor británica a la luz del artículo 9 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»), el órgano jurisdiccional remitente plantea, entre otras cuestiones, si el citado artículo 9 de la Directiva 2001/29, y más concretamente el concepto de «*acceso al cable por parte de los servicios de radiodifusión*», debe interpretarse en el sentido de que esta disposición incluye en su ámbito de aplicación y autoriza una normativa nacional que excluya la existencia de violación de los derechos de autor en caso de retransmisión inmediata por cable, y eventualmente también a través de Internet, en la zona de radiodifusión inicial, de obras emitidas en cadenas de televisión sujetas a obligaciones de servicio público.

El TJUE responde en sentido negativo. En primer lugar, recuerda que una retransmisión mediante un flujo de Internet, como la controvertida en el litigio principal, constituye una comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1 de la Directiva 2001/29. Asimismo, aclara que el objetivo del artículo 9 de la Directiva 2001/29 consiste en preservar las disposiciones aplicables en ámbitos distintos del armonizado por la citada Directiva y que una interpretación del citado artículo 9 en el sentido de que este permite una retransmisión como la controvertida en el litigio principal sin el consentimiento de los autores en casos distintos de los contemplados en el artículo 5 de esa Directiva —que regula las excepciones y limitaciones— sería contraria, no solo al objetivo de ese artículo 9, sino también al carácter exhaustivo del artículo 5, y menoscabaría de ese modo la realización del objetivo principal de la Directiva 2001/29, esto es, el de instaurar un elevado nivel de protección a favor de los autores. Finaliza el TJUE señalando que a este respecto carece de incidencia el hecho de que la difusión inicial de las obras protegidas tenga lugar, o no, en cadenas de televisión sujetas a obligaciones de servicio público, ya que no existe en la Directiva 2001/29 base alguna para justificar que se otorgue una menor protección a los contenidos de esas cadenas.



La difusión de programas de organismos nacionales —a diferencia de los de otros Estados miembros— mediante una red de cable local no constituye un acto de comunicación al público. La emisión de programas a través de antenas colectivas a menos de quinientos usuarios no puede considerarse de «importancia menor» a efectos de que se aplique una excepción a la obtención de autorización del autor

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de marzo de 2017 (as. C-138/16)*

Este procedimiento se enmarca en un litigio iniciado por la entidad de gestión austriaca de derechos de autor Staatlich genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverlegerregistrierte Genossenschaft mbH (AKM) contra Zürs.net Betriebs GmbH (Zürs), por el que la primera reclama a la segunda el pago de una compensación adecuada por la red de cable local que gestiona Zürst y mediante la cual transmite programas de radio y televisión a su vez emitidos por organismos de radiodifusión nacionales y extranjeros.

Las cuestiones planteadas por el tribunal nacional consisten en solicitar que se determine si es contraria al artículo 3.1 o al artículo 5 de la Directiva 2001/29/UE, o bien al artículo 11 bis.1, punto 2 del Convenio de Berna, una norma nacional por la que se determina que la transmisión de programas mediante «antenas colectivas» (i) no se considera «nueva emisión», si la antena no está conectada a más de quinientos abonados, o (ii) se considera parte de la emisión original, si consiste en la transmisión simultánea, completa y sin cambios de programas de la radio televisión pública austriaca mediante cable en el territorio nacional (Austria), siendo que en ambos casos no estaría cubierta por ningún derecho exclusivo ni, en consecuencia, sujeta a autorización del autor.

En primer lugar, el TJUE considera que la transmisión simultánea, completa y sin cambios de programas emitidos por organismos de radiodifusión nacionales es un «acto de comunicación», pero no se puede entender que esté dirigido a un «público nuevo», en la medida en que el público al que van dirigidos es el mismo y esa transmisión constituye una simple modalidad técnica de comunicación, y siempre que se cumpla el requisito de que se haya tenido en cuenta por el autor de la obra al autorizar la comunicación inicial. Dándose esas circunstancias, este tipo de transmisión no se puede considerar un «acto de comunicación al público» en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29/UE y del artículo 11 bis.1, punto 2 del Convenio de Berna y, en consecuencia, no requiere autorización de los autores. Por el contrario, la transmisión de programas emitidos originariamente por organismos de radiodifusión de otros Estados miembros constituye un acto de comunicación pública, puesto que sí se dirigen a un «público nuevo», distinto al de origen. En cuanto a si ese acto puede ampararse en la excepción del artículo 5.3, letra o) de la Directiva 2001/29/UE, por constituir un uso de «importancia menor», el TJUE afirma que la interpretación de esta excepción, que debe ser restrictiva, no permite considerar que una comunicación pública que se lleva a cabo mediante una antena colectiva y a un número de abonados conectados no superior a quinientos pueda ser considerado de «importancia menor» y, por tanto, exenta de autorización, puesto que puede conducir a una utilización continuada y paralela de una pluralidad de antenas colectivas por múltiples usuarios cuya repercusión no es menor.

La venta de un reproductor audiovisual multimedia que contiene hiperenlaces a obras audiovisuales protegidas por derechos de autor sin la autorización de los titulares de tales derechos constituye un acto ilícito de comunicación al público

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de abril de 2017 (as. C-527/15)*

Este procedimiento enfrenta a Stichting Brein, fundación holandesa que defiende los intereses de los titulares de derechos de autor, con el Sr. Jack Frederik Wullems, en relación con la venta por este último de un reproductor audiovisual multimedia que actúa como intermediario entre una fuente de imagen o audio y una pantalla de televisión, permitiendo el acceso libre a sitios de Internet (a través de hiperenlaces) en los que se ponen a disposición obras audiovisuales protegidas por derechos de autor con o sin la autorización de los titulares de tales derechos.

Las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal nacional neerlandés ante el TJUE se centran en (i) si debe interpretarse que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/UE en el sentido de que existe una «comunicación al público» en la venta de un producto en el que se han instalado extensiones que contienen hiperenlaces a sitios web que alojan obras protegidas por derechos de autor no autorizadas, y si tiene alguna incidencia sobre la respuesta el hecho de que las obras protegidas nunca hayan sido publicadas en Internet con autorización de los titulares o solo mediante un abono, y que dichos sitios web se hallen a libre disposición; así como (ii) si debe interpretarse el artículo 5.1, apartado b) de la Directiva en el sentido de que debe considerarse «ilícito» que un usuario realice una reproducción provisional de una obra protegida obtenida en flujo continuo desde el sitio web de un tercero en el que se ofrece esa obra sin autorización, y, en caso de respuesta negativa a la tercera cuestión, si esa misma reproducción resulta contraria al «examen en tres fases» del 5.5 de la Directiva.

En cuanto al primer bloque de cuestiones, el TJUE considera que al preinstalar en su reproductor multimedia extensiones que permiten acceder de forma directa a obras protegidas por derechos de autor sin autorización, el Sr. Wullems está llevando a cabo actos de comunicación en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva. Además, esos actos se dirigen a un «público», ya que el reproductor tiene como destinatarios a todos sus potenciales compradores, que constituyen un número indeterminado y considerable de personas. Asimismo, ese público debe considerarse «nuevo», puesto que no es un público que fuera tomado en consideración por los titulares de derechos cuando autorizaron la comunicación inicial, puesto que esta no ha llegado a otorgarse, y además la venta de reproductores se lleva a cabo con ánimo de lucro. En cuanto al segundo bloque de cuestiones, el TJUE considera que los actos de reproducción temporal, a través de un reproductor multimedia, de obras protegidas por derechos de autor accedidas de forma continua por medio de un sitio web que las ofrece sin autorización no cumplen el artículo 5.1 de la Directiva, puesto que su finalidad no es simplemente facilitar una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario o una utilización lícita de dichas obras. Además, tales actos conllevan una disminución de las transacciones legales relativas a dichas obras, lo que causa un perjuicio injustificado a los titulares de derechos, en infracción del artículo 5.5 de la Directiva.

### [España]

#### La imitación de ciertos elementos de un catálogo de productos no supone una vulneración de derechos de propiedad intelectual

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 2017*

La sentencia pone fin al procedimiento instado por dos entidades dedicadas al sector del bricolaje, demandantes de una tercera entidad perteneciente al mismo sector que, según las actoras, habría plagiado varios elementos característicos de su catálogo comercial.

Las demandantes invocaron que su catálogo de productos constituía una obra susceptible de protección al amparo de los artículos 10.1 a) y 12.2 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia («TRLPI»), es decir, en su condición de folleto o impreso, por una parte, y de base de datos, por otra. Asimismo, las actoras alegaron que la actuación de la demandada constituía un acto de engaño en los términos del artículo 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal («LCD»).

La demanda fue desestimada en primera instancia y posteriormente estimada parcialmente en sede de apelación. No obstante, el Supremo retoma el criterio del juzgado inicial y, estimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, revoca el pronunciamiento de la Audiencia Provincial.

El Tribunal dispone que el catálogo de productos de bricolaje objeto de litigio no puede calificarse de obra de propiedad intelectual, en cuanto no reúne los elementos constitutivos de esta: no es una creación original literaria, artística o científica. Refuerza este argumento al señalar que la protección pretendida no se invoca respecto de un ejemplar concreto del catálogo, sino de la forma y configuración general del conjunto de ejemplares, respecto de su formato, estructura, selección y disposición de contenidos.

Por otra parte, el Tribunal cuestiona la calificación del catálogo como base de datos. No obstante, dispone que, aun de admitirse dicha consideración, la sentencia de apelación habría aplicado inadecuadamente los criterios pertinentes para apreciar la existencia de plagio respecto de las bases de datos protegidas, pues los elementos supuestamente plagiados —el uso de papel reciclado, un formato reducido, franjas de color y tablas de cálculo, entre otros— son ajenos a la selección o disposición de sus contenidos, única actividad susceptible de protección al abrigo del artículo 12 TRLPI.

En relación con las acciones de competencia desleal, la sentencia dispone que la conducta reprochada está amparada por el principio de libre imitabilidad recogido en el artículo 11 de la LCD, siempre que no vulnere un derecho de exclusiva o resulte idónea para generar asociación en los consumidores respecto de la prestación en cuestión.

Descartada la vulneración de derechos exclusivos de propiedad intelectual y no apreciándose la generación de asociación entre prestaciones, la sentencia dispone que, como consecuencia, no

cabe reprimir la conducta *ex* artículo 5 LCD, pues con ello se admitiría una antijuricidad degradada, ya que no cabe aplicar la cláusula general del artículo 5 para sancionar como desleales conductas que debieran ser confrontadas con alguno de los tipos específicos contenidos en otros preceptos de la propia Ley.

**El Tribunal Supremo confirma que AISGE tendrá que hacer frente a la sanción de 627.855 euros impuesta por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) por haber exigido unas tarifas abusivas a las salas de cine**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de febrero de 2017*

El Tribunal Supremo ha desestimado el recurso de casación interpuesto por AISGE frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 13 de noviembre de 2013, que a su vez había desestimado el recurso que la entidad de gestión de los artistas audiovisuales había interpuesto contra la Resolución de la CNMC de 19 de diciembre de 2011, la cual impuso a AISGE una multa de 627.855 euros por abuso de posición de dominio, al apreciar que se había aprovechado de su situación de monopolio para fijar una tarifa inequitativa correspondiente a la comunicación pública mediante actos de exhibición de obras audiovisuales en salas de exhibición cinematográfica.

Esa falta de equitatividad se cifraba en el hecho de que, para el año 2005, AISGE había aprobado una nueva tarifa general por la comunicación pública mediante actos de exhibición en salas de cine del 1,5 % de los ingresos de taquilla, lo que suponía un incremento de casi el cien por cien respecto de la tarifa precedente, situada en el 0,8 % de los ingresos de taquilla. En el procedimiento administrativo, AISGE había alegado, entre otras cosas, que ese incremento se debía a la incorporación de nuevos colectivos (bailarines, dobladores y directores de escena) y al aumento del repertorio internacional representado por ella, en particular el estadounidense. Sin embargo, la Resolución CNMC rechazó tales argumentos, porque AISGE ya había venido recaudando por todos los derechos posibles contenidos en una obra cinematográfica y respecto de la totalidad de las obras susceptibles de ser proyectadas en una sala de cine: si AISGE pasaba a aumentar su repertorio o su base de titulares, ello podría afectar al reparto de lo recaudado, pero no a la tarifa cobrada al usuario. Así pues, la CNMC apreció la conducta abusiva al entender que AISGE no había sido transparente a la hora de justificar el incremento del 100 % de su tarifa general. Para la CNMC, AISGE había utilizado esa elevación unilateral de su tarifa para presionar a las asociaciones y salas de exhibición de cara a la negociación de nuevos convenios y acuerdos.

La Audiencia Nacional, por su parte, desestimó el recurso de AISGE contra la Resolución de la CNMC. Además de descartar impugnaciones de índole procesal, apreció que la infracción había quedado acreditada (las entidades de gestión pueden subir sus tarifas si ello está objetivamente justificado, pero aquí no se había justificado un incremento porcentual tan elevado) y que la multa no era desproporcionada (se situó por debajo del 10 % del volumen de negocios total de la infractora, que ascendió en 2010 a casi 47 millones de euros).

El Tribunal Supremo confirma ahora en todos sus extremos la sentencia de la Audiencia Nacional, rechazando los motivos de casación formulados por AISGE, tanto procesales como de fondo.

**Nulidad del Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, que regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado**

*Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, n.º 661/2017, de 17 de abril, n.º 670/2017, de 18 de abril, n.º 679/2017, de 19 de abril y n.º 681/2017, de 19 de abril*

Tras la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 2394/2016, de 10 de noviembre de 2016, por la que se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo planteado por varias entidades de gestión colectiva (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 equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado («RD 1657/2012»), declarándolo nulo e inaplicable, dicho Tribunal ha dictado sentencia en otros tres procedimientos iniciados respectivamente por AISGE, CEDRO, y conjuntamente por AIE, SGAE y AGEDI, en los que se solicitaba también la nulidad de dicho Real Decreto.

Asimismo, se dicta sentencia en un cuarto procedimiento iniciado por AMETIC, por el que solicita la nulidad parcial del Real Decreto, en concreto, de las siguientes disposiciones: (i) el artículo 5,

apartado c), en lo relativo al reconocimiento de los editores como acreedores, al respecto de lo que AMETIC entiende que no siendo titulares originarios del derecho exclusivo de reproducción conforme a la Directiva 2001/29/CE, no deberían ser considerados como tales, y (ii) el segundo párrafo de la disposición transitoria primera, que también considera contrario al ordenamiento jurídico, pues prevé la aplicación de la normativa vigente en materia de copia privada, anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, a las operaciones sujetas a compensación llevadas a cabo antes del 1 de enero de 2012, la cual, teniendo en cuenta que parte de esa normativa ha sido declarada nula —en particular la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, por la que se establece la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción—.

En todos estos procedimientos, el Tribunal concluye que, habiéndose declarado nulo el Real Decreto 1657/2012 mediante la Sentencia n.º 2394/2016, dichos recursos deben declararse terminados por pérdida sobrevenida de su objeto. En particular, en el recurso presentado por AIE, SGAE y AGEDI, el Tribunal Supremo desestima también la pretensión resarcitoria esgrimida por las demandantes en el escrito de demanda, en el que solicitaban una indemnización de los daños y perjuicios causados por el Real Decreto impugnado, al no haberse aportado el informe pericial con base al cual se solicitaba dicha indemnización.

**Primer  
pronunciamiento de  
un juzgado español  
sobre la  
responsabilidad  
indirecta tras la  
reforma del artículo  
138 de la Ley de  
Propiedad Intelectual**

*Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de La Coruña, de 1 de febrero de 2017*

La sentencia analizada trae causa de una demanda promovida por una empresa de radiodifusión en su condición de titular de los derechos exclusivos que el artículo 126 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia («TRLPI») otorga a estas entidades. La demandada fue una sociedad que habría comunicado al público de manera no autorizada y de forma organizada las emisiones de titularidad de la actora, a través de la página web Roja Directa.

La actora ejerció con carácter principal una acción por vulneración directa de sus derechos patrimoniales de propiedad intelectual y, con carácter subsidiario, una acción de responsabilidad indirecta. Cabe destacar que los contenidos comunicados al público a través de Roja Directa provenían de las emisiones que la actora ponía a disposición de un público concreto, consistente en abonados que satisfacían el pago de una cuota para acceder al contenido protegido. Por tanto, en aplicación de la doctrina *Svensson*, no cabía duda de que la puesta a disposición del contenido protegido (en su mayoría partidos de fútbol) de manera gratuita, constituía su comunicación a un público nuevo, distinto de aquel inicialmente pretendido por su titular.

Si bien el juzgado estima la acción principal ejercitada, aprovecha la ocasión para pronunciarse acerca de la acción interpuesta de forma subsidiaria, que se fundamenta en los términos regulados en la nueva redacción del artículo 138 TRLPI. Se trata de la primera ocasión —y la única hasta la fecha— que ha tenido una sentencia española para interpretar el artículo 138 tras su modificación.

Así, la sentencia establece que, aun si a meros efectos dialécticos se entendiese que la demandada no era responsable directa de las infracciones que se le imputaban, su consideración de infractora vendría de la mano del párrafo segundo añadido al artículo 138 TRLPI tras su modificación de 2014. Por ello, el juzgado dispone que un mero motor de búsquedas podría ser considerado responsable, en su condición de cooperador necesario de la actividad infractora de terceros, por cuanto contribuye abiertamente a que el gran público acceda a los contenidos protegidos insertados en páginas que no gozan de libre acceso y han sido reservadas para el público abonado. La sentencia realiza un análisis de causalidad para apreciar la cooperación necesaria de la demandada. Este consiste en la apreciación de que, sin la intervención de la demandada, un usuario medio no obtendría el código alfanumérico preciso para visualizar el contenido.

El juzgado aprecia que las actividades de tratamiento, clasificación e indexación de la información entrañan una ruptura de la neutralidad del prestador de servicios, al margen de si este es quien proporciona inicialmente los enlaces.

A continuación, la sentencia determina que el ánimo de lucro de la demandada deviene evidente en cuanto a que la única actividad desarrollada por ella —y, por tanto, su única fuente de ingresos— es la explotación de la página web Roja Directa que se nutre de los usuarios que acuden para visualizar contenidos puestos a disposición sin autorización de sus titulares. Este ánimo de lucro —aprecia el juzgado— deviene evidente del modelo de negocio consistente en un diseño empresarial para la captación de clientes, a cuyos efectos es indiferente el concreto concepto por el que facture la empresa (ya sea publicidad, casas de apuestas, cuotas de clientes, etc.). También destaca el juzgado la concurrencia de conocimiento de la infracción por parte de la demandada, puesto que es un hecho notorio que la actora no emite en abierto los partidos más destacados, y la mercantil se encargaba de organizar los contenidos enlazados a través de la web gestionada, de manera que conocía qué materiales se estaban poniendo a disposición del público.

La sentencia anticipa los posibles argumentos que alegaría la demandada para defenderse de las imputaciones realizadas. A este respecto, establece que no cabe apreciar una exoneración de responsabilidad con base en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico («LSSI») y que la contradicción que, a primera vista, podría desprenderse del solapamiento de dicha ley con la nueva redacción del artículo 138 TRLPI, no es tal. El juzgado dispone que para poder exonerar a la demandada sobre la base del artículo 17 LSSI, sería preciso acreditar que la web Roja Directa aloja contenidos por obra de terceros y que su índice se genera automáticamente a partir de patrones preestablecidos. Asimismo, aprecia que en este supuesto confluyen las dos excepciones previstas en el artículo 17 LSSI: el prestador de servicio tuvo conocimiento efectivo de que la información enlazada era ilícita y, teniendo este conocimiento, no actuó con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. A tal efecto, recuerda la doctrina asentada por el Tribunal Supremo que clarificó que no cabe limitar la apreciación de un «*conocimiento efectivo*» exclusivamente a aquellos supuestos en los que el prestador haya recibido una notificación judicial, sino que, de conformidad con la Directiva sobre el comercio electrónico, este se manifiesta a través de «*hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate*».

**Infracción de derechos económicos de propiedad intelectual adquiridos por cesión contractual en exclusiva**

*Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Pamplona, n.º 52/2017, de 10 de marzo*

El Juzgado de Primera Instancia de lo Mercantil n.º 1 de Pamplona ha estimado íntegramente la demanda formulada, en nombre de Kukuxumusu Ideas, S.A. («Kukuxumusu») por razón de la infracción de derechos de propiedad intelectual de su titularidad. Kukuxumusu es titular derivativo, por cesión en exclusiva, de todos los derechos económicos de propiedad intelectual (reproducción, transformación, comunicación pública y distribución pública) sobre una serie de dibujos (los «Dibujos del Universo Kukuxumusu»), de los que son autores los demandados en el procedimiento y quienes fueron cediéndolos a Kukuxumusu mediante sucesivos contratos de cesión de derechos.

La controversia se origina cuando uno de los fundadores y, hasta finales del año 2015, director artístico de Kukuxumusu, abandona la compañía y comienza, junto con otros dibujantes, un nuevo proyecto empresarial denominado «Katuki Saguyaki» dentro del que comercializan, entre otros productos, camisetas ornamentadas con Dibujos del Universo Kukuxumusu que infringen los derechos de propiedad intelectual de los que es titular en exclusiva Kukuxumusu.

En la demanda, Kukuxumusu alegó que los demandados estaban infringiendo los derechos económicos de propiedad intelectual de su titularidad mediante la reproducción, transformación, comunicación pública y distribución de los Dibujos del Universo Kukuxumusu. Los demandados contestaron a la demanda alegando (i) que la intención de Kukuxumusu era impedirles hacer uso de su estilo; (ii) que no existía un «Universo Kukuxumusu» definido; (iii) que sus dibujos no eran copias ni transformaciones de los dibujos titularidad de Kukuxumusu y (iv) que, en todo caso, como autores de los dibujos, conservaban los derechos morales a los que se refiere el artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual.

El juzgado parte del hecho incontrovertido de la validez y eficacia de los contratos de cesión de derechos celebrados entre Kukuxumusu y los demandados y comienza analizando el alcance del

derecho de transformación. A los ojos del juzgado, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo (establecida entre otras, en la Sentencia n.º 763/2012 de 18 de diciembre), el límite entre una transformación y una obra original estaría en que «una obra de propiedad intelectual para considerarse novedosa o simple transformación de otra, dependerá del quantum de originalidad que suponga». Para valorar ese «quantum de originalidad» realiza un pormenorizado análisis de los informes periciales aportados al procedimiento y concluye que los dibujos realizados por los demandados son, efectivamente, copias o transformaciones de dibujos cuyos derechos económicos de propiedad intelectual pertenecen a Kukuxumusu. A ello, el juzgado añade que no puede considerarse que Kukuxumusu esté tratando de impedir que los demandados hagan uso de su estilo, ya que estos son libres de continuar creando y dibujando conforme a su estilo, siempre y cuando no infrinjan los derechos que previamente han cedido y por los que han recibido una remuneración.

Por todo ello, el juzgado estima íntegramente la demanda presentada y condena a los demandados a (i) cesar en la reproducción, distribución, comunicación al público y transformación de los dibujos cuyos derechos económicos de propiedad intelectual pertenecen a Kukuxumusu; (ii) retirar del mercado todos los productos a los que se hayan incorporado los dibujos infractores; e (iii) indemnizar a Kukuxumusu los daños y perjuicios ocasionados.

## SALUD Y ALIMENTACIÓN\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

#### Nuevos Reglamentos Comunitarios sobre productos sanitarios y productos sanitarios para diagnóstico *in vitro*

— *Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios, por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE, el Reglamento (CE) 178/2002 y el Reglamento (CE) 1223/2009 y por el que se derogan las Directivas 90/385/CEE y 93/42/CEE del Consejo*

— *Reglamento (UE) 2017/746 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios para diagnóstico *in vitro* y por el que se derogan la Directiva 98/79/CE y la Decisión 2010/227/UE de la Comisión*

El pasado 5 de abril, después de una larga tramitación, se aprobó el nuevo marco comunitario regulador de los productos sanitarios.

Hasta la fecha, a nivel comunitario, las normas aplicables a los productos sanitarios se encontraban únicamente sujetas a armonización, concretamente, mediante tres Directivas dictadas en la década de los noventa, y sucesivamente modificadas, que se referían por separado a los productos sanitarios, los productos sanitarios para diagnóstico *in vitro* y los productos sanitarios implantables activos.

Con este nuevo paquete comunitario, la materia pasa a estar regulada por dos Reglamentos, avanzándose de este modo en la armonización con el fin de garantizar un mejor funcionamiento del principio de libre circulación de mercancías. Así, el Reglamento 2017/745 se refiere a los productos sanitarios y el Reglamento 2017/746 se refiere a los productos sanitarios para diagnóstico *in vitro*. Desaparece el régimen específico de los productos implantables activos, que históricamente estaban regulados en un cuerpo normativo independiente, y que pasan ahora a estar comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento 2017/745 como un producto sanitario más.

\* Esta sección ha sido coordinada por Beatriz Cocina y redactada por Santiago Puente e Ibai Puente, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez.

Los Reglamentos regulan la evaluación de conformidad, la introducción en el mercado, la comercialización o la puesta en servicio de productos sanitarios para uso humano y accesorios de dichos productos en la Unión Europea, aplicándose también a las investigaciones clínicas relativas a los productos sanitarios y accesorios que se llevan a cabo en la UE. Se mantiene también la división tradicional de los productos en cuatro categorías en función de su complejidad y la no intervención preceptiva del organismo notificado en los procedimientos de evaluación de la conformidad de la categoría I, de menor riesgo.

Entre las novedades introducidas en el nuevo régimen normativo merecen especial atención las siguientes:

- Se amplía y aclara el ámbito de aplicación, una de las cuestiones en las que las anteriores Directivas habían dado lugar a mayor número de dudas y problemas de interpretación. Se aclara, por ejemplo, que los productos que incorporen sustancias de origen animal, no viables, son considerados productos sanitarios, pero no así los productos que incorporen células o tejidos humanos, aunque estos no sean viables. Se establece que quedan también sujetos al régimen de productos sanitarios ciertos grupos de productos pese a que no persigan fines médicos.
- Se aclara el régimen de los productos que incorporan un medicamento, y de los accesorios que se incorporan a medicamentos autorizados, y los procedimientos de evaluación y aprobación que deben seguirse en cada caso.
- Se introduce un procedimiento que permita que la Comisión defina mediante actos de ejecución si las definiciones de «producto sanitario» o «producto sanitario para diagnóstico *in vitro*» o «accesorio» son o no aplicables a determinados productos o categorías o grupos de productos.
- Se refuerza, en particular, el papel de los organismos notificados en lo que se refiere a la realización de auditorías sin previo aviso y la evaluación permanente de los productos una vez puestos en el mercado.
- Se regulan detalladamente las obligaciones de los diferentes operadores: fabricantes, importadores y distribuidores.
- En concreto, a fin de garantizar la seguridad jurídica, se aclara cuándo un distribuidor, importador o cualquier otra persona debe considerarse el fabricante de un producto y asumir sus obligaciones.
- Se establece el régimen aplicable al reprocesamiento de productos, imponiendo al reprocesador las obligaciones inherentes al fabricante.
- Se introduce la obligación del fabricante de designar una persona responsable del cumplimiento de la normativa, así como su cualificación y experiencia mínima.
- Se obliga al fabricante a mantener un seguro que cubra suficientemente la responsabilidad civil derivada de posibles daños causados por los productos.
- Se refuerzan las garantías de trazabilidad a través un sistema de identificación único (sistema «UDI»).
- Se regula la creación de la Base de Datos Europea sobre Productos Sanitarios (Eudamed), que tendrá los siguientes objetivos: (i) hacer posible que el público esté adecuadamente informado sobre los productos introducidos en el mercado, los certificados correspondientes expedidos por organismos notificados y los agentes económicos pertinentes; (ii) permitir la identificación única de los productos en el mercado interior y facilitar su trazabilidad; (iii) hacer posible que el público esté adecuadamente informado de las investigaciones clínicas; (iv) permitir que los fabricantes cumplan sus obligaciones de información; y (v) hacer posible que las autoridades competentes de los Estados miembros y la Comisión desempeñen sus tareas en relación con los Reglamentos con conocimiento de causa y reforzar la cooperación entre ellos.

A pesar del importante avance en la armonización de la materia, siguen existiendo relevantes aspectos del régimen jurídico de los productos sanitarios que quedan fuera del ámbito de aplicación de los Reglamentos y sujetos, por tanto, a las normativas de cada Estado. Así, los Reglamentos no regulan el régimen de suministro o dispensación (por ejemplo, qué tipo de productos pueden suministrarse solo bajo prescripción médica, el requisito de que solo determinados profesionales de la salud o centros sanitarios puedan dispensar o utilizar determinados productos o de que su uso tenga que ir acompañado de asesoramiento profesional específico). Tampoco se regula qué tipo de publicidad está permitida en cada caso, directa al público o únicamente a profesionales, o si cabe el otorgamiento de descuentos o incentivos a la venta.

Para la aplicación de estos Reglamentos se han previsto moratorias de tres y cinco años, de modo que el Reglamento (UE) 2017/745 será aplicable a partir del 26 de mayo de 2020 y el Reglamento (UE) 2017/746, a partir del 26 de mayo de 2022.

## [España]

### Denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas; medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria

*Real Decreto 267/2017, de 17 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 6/2015, de 12 de mayo, de Denominaciones de Origen e Indicaciones Geográficas Protegidas de ámbito territorial supraautonómico, y por el que se desarrolla la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria (BOE de 18 de marzo de 2017)*

El Real Decreto desarrolla, entre otras cuestiones, la regulación de la figura de las entidades de gestión de las denominaciones de origen protegidas («DOP») e indicaciones geográficas protegidas («IGP»), elemento clave para el aumento de la competitividad de la industria agroalimentaria, y regula la incorporación y gestión de los datos de los productores respecto de aquellas DOP o IGP para las que no existan entidades de gestión.

De acuerdo con la Ley 6/2015, de 12 de mayo, los consejos reguladores se configuran como entidades de gestión y agrupaciones paritarias de todos los representantes de los intereses económicos y sectoriales que participan en la obtención del producto protegido, dotadas de personalidad jurídica propia e independiente, para la gestión, promoción y defensa de los intereses comunes para la DOP o IGP correspondiente.

El Real Decreto unifica la información recogida en los registros de los actuales consejos reguladores en un mismo sistema de información, y establece las medidas de colaboración entre las entidades de gestión y el Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, para su gestión y mantenimiento.

Además, en el desarrollo de la disposición adicional primera de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, el Real Decreto dota de nuevas funciones a la Agencia de Información y Control Alimentarios. Así, por ejemplo, se incluye entre los fines generales de esta agencia el desarrollo de las funciones de control oficial antes de la comercialización de las DOP y de las IGP cuyo ámbito territorial se extienda a más de una comunidad autónoma. También se incluye entre sus funciones la de establecer y desarrollar el régimen del control oficial para la verificación del cumplimiento de los pliegos de condiciones designados por parte de los operadores acogidos a una DOP o IGP cuyo ámbito territorial abarque más de una comunidad autónoma y, por extensión, el de sus respectivas entidades de gestión, iniciando e instruyendo, conforme a su propio régimen, los procedimientos sancionadores por los incumplimientos de la Ley 6/2015, de 12 de mayo, y formulando a las autoridades competentes las propuestas de resolución que correspondan.

Por último, se deroga el Real Decreto 1679/1999, de 29 de octubre, sobre concursos oficiales y concursos oficialmente reconocidos de vinos, por haber desaparecido de las disposiciones comunitarias el requisito que justificaba la existencia de la norma.



## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Unión Europea]

**La prohibición general y absoluta de la publicidad de las prestaciones de tratamientos bucales y dentales es incompatible con el Derecho de la Unión**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de mayo de 2017 de respuesta a la petición de decisión prejudicial presentada por el Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg Brussel en el marco del litigio entre Openbaar Ministerie contra Luc Vanderborght (as. C-339/15)*

La sentencia resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg te Brussel, strafzaken (Tribunal de Primera Instancia neerlandófono de Bruselas, sección penal, Bélgica) al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Los hechos que dieron lugar al procedimiento fueron los siguientes: el Sr. Vanderborght, odontólogo ejerciente en Bélgica, hizo publicidad de sus prestaciones de tratamientos dentales a través de una placa compuesta por tres partes impresas, que incluían su nombre, su calidad de odontólogo, su página web y el número de teléfono de su consulta; también mediante un sitio de Internet en el que informaba a los pacientes de los diferentes tipos de tratamientos que ofrecía en su consulta; y, finalmente, a través de anuncios publicitarios en periódicos locales.

Ante ello, una asociación profesional de odontólogos —el Verbond der Vlaamse tandartsen— presentó denuncia contra el Sr. Vanderborght, ya que el Derecho belga prohíbe con carácter general y absoluto toda publicidad relativa a prestaciones de tratamientos bucales y dentales, e impone ciertos requisitos de discreción que debe cumplir el rótulo de la consulta de un odontólogo destinado al público. Estas restricciones persiguen proteger la salud pública y la dignidad de la profesión de odontólogo.

La sentencia establece que, si bien las normas profesionales pueden determinar el contenido y la forma de las comunicaciones comerciales, no pueden prohibir de manera general y absoluta cualquier forma de publicidad destinada a promocionar la actividad de un odontólogo, ya que contravendrían el principio de la libre prestación de servicios y, por ende, son contrarias al Derecho de la Unión Europea (*ex art. 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*).

El TJUE acepta la licitud de los objetivos de la legislación belga —la protección de la salud pública y de la dignidad de la profesión de odontólogo—, pues el uso intensivo de la publicidad o la elección de mensajes promocionales agresivos puede perjudicar a la protección de la salud y vulnerar la dignidad de la profesión de odontólogo, ya que deteriora la imagen de dicha profesión, altera la relación entre los odontólogos y sus pacientes y favorece la realización de tratamientos inadecuados o innecesarios.

Sin embargo, el TJUE estima que la prohibición general y absoluta de cualquier tipo de publicidad excede lo necesario para conseguir los objetivos perseguidos. Estos últimos podrían alcanzarse mediante medidas menos restrictivas, por ejemplo determinando, de manera estricta si fuera preciso, las formas y las modalidades que pueden adoptar válidamente los instrumentos de comunicación utilizados por los odontólogos y el contenido permisible de los mensajes publicitarios.

### [España]

**El Real Decreto-ley 16/2012 no se extralimita en la regulación de las competencias estatales en materia de sanidad**

*Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, de 1 de marzo de 2017*

La sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra diversos preceptos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (el «RD-ley») y, específicamente, contra sus artículos 1 (apartados 1 y 2), 4 (apartados 1 y 4) y 10 (apartados 4 y 5).

En primer lugar, el Tribunal Constitucional desestima aquellos motivos de impugnación del artículo 1 (apartados 1 y 2) y del artículo 10.4 del RD-ley cimentados sobre una alegada vulneración

de los límites formales y materiales del decreto-ley [artículo 86.1 de la Constitución («CE»)]. Lo hace, básicamente, por remisión a lo ya dicho en sentencias anteriores, en particular, las SSTC 139/2016 y 183/2016. Se rechazan así los argumentos del recurrente de que no concurren ni la extraordinaria y urgente necesidad que justifique el empleo del decreto-ley ni la correlación entre tal necesidad y las medidas adoptadas en el RD-Ley.

Del mismo modo se rechazan los motivos relativos a la infracción del artículo 43 CE. El recurso alegaba que la sustitución del concepto de titular del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria por el de «asegurado» supone una degradación normativa de los derechos previstos en el citado precepto constitucional. La sentencia rechaza el argumento por los motivos expuestos en sus anteriores sentencias, que se dan por reproducidos. En aquellas sentencias, el TC entiende el artículo 43 CE como un principio rector constitucional dirigido a orientar y determinar la actuación de los poderes públicos. En este sentido, el TC señala que la articulación del derecho a la protección de la salud requiere que el legislador regule las condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios, respetando el contenido del mandato constitucional.

Por último, el Tribunal Constitucional entra a valorar sustantivamente los tres motivos de impugnación restantes, todos ellos de carácter competencial:

- En relación con el artículo 1.2 del RD-ley, que atribuye al Instituto Nacional de la Seguridad Social la competencia para el reconocimiento y control de la condición de los asegurados mediante la adición de un nuevo artículo 3 bis a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, el Tribunal descarta una extralimitación en el ejercicio de las competencias estatales previstas en el artículo 149.1.16 CE. En concreto, los magistrados concluyen que las facultades conferidas por el artículo 1.2 del RD-ley *«se insertan en el ámbito específico de las competencias estatales en materia de «coordinación general de la sanidad» que [...] es una competencia distinta a la de la fijación de las bases»*.
- En relación con el artículo 4 (apartados 1 y 4) del RD-ley, que contiene reglas relativas a la prescripción de medicamentos y productos sanitarios en el Sistema Nacional de Salud, el Tribunal considera que tal regulación no excede del ámbito propio de la legislación básica en materia de sanidad (artículo 149.1.16 CE), como alega el recurrente, toda vez que *«la prescripción y dispensación de medicamentos es, ciertamente, un aspecto esencial o nuclear de la regulación de la prestación farmacéutica, al ser un presupuesto necesario para el acceso de los ciudadanos a los medicamentos en condiciones de igualdad»*.
- Finalmente, en relación con el artículo 10.5 del RD-ley, que introduce la disposición adicional 17.<sup>a</sup> en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, y frente al argumento del recurrente de que dicho precepto vulnera lo dispuesto en el artículo 76.2.a) del Estatuto de Autonomía de Andalucía al obstaculizar las competencias autonómicas en materia de acción social, el Tribunal defiende que *«de acuerdo con el art. 149.1.18 CE y la doctrina constitucional que lo ha interpretado, el Estado tiene competencia para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, [...] incluyendo materialmente en su ámbito, en principio, la normación relativa a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios»*, sin que quepa entender por ello que se excluya el ejercicio de la competencia autonómica en materia de acción social.

## TRIBUTARIO\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

— *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 (BOE de 3 de diciembre de 2016)*

— *Real Decreto 596/2016, de 2 de diciembre, para la modernización, mejora e impulso del uso de medios electrónicos en la gestión del Impuesto sobre el Valor Añadido (BOE de 6 de diciembre de 2016)*

— *Instrucción 1/2017, de 17 de enero, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se procede a dejar sin efecto la Instrucción 6/2006, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sobre gestión de aplazamientos y fraccionamientos*

#### [Portugal]

**Juros de Mora - Dívidas ao Estado e outras Entidades Públicas**

*Aviso n.º 139/2017 (DR 3, Série II, de 4 de janeiro de 2017)*

O Aviso em apreço fixa, em 4,966%, a taxa de juros de mora aplicáveis às dívidas ao Estado e outras entidades públicas em vigor no ano de 2017.

**IMI - Avaliação de Prédios Urbanos da Espécie Comercial, Industrial e para Serviços**

*Portaria n.º 11/2017 (DR 6, Série I, de 9 de janeiro de 2017)*

A presente Portaria vem aprovar a lista de prédios da espécie comercial, industrial ou para serviços - que abrange, designadamente, os campos de golf -, aos quais é aplicável o método de custo adicionado do valor do terreno. A referida alteração aplica-se às avaliações dos prédios urbanos cujas Declarações Modelo 1 do IMI sejam apresentadas a partir do dia 10 de janeiro.

**IRS - Instruções de Preenchimento Declaração Modelo 49**

*Portaria n.º 24/2017 (DR 10, Série I, de 13 de janeiro de 2017)*

A Portaria em apreço aprova as novas instruções de preenchimento da Declaração Modelo 49 relativa à comunicação para prorrogação do prazo de entrega da declaração modelo 3 de IRS - rendimentos obtidos no estrangeiro.

**IRS - Tabelas de Retenção na Fonte**

*Despacho n.º 843-A/2017 (DR 10, 1.º Suplemento, Série II, de 13 de janeiro de 2017)*

O presente Despacho aprova as tabelas de retenção na fonte sobre rendimentos do trabalho dependente e pensões auferidas por titulares residentes no continente em vigor no ano de 2017.

**IRS - Tabelas de Retenção na Fonte da Sobretaxa**

*Despacho n.º 843-A/2017 (DR 10, 1.º Suplemento, Série II, de 13 de janeiro de 2017)*

O presente Despacho aprova as tabelas de retenção na fonte da sobretaxa a aplicar aos rendimentos do trabalho dependente e pensões auferidas no ano de 2017.

\* 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 y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

**IRS - Regime Transitório de Opção pela Tributação Conjunta**

*Lei n.º 3/2017 (DR 11, Série I, de 16 de janeiro de 2017)*

A referida Lei consagra um regime transitório, em sede de IRS, de opção pela tributação conjunta nas declarações de rendimentos relativas ao ano de 2015 que tenham sido apresentadas fora dos prazos legalmente previstos para o efeito, prevendo a possibilidade de apresentação de novas declarações no prazo de dois anos a contar do termo do prazo legal para o efeito, sem a aplicação de quaisquer coimas por atraso na entrega da declaração.

**IVA - Exercício de Terapêuticas não Convencionais**

*Lei n.º 1/2017 (DR 11, Série I, de 16 de janeiro de 2017)*

A Lei em apreço altera a Lei n.º 71/2013, de 2 de setembro, relativamente ao exercício profissional das atividades de aplicação de terapêuticas não convencionais, estabelecendo, com carácter interpretativo, a aplicação do regime do IVA das profissões paramédicas aos profissionais que se dediquem ao exercício de terapêuticas não convencionais que passam, por esse motivo, a ser abrangidos pelo regime de isenção do IVA.

**IRS - Declaração Mensal de Remunerações**

*Portaria n.º 31/2017 (DR 13, Série I, de 18 de janeiro de 2017)*

A presente Portaria estabelece que as retenções na fonte relativas a trabalho dependente passam a ser declaradas na Declaração Mensal de Rendimentos, aprovando as novas instruções de preenchimento das Declarações Mensais de Rendimentos pagos ou colocados à disposição a partir de 1 de janeiro de 2017.

**IVA - Sistema eletrónico de comunicação de dados**

*Decreto-Lei n.º 19/2017 (DR 32, Série I, de 14 de fevereiro de 2017)*

O Decreto-Lei em apreço revoga o Decreto-Lei n.º 295/87, de 31 de julho, estabelecendo um sistema eletrónico de comunicação, em tempo real, dos dados dos viajantes sem residência ou estabelecimento na UE que adquiram bens em Portugal.

O novo diploma pretende agilizar o procedimento de verificação dos pressupostos de aplicação da isenção do IVA aplicável nas transmissões de bens para fins privados feitas a adquirentes cujo domicílio ou residência habitual não se situe no território da UE, que, até ao fim do terceiro mês seguinte, os transportem na sua bagagem pessoal para fora da UE.

O referido Decreto-Lei estabelece um regime transitório, aplicável até ao dia 31 de dezembro de 2017, nos termos do qual os sujeitos passivos podem optar pelo procedimento previsto no Decreto-Lei n.º 295/87, ficando dispensados da obrigação da comunicação dos dados dos viajantes e das aquisições.

**Regime de benefícios fiscais contratuais ao investimento produtivo na Região Autónoma da Madeira («RAM»)**

*Decreto Regulamentar Regional n.º 2/2017/M (DR 39, Série I, de 23 de fevereiro de 2017)*

O referido Decreto estabelece e regulamenta os critérios e condições exigíveis para que os projetos de investimento, de valor igual ou superior a € 500.000, possam beneficiar dos benefícios fiscais contratuais ao investimento produtivo previstos no Código Fiscal do Investimento na RAM.

O diploma em apreço entrou em vigor no dia 23 de fevereiro de 2017.

**Contribuição sobre os sacos de plástico leves**

*Portaria n.º 88/2017 (DR 42, Série I, de 28 de fevereiro de 2017)*

A Portaria em apreço vem clarificar que estão isentas de contribuição sobre os sacos de plástico, as respetivas vendas efetuadas por sujeitos passivos a outros operadores económicos desde que estes procedam à sua exportação, expedição para outro Estado-membro da UE, ou expedição para as Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira.

**Adicional ao IMI - Declarações de opção dos sujeitos passivos casados ou em união de facto, de herança indivisa e de confirmação dos herdeiros**

*Portaria n.º 90-A/2017 (DR 43, 1º Suplemento, Série I, de 1 de março de 2017)*

A referida Portaria aprovou os Modelos da «Declaração de opção pela tributação conjunta dos sujeitos passivos casados ou em união de facto», bem como da «Declaração de herança indivisa» e da «Declaração de confirmação - Herdeiros da herança indivisa» respeitantes ao Adicional do IMI (sendo as últimas necessárias a afastar a equiparação legal da herança indivisa a uma pessoa coletiva para efeitos de aplicação do Adicional ao IMI).

A mesma Portaria estabelece um regime transitório, aplicável em 2017, nos termos do qual a Declaração de herança indivisa devia ser apresentada pelo cabeça de casal de 15 de março a 15 de abril de 2017 (afastando, transitoriamente, prazo geral previsto no Código do IMI de 1 de março a 31 de março) e a Declaração de confirmação devia ser apresentada pelos herdeiros de 16 de abril a 15 de maio de 2017 (afastando, transitoriamente, o prazo geral previsto no Código do IMI de 1 de abril a 31 de abril).

**IRC - Declaração Modelo 22, respetivos anexos e instruções de preenchimento**

*Despacho n.º 2608/2017 (DR 63, Série II, de 29 de março de 2017)*

O Despacho em apreço procede à alteração da declaração periódica de rendimentos Modelo 22, respetivos anexos e instruções de preenchimento.

No referido Despacho é criado o «Anexo Adicional do IMI» para efeitos de identificação dos prédios detidos pelos sujeitos passivos a 1 de janeiro do ano a que se refere o Adicional do IMI, que estejam afetos ao uso pessoal dos titulares do respetivo capital, dos membros dos órgãos sociais ou de quaisquer órgãos de administração, direção, gerência ou fiscalização ou dos respetivos cônjuges, ascendentes e descendentes.

**IRC - Pagamento especial por conta**

*Lei n.º 10-A/2017 (DR 63, 1º Suplemento, Série I, de 29 de março de 2017)*

A referida Lei estabelece um regime transitório de redução do pagamento especial por conta previsto no artigo 106.º do Código do IRC aplicável nos períodos de tributação que se iniciem em 2017 e em 2018 e aos sujeitos passivos que, na data de pagamento de cada uma das prestações do pagamento especial por conta, tenham a sua situação tributária e contributiva regularizada.

A Lei em apreço prevê, igualmente, a criação de condições para a substituição do pagamento especial por conta por um regime adequado de apuramento da matéria coletável com base em coeficientes técnico-económicos por setor e ramo de atividade, a entrar em vigor a 1 de janeiro de 2019.

**Plano de implementação do Sistema de Normalização Contabilística para as Administrações Públicas («SNC-AP»)**

*Portaria n.º 128/2017 (DR 68, Série I, de 5 de abril de 2017)*

A referida Portaria estabelece a estratégia de implementação do SNC-AP e da reforma da contabilidade e contas públicas em geral, com vista à adoção do SNC-AP por todas as entidades representativas dos diferentes setores da administração pública.

**Avaliação geral dos prédios rústicos**

*Despacho n.º 2974/2017 (DR 71, Série II, de 10 de abril de 2017)*

O Despacho em referência cria o Grupo de Trabalho para a definição do novo modelo de avaliação dos prédios rústicos.

**Orçamento da Região Autónoma dos Açores para 2017**

*Decreto Legislativo Regional n.º 3/2017/A (DR 74, Série I, de 13 de abril de 2017)*

O referido Decreto Legislativo Regional aprova o Orçamento da Região Autónoma dos Açores para 2017.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [España]

**Procedimiento tributario. Suspensión de la deuda tributaria en vía contencioso-administrativa. Ejecución. Prescripción**

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

En este caso, el Tribunal Supremo («TS») se pronuncia sobre la posibilidad de que la Administración Tributaria ejecute una deuda cuya suspensión ha sido solicitada en la vía contencioso-administrativa y el tribunal la ha concedido con la condición de que se formalice garantía en un determinado plazo, pero sin que dicha condición se llegue a cumplir.

Entiende el TS que, aunque se incumpla la condición de prestación de garantía en un determinado plazo, la Administración Tributaria viene obligada a esperar a la decisión definitiva del órgano jurisdiccional, en la que se deje sin efecto la suspensión para ejecutar el acto recurrido. Consecuentemente, el plazo de prescripción de la acción de cobro queda interrumpido con la solicitud de suspensión hasta la notificación a la Administración Tributaria de la decisión final.

**Procedimiento tributario. Cómputo del plazo de prescripción para la devolución de ingresos indebidos en virtud de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 16 de noviembre de 2016*

El TS considera que el *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo de la prescripción para ejercitar el derecho a la solicitud de ingresos indebidos sobre una norma nacional declarada posteriormente contraria al Derecho de la Unión Europea es el día en el que se produjo el ingreso indebido y no la fecha de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE»).

**Impuesto sobre Sociedades. Régimen de sociedades patrimoniales. Promoción inmobiliaria**

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

Se plantea en esta sentencia la aplicación del régimen de sociedades patrimoniales del artículo 61 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades («LIS») a una sociedad que transmitió unos terrenos sobre los que no se habían ejecutado trabajos materiales de urbanización, pero que jurídicamente ya tenían la calificación de suelo urbanizable.

El TS no acepta la tesis de la sociedad recurrente, según la cual la promoción inmobiliaria consiste en el desarrollo urbanístico del suelo para poner en el mercado inmobiliario parcelas que antes no estaban en él por sus condiciones tanto físicas como jurídicas. Así, entiende el Alto Tribunal que puede hablarse de promoción inmobiliaria, a pesar de que no se haya iniciado la ejecución material de la urbanización, si existen actos que reflejen voluntad de iniciar una actividad de promoción inmobiliaria y que sean algo más que meros actos internos de la sociedad. Dichos actos pueden consistir, por ejemplo, en la suscripción de acuerdos con terceros, aportación de los terrenos a los proyectos de reparcelación o la firma de convenios urbanísticos con las autoridades públicas competentes.

**Impuesto sobre el Valor Añadido. Exención de entregas de bienes expedidos a otros Estados miembros. Incumplimiento de la obligación de comunicar el número de identificación a efectos del IVA asignado por el Estado de destino**

*Sentencia del TJUE de 20 de octubre de 2016 (as. C-24/15)*

A juicio del TJUE, el principio de neutralidad fiscal exige que se conceda la exención prevista para la entrega de bienes expedidos con destino a otro Estado miembro si se cumplen los requisitos materiales, aun cuando los sujetos pasivos hayan omitido determinados requisitos formales. En este sentido, entiende que la obligación de comunicar el número de identificación a efectos del IVA del adquirente del bien constituye una exigencia formal con respecto al derecho a la exención del IVA.

Lo anterior se debe entender sin perjuicio de que existan casos especiales en los que el incumplimiento de un requisito formal puede conllevar la pérdida del derecho a la exención del IVA. Así ocurrirá cuando el sujeto pasivo ha participado deliberadamente en un fraude fiscal o cuando el incumplimiento tenga como efecto impedir la aportación de la prueba cierta de que se han cumplido los requisitos materiales.

**[Portugal]**

**Iisenção do IMI - Prédios afetos aos fins estatutários de pessoa coletiva de utilidade pública**

*Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 2/2017 (DR 70, Série I, de 7 de abril de 2017)*

O Acórdão em apreço foi proferido na sequência de apresentação de um recurso para uniformização de jurisprudência relativamente à aplicabilidade do regime da isenção do IMI previsto no artigo 1.º, alínea d), da Lei n.º 151/99, de 14 de setembro (o qual depende de reconhecimento por parte da AT).

No Acórdão proferido, o STA afirma que «o regime dos benefícios fiscais respeitantes a IMI de que usufruem as pessoas colectivas de utilidade pública tem duas vertentes, uma, e que respeita aos prédios directamente afectos à realização dos seus fins estatutários, encontra -se regulada no EBF [artigo 50.º, n.º 1, alínea e), do EBF (atual artigo 44.º, n.º 1, alínea e), do EBF)], outra, e que respeita aos prédios urbanos destinados à realização dos fins estatutários, encontra -se regulada na Lei n.º 151/99.»

Assim, ainda que os prédios não estejam directamente afectos à realização dos fins estatutários das entidades em causa (tal como impõe o regime do EBF), na medida em que os mesmos se destinem à mera «realização dos fins estatutários», poderão as mesmas entidades beneficiar igualmente da isenção do IMI, desde que solicitem o reconhecimento da mesma à AT nos termos do regime previsto na Lei n.º 151/99, de 14 de setembro

Em face do exposto, o Tribunal julgou parcialmente procedente o recurso de uniformização de jurisprudência apresentado e condenou a AT a reapreciar o pedido de isenção do IMI apresentado pelo sujeito passivo à luz do regime previsto na Lei n.º 151/99.

### 3 · RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

**IVA. Deducciones de las cuotas soportadas o satisfechas con anterioridad al inicio de la actividad empresarial**

*Resolución de 26 de enero de 2017 (00/04716/2013)*

A los efectos de acreditar la intención de destinar los bienes adquiridos a una actividad empresarial o profesional antes del inicio de esa actividad, no basta con la mera intención, que forma parte de la esfera interna volitiva del individuo, sino que deben concurrir elementos externos que la ratifiquen.

En el caso concreto, el obligado tributario adquirió un inmueble destinado a uso hotelero, pero, hasta la fecha de las actuaciones inspectoras, no ha tenido empleados y no ha acreditado que se haya realizado ninguna actuación o gestión relativa al desarrollo hotelero del terreno adquirido. Es más, la entidad recurrente reconoce que no se ha realizado ninguna actuación tendente a la obtención de licencias y demás.

El Tribunal Económico-Administrativo Central («TEAC») entiende que el mero acto formal de declaración del obligado tributario de afectación del bien a la actividad no es suficiente, sino que se exige de una actividad material que permita comprobar dicha circunstancia. En dicho juicio se debe ponderar el tiempo transcurrido entre la adquisición del terreno y su utilización en las actividades pretendidas, que en el caso analizado ha sido suficiente para que la entidad hubiera efectuado actividades conducentes a la utilización de dicho terreno en la actividad de promoción. A estos efectos, no se acepta como justificación la mera alegación de las circunstancias que incidieran negativamente y que pudieran concurrir en un período temporal que afectase al sector económico de referencia (crisis inmobiliaria).

**Impuesto sobre sociedades. Exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos. «Juros o capital próprio» brasileños**

*Resolución de 12 de enero de 2017 (00/05865/2013/00/00)*

El TEAC acoge el criterio del Tribunal Supremo (sentencias de 16 de marzo y 15 de diciembre de 2016) y acepta que los «Juros o capital próprio» tienen consideración de dividendos y no de intereses a los efectos de la aplicación de la exención del artículo 21 de la LIS.

**IVA. Exenciones. Arrendamiento de viviendas en los que el arrendatario es una persona jurídica**

*Resolución de 15 de diciembre de 2016 (00/03856/2013/00/00)*

El TEAC entiende que la exención prevista para el arrendamiento de viviendas debe ser aplicable en casos en los que, a pesar de que el arrendatario sea una persona jurídica, el contrato de arrendamiento especifica de manera concreta la persona o personas usuarias últimas del inmueble e impide el subarrendamiento o cesión posterior a personas ajenas.

Por el contrario, no estará exento el arrendamiento en el que se faculta al arrendatario, persona jurídica, a designar a las personas que vayan a ocupar la vivienda. Esta designación posterior de la persona o de las personas (es así cuando puede destinarse a un uso de distintas personas por períodos temporales inferiores al del contrato de arrendamiento de forma sucesiva) que van a ocupar el inmueble no puede sino comportar una cesión o subarriendo que impide que el arrendamiento esté exento de IVA.

**IVA. Concepto de establecimiento permanente. Inmueble cedido en arrendamiento**

*Resolución de 20 de octubre de 2016 (00/02330/2013/00/00)*

Una entidad no establecida no dispone de establecimiento permanente en el territorio de aplicación del impuesto por el mero hecho de ser propietaria de un inmueble cuyo uso cede a su filial en virtud de contrato de arrendamiento. Deben concurrir los requisitos o condiciones que expresamente exige el TJUE (presencia física, permanencia, realización efectiva de una actividad económica por el establecimiento permanente, conjunto de medios humanos y técnicos suficientes para prestar los servicios de forma independiente y estable o con continuidad).

**IVA. Deducibilidad de cuotas de IVA en supuestos de inversión del sujeto pasivo cuando ha sido sancionado mediante descuido o negligencia**

*Resolución de 20 de octubre de 2016 (05347/2013/00/00)*

El hecho de que se sancione al obligado tributario por no incluir en sus autoliquidaciones de IVA las operaciones con inversión del sujeto pasivo no impide que dichas cuotas sean deducibles en el período del devengo al no justificarse la existencia de una actuación de mala fe o fraudulenta. En este sentido, y de acuerdo con el criterio del TJUE, el principio de neutralidad exige que se conceda la deducción del IVA soportado si se cumplen los requisitos materiales, aun cuando los sujetos pasivos hayan omitido determinados requisitos formales.

#### **4 · CONSULTAS A LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS**

**Impuesto sobre Sociedades. Exención de rentas derivadas de participación en fondos propios de entidades. Traslado de domicilio social**

*Consulta de 5 de julio de 2016 (V3100-16)*

La entidad consultante ha decidido trasladar su domicilio social de Costa Rica a España y, con posterioridad, solicitar el acogimiento al régimen de Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros («ETVE»). Entre otras cuestiones, la consultante solicita confirmación de si las reservas o rentas que se derivan de la transmisión de las filiales deben cumplir con los requisitos del artículo 21 de la LIS para aplicar la exención, habida cuenta de que fueron generadas con anterioridad al traslado de la residencia fiscal de la consultante.

La Dirección General de Tributos («DGT») concluye que las citadas reservas y rentas deberán cumplir con los requisitos del artículo 21 de la LIS, independientemente de que se hubiesen generado con anterioridad al traslado de residencia fiscal de su matriz. De igual modo, para que la renta que se derive de la transmisión de la entidad consultante que se corresponda con reservas dotadas con cargo a las rentas imputables a las filiales no se entienda obtenida en territorio español, las filiales deberán cumplir con los requisitos del artículo 21 de la LIS en todos los ejercicios de tenencia de la participación aunque se trate de ejercicios en los que la consultante no era residente fiscal en España.



**Impuesto sobre Sociedades. Exención rentas derivadas de participación en fondos propios de entidades. Entidades *holding* que perciben dividendos y rentas derivadas de transmisión de valores. Coste de adquisición directo e indirecto**

*Consulta de 6 de julio de 2016 (V3141-16)*

La entidad consultante tiene una participación indirecta en otra entidad Z inferior al 5 %, aunque el coste de adquisición de la inversión en la participación indirecta es superior a los 20 millones de euros y la antigüedad también excede el año exigido por la LIS. La participación indirecta se obtiene a través de una entidad Y en la que los dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades, representan más del 70 % de sus ingresos.

A efectos de determinar la aplicación de la exención a los dividendos distribuidos por Y, se debe atender a la participación indirecta que la consultante tiene en Z, pero sin que se pueda atender a un teórico coste de adquisición indirecto. No obstante, una vez que la consultante pasa a tener una participación directa con un coste de adquisición superior a 20 millones de euros, tanto los dividendos que se distribuyan directamente como los que se distribuyan a través de la entidad Y tendrán derecho a la exención.

**Impuesto sobre Sociedades. Exención de rentas derivadas de participación en fondos propios de entidades. Impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga. Vacaciones fiscales**

*Consulta de 27 de julio de 2016 (V3528-16)*

La entidad consultante es una sociedad española dedicada a la prestación de servicios de operación y mantenimiento de centrales eléctricas de fuentes renovables. En la actualidad, la sociedad es titular de participaciones en dos sociedades residentes a efectos fiscales en Guatemala y en Honduras. Ambos países no tienen un convenio firmado con España para evitar la doble imposición.

En las dos jurisdicciones existe un impuesto sobre la renta con un tipo efectivo superior al 10 %, si bien a las dos sociedades les resulta aplicable en sus respectivos países una exención temporal de 10 años por dedicarse a la producción de energía renovable.

La DGT considera que las rentas obtenidas por estas participadas no cumplirían con el requisito previsto en el artículo 21.1b) de la LIS durante el período en que se produzca la exención temporal, por cuanto la existencia de vacaciones fiscales debe equipararse al supuesto de que estuvieran sometidas a un tipo de gravamen del 0 %.

**Impuesto sobre Sociedades. Motivos económicos válidos. Reestructuración de grupo familiar para constituir SOCIMI**

*Consulta de 15 de julio de 2016 (V3330-16)*

La entidad consultante es la *holding* de un grupo de entidades, donde dentro de su activo destaca la participación que posee en la entidad A como sociedad dedicada a la explotación inmobiliaria, siendo el resto del patrimonio de la consultante participaciones en otras entidades.

Con base en esta estructura, y con el fin de constituir posteriormente una SOCIMI, la entidad A absorberá a la *holding* de tal manera que todo el patrimonio de esta última se transmitirá a la sociedad absorbente A. Tras esta fusión, la entidad A realizará una escisión parcial financiera segregando las participaciones del resto de entidades del grupo que ha adquirido con motivo de la fusión. Así, una vez que se haya realizado esta escisión financiera, el patrimonio de la sociedad A estará formado por la explotación inmobiliaria y, tras esta escisión, la sociedad A solicitará su conversión en una SOCIMI.

Los motivos económicos válidos mencionados en la consulta se corresponden con (i) la preparación del patrimonio empresarial para la conversión de la entidad A en una SOCIMI, (ii) integrar todo el patrimonio del grupo en una única sociedad para posteriormente separar los activos de la sociedad A que formarán parte del patrimonio de la SOCIMI del resto de los activos, quedando en el balance de la entidad A únicamente los activos inmobiliarios, (iii) evitar los costes notariales y registrales que supondría la transmisión de todos los inmuebles a otra entidad y (iv) dar mayor continuidad a la sociedad A de cara a su transformación. La DGT considera que la reestructuración llevada a cabo se realiza por motivos económicos válidos y podrá acogerse al régimen fiscal especial previsto en el capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014.

**Impuesto sobre Sociedades. Escisión total de sociedad y asignación de las bases imponibles negativas a las entidades beneficiarias**

*Consulta de 3 de agosto de 2016 (V3553-16)*

La DGT analiza si las bases imponibles negativas pendientes de compensación por una entidad previamente fusionada pueden ser asignadas a las entidades beneficiarias de su escisión total. La sociedad objeto de escisión será desmembrada en función de los tres negocios que desarrolla (*i.e.*, actividad sanitaria u hospitalaria, actividad inmobiliaria y actividad de prevención de riesgos laborales) y las bases imponibles negativas han sido generadas por dos de los negocios (*i.e.*, actividad sanitaria u hospitalaria y actividad inmobiliaria).

Ante esta situación, la DGT estima que las bases imponibles negativas únicamente deberán atribuirse a las sociedades beneficiarias de la escisión que adquieran los negocios donde se originaron (*i.e.*, actividad sanitaria u hospitalaria y actividad inmobiliaria). No obstante, cuando no sea posible la identificación de las bases imponibles negativas, se considerará como criterio razonable su distribución en función del valor de mercado de cada patrimonio asignado a cada entidad.

**Impuesto sobre el Valor Añadido. Hecho imponible. Restitución de fincas como consecuencia de acción reivindicatoria**

*Consulta de 4 de agosto de 2016 (V3564-16)*

Las entidades consultantes, como consecuencia del ejercicio de una acción reivindicatoria sobre unas fincas, han obtenido una sentencia judicial favorable en virtud de la cual la sociedad condenada viene obligada a restituir las fincas reivindicadas. Dicha obligación consiste en la entrega por parte de la entidad condenada, libre de gastos, cargas y gravámenes, de las fincas de reemplazo derivadas del proceso urbanizador llevado a cabo sobre ellas durante el tiempo que estuvieron en poder de la entidad demandada.

Señala la DGT que la recuperación por parte de los demandantes de la posesión de los bienes reivindicados no implica, en principio, la realización de ninguna operación sujeta al impuesto. No obstante, teniendo en cuenta que las fincas de reemplazo han sido urbanizadas, la transmisión de las mejoras aprovechables incorporadas a dichas fincas como consecuencia de su urbanización sí son operaciones sujetas al IVA y, en concreto, tendrán la consideración de autoconsumos de servicios al realizarse a título gratuito, siendo la base imponible el importe de los gastos de urbanización satisfechos por la entidad demandada.

**Impuesto sobre el Valor Añadido. Lugar de realización del hecho imponible. Servicios relacionados con bienes inmuebles**

*Consulta de 20 de septiembre de 2016 (V3947-16)*

La consultante es una sociedad dedicada, entre otras actividades, a la prestación de servicios de gestión y recuperación de préstamos hipotecarios cuyos destinatarios principales son entidades no residentes en España.

La DGT entiende que no están relacionados con bienes inmuebles (y, por tanto, no están sujetos al IVA) los servicios que consisten en actuaciones realizadas con carácter extrajudicial y que comprenden distintas formas de liquidación de la deuda, tales como (i) pago de cuotas vencidas, (ii) refinanciación de la deuda, (iii) dación en pago, (iv) cesión de créditos a un tercero y (v) pago total del contrato, con o sin quita, derivado usualmente de la venta del inmueble.

Por el contrario, las actuaciones realizadas con carácter judicial para la ejecución hipotecaria a fin de conseguir el cobro de la deuda, así como la gestión de activos inmobiliarios, sí son servicios relacionados con bienes inmuebles, y ello determina que se entiendan localizados en territorio de aplicación del IVA.

**Impuesto sobre el Patrimonio. Valoración de las acciones de una sociedad en concurso de acreedores**

*Consulta de 24 de agosto de 2016 (V3614-16)*

La cuestión planteada por la consultante se refiere a la valoración a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio («IP») de las acciones no cotizadas de una sociedad anónima declarada en concurso de acreedores.

En primer lugar, la DGT recuerda las normas generales de valoración de acciones o participaciones en el capital social de entidades jurídicas no negociadas en mercados organizados (art. 16.1 de la Ley del IP), esto es, se tomará el valor teórico resultante del último balance aprobado con informe de auditoría favorable y, en su defecto, a la norma de mayor valor entre el valor

nominal, el teórico del último balance aprobado y el resultado de la capitalización al 20 % del promedio de los beneficios de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad al devengo del impuesto.

Posteriormente, la DGT establece que el criterio legal anterior debe conjugarse con el concepto de «valor razonable» a que se refiere el artículo 94.5 de la Ley Concursal, de 9 de julio de 2003. En el caso concreto objeto de consulta, lo anterior implica utilizar el valor que resulte del «informe emitido por experto independiente de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidos para estos bienes».

**Tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de las tasas judiciales**

*Consulta de 13 de septiembre de 2016 (V3844-16)*

La DGT, de conformidad con lo establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 140/2016, de 21 de julio de 2016, confirma que la declaración de nulidad de las tasas solo producirá efectos *pro futuro*, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos donde no haya recaído una resolución firme.

De esta forma, la DGT establece que no procederá la devolución de las cantidades pagadas por los sujetos pasivos en aquellos procedimientos que, a la fecha de publicación de la sentencia, hayan finalizado por resolución firme.

Asimismo, entiende la DGT que tampoco procederá la devolución de la tasa abonada en procesos no finalizados en los que el ingreso de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social no fue impugnada por el sujeto pasivo.

**Fiscalidad internacional. Contratos de cuenta en participación. Calificación remuneración. Convenio para evitar la doble imposición entre España y Suiza**

*Consulta de 11 de julio de 2016 (V3243-16)*

La sociedad española consultante tiene un contrato de cuenta en participación con una persona física residente en Suiza, referido a una inversión en un edificio para su explotación en alquiler. Se plantea la calificación y sometimiento a retención del pago al partícipe suizo no gestor que se realizaría en el momento de la liquidación.

En primer lugar, la DGT entiende que la renta que obtiene el partícipe no gestor suizo se encuadra en el concepto de intereses recogido por el artículo 11.2 del Convenio hispano-suizo, y no en el de dividendos. Por otro lado, la DGT concluye que los importes a percibir por la separación del partícipe tendrían la consideración de rendimientos del capital mobiliario derivado de la cesión a terceros de capitales propios siempre que el partícipe no gestor no haya sido titular del inmueble del que se obtiene el rendimiento por arrendamiento realizado por la consultante. En consecuencia con lo anterior, los intereses obtenidos no tributarán en España de acuerdo con el convenio hispano-suizo.

**Fiscalidad internacional. Exención intereses y ganancias derivadas de bienes muebles obtenidas por residentes en la UE. Residente fiscal en Reino Unido acogido a régimen especial de no domiciliados**

*Consulta de 14 de julio de 2016*

El consultante ha sido residente fiscal en Reino Unido en régimen especial de no domiciliados durante los años 2013 y 2014 y ha obtenido en dichos años ganancias patrimoniales derivadas de venta de acciones cotizadas y fondos de inversión, intereses por cesión a terceros de capitales propios (intereses de cuenta corriente e intereses por obligaciones) y dividendos de sociedades cotizadas, todos ellos de fuente española. Se plantea a la DGT si respecto de estas rentas, obtenidas con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio suscrito entre España y Reino Unido con fecha 14 de mayo de 2013, serían aplicables las exenciones previstas en la norma interna española a pesar de no aplicarse las exenciones o limitaciones previstas en el citado Convenio en virtud de lo dispuesto en su artículo 23.

En este sentido, de acuerdo con lo previsto en el citado artículo 23, en la medida en que las rentas de fuente española no sean remitidas a Reino Unido y sometidas a tributación en ese Estado, no se aplicarán las reducciones o exenciones previstas en los artículos 10, 11 y 12 del Convenio, salvo en el importe que sea remitido y gravado en Reino Unido.

No obstante, la DGT considera que estas rentas tienen la consideración de rentas obtenidas en territorio español conforme a lo dispuesto en el artículo 13.1 del Texto Refundido de la Ley del

Impuesto sobre la Renta de No Residentes («TRLIRNR») y, por tanto, sujetas al Impuesto sobre la Renta de No Residentes («IRNR»), y que están exentas en aplicación del artículo 14 del citado texto legal. Dicha exención se aplicaría con independencia de lo dispuesto en el artículo 23 del Convenio y sin perjuicio de la obligación de presentar declaración por el obligado a retener o ingresar a cuenta, establecida en el artículo 31.5 del TRLIRNR.

**Fiscalidad internacional. Entidades en régimen de atribución de rentas. Autorised Contractual Scheme**

*Consulta de 14 de julio de 2016 (V3322-16)*

Se plantean a la DGT determinadas cuestiones de fiscalidad internacional respecto del vehículo de inversión regulado por la normativa británica denominado Authorised Contractual Scheme («ACS»). Dicho vehículo presentaría las siguientes características:

- (i) carece de personalidad jurídica propia separada de la de sus partícipes;
- (ii) su gestión se encarga a una entidad gestora;
- (iii) no cuenta con capital social: los partícipes cuentan con un derecho prorrateado sobre los activos y pasivos agrupados en el vehículo de inversión, representado mediante las participaciones o unidades emitidas por la entidad gestora;
- (iv) los partícipes tienen derecho a la parte proporcional de los beneficios obtenidos a medida que se vayan materializando;
- (v) limita la responsabilidad de los partícipes al importe de sus respectivas inversiones; y
- (vi) es considerado transparente a efectos fiscales en el Reino Unido.

Respecto de dicho vehículo se plantean las siguientes cuestiones: (i) si tendría una naturaleza jurídica idéntica o análoga a la de las entidades en atribución de rentas constituidas de acuerdo con las leyes españolas; (ii) la aplicación a las rentas percibidas por el vehículo de inversión de los convenios para evitar la doble imposición suscritos por España con los Estados de residencia de sus partícipes; y (iii) la aplicación a las citadas rentas de las exenciones previstas en el artículo 14.1 del TRLIRNR.

Respecto de la primera cuestión, la DGT entiende que sobre la base de sus características, y fundamentalmente por razón de que no está sujeto a imposición personal, sino que lo están sus miembros, ACS tendría una naturaleza jurídica idéntica o análoga a la de las entidades en atribución de rentas constituidas de acuerdo con las leyes españolas.

En cuanto a la segunda cuestión, y con base en los comentarios al modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la DGT entiende que, aunque la ACS no podrá considerarse residente en el Reino Unido a efectos del Convenio, sus socios pueden acceder, en lo que respecta a su porcentaje de renta de la citada sociedad, a los beneficios previstos en el convenio firmado por los Estados en los que son residentes, siempre que la renta de la sociedad de personas les sea atribuida a efectos de la tributación en su Estado. De este modo los partícipes del ACS tendrán la consideración de contribuyentes de IRNR sin establecimiento permanente en España y tributarán de acuerdo con las disposiciones propias de este impuesto y lo dispuesto en los convenios para evitar la doble imposición que resulten de aplicación.

En cuanto a la última cuestión, la DGT entiende que serán de aplicación supuestos de exención previstos en las letras c) e i) del artículo 14.1 TRLIRNR. Además añade que, en el supuesto de que el ACS tenga la consideración de una institución de inversión colectiva regulada por la Directiva 2009/65/CE, también podría resultar de aplicación la exención contenida en la letra l) del mismo artículo. En este último caso, se debe entender que ACS no tendría la consideración de entidad en régimen de atribución de rentas, sino que sería contribuyente del IRNR.

**IMT - Isenção na aquisição de bens imóveis a empresas insolventes**

## 5 · DOCTRINA DA AT

*Circular n.º 4/2017, de 10 de fevereiro de 2017*

Na Circular em apreço, a AT vem rever o seu anterior entendimento sobre a interpretação dada ao artigo 270.º, n.º 2, do CIRE, que estabelece que estão isentos de IMT: «[...] os atos de venda, permuta ou cessão da empresa ou de estabelecimentos desta integrados no âmbito de planos de insolvência, de pagamentos ou de recuperação ou praticados no âmbito da liquidação da massa insolvente».

Com efeito, anteriormente a AT interpretava tal disposição legal no sentido de que que isenção de IMT em causa teria aplicação apenas nos casos de aquisições de bens imóveis ocorridas no contexto da transmissão da universalidade da empresa insolvente ou de um dos seus estabelecimentos (cf. Circular n.º 10/2015).

Nos termos da Circular em referência, a AT passa a entender que a referida isenção de IMT é aplicável em todos os atos de venda, permuta ou cessão, de forma isolada de imóveis da empresa insolvente ou de estabelecimentos desta, desde que integradas no âmbito de planos de insolvência, de pagamentos ou de recuperação ou praticados no contexto da liquidação da massa insolvente.

## UNIÓN EUROPEA\*

### 1 · JURISPRUDENCIA

**Derecho institucional. Restauración de la deuda griega. El BCE no tiene obligación de reparar el perjuicio sufrido por los bancos comerciales que tenían títulos de deuda griegos**

*Sentencia del Tribunal General, de 24 de enero de 2017, en el asunto Nausicaa Anadyomène SAS y Banque d'Escompte contra el Banco Central Europeo (BCE) (as. T-749/15)*

El Tribunal excluye cualquier responsabilidad del BCE en cuanto al perjuicio sufrido por bancos comerciales que tenían títulos de deuda griegos en el marco de la restauración de la deuda griega. Los bancos comerciales no pueden invocar el principio de protección de la confianza legítima ni el principio de seguridad jurídica en un ámbito como el de la política monetaria, cuyo objeto comporta una constante adaptación en función de las variaciones de la situación económica. Ninguna declaración ni acto del BCE puede interpretarse como un estímulo dirigido a los inversores para adquirir o conservar títulos de deuda griegos. En consecuencia, la política del BCE no incluía garantías precisas, incondicionales y concordantes dirigidas a garantizar que no se produciría un eventual impago de Grecia.

Tampoco es aplicable el principio general de igualdad de trato entre los bancos comerciales y los bancos centrales nacionales. Los bancos centrales nacionales y el BCE actuaron en el ejercicio de sus funciones fundamentales, con el objetivo de mantener la estabilidad de los precios y la buena gestión de la política monetaria. Sin embargo, los bancos comerciales buscaban obtener el máximo rendimiento de sus inversiones.

**Aproximación de legislaciones. Derechos de los consumidores. El coste de una llamada a un número telefónico de servicio posventa no debe exceder el de una llamada estándar**

*Sentencia del Tribunal de Justicia, de 2 de marzo de 2017, en el asunto Centrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main eV contra comtech GmbH (as. C-568/15)*

La Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, obliga a los Estados miembros a que velen por que los consumidores no paguen más de la tarifa básica por las llamadas a una línea telefónica de servicio posventa, pero no define el concepto de «tarifa básica».

\* Esta sección ha sido coordinada por Edurne Navarro, y en su elaboración ha participado Pilar Córdoba, del Grupo de Coordinación de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea, Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Bruselas).

El Tribunal de Justicia considera que la «tarifa básica» equivale al coste de una llamada estándar. Por ello, el coste de una llamada a un número telefónico de servicio posventa no debe exceder el de una llamada estándar. Sin embargo, siempre que se respete el límite del coste de una llamada estándar, la circunstancia de que el comerciante obtenga o no beneficios por medio de esa línea telefónica de asistencia es irrelevante.

**Aproximación de las legislaciones. No existe derecho al olvido en relación con los datos personales recogidos en el registro de sociedades**

*Sentencia del Tribunal de Justicia, de 9 de marzo de 2017, en el asunto Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce contra Salvatore Manni (as. C-398/15)*

La publicidad de los registros de sociedades tiene por objeto garantizar la seguridad jurídica en las relaciones entre las sociedades y los terceros y proteger, en particular, los intereses de los terceros en relación con las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada, ya que dichas sociedades solo ofrecen su patrimonio social como garantía respecto a ellos.

El Tribunal de Justicia considera que esta injerencia en los derechos fundamentales de los interesados no es desproporcionada, en la medida en que (i) en el registro de sociedades solo está inscrito un número limitado de datos personales, y (ii) está justificado que las personas físicas que deciden participar en intercambios económicos mediante sociedades que solo ofrecen su patrimonio social como garantía respecto a terceros estén obligadas a hacer públicos los datos relativos a su identidad y a sus funciones dentro de aquellas.

Sin embargo, tras la expiración de un plazo suficientemente largo desde la liquidación de la sociedad de que se trate, los Estados miembros pueden establecer el acceso restringido de terceros a estos datos en casos excepcionales.

**Principios de Derecho comunitario. No hay discriminación directa por normas internas sobre el uso del velo islámico. En ausencia de normas internas, los deseos del cliente sobre el velo no se consideran requisitos profesionales esenciales y determinantes**

*Sentencias del Tribunal de Justicia, de 14 de marzo de 2017, en los asuntos Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra G4S (as. C-157/15) y Bougnaoui y Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contra Micropole Univers (as. C-188/15)*

*Asunto C-157/15, G4S Secure Solutions*

La Directiva 2000/78/CE 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, entiende por «principio de igualdad de trato» la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada, entre otros motivos, en la religión. Una norma interna de una empresa que prohíbe el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso no constituye una discriminación directa, ya que trata por igual a todos los trabajadores, imponiendo una neutralidad indumentaria. El deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes tiene un carácter legítimo, en particular cuando solo atañe a los trabajadores que están en contacto con los clientes, ya que dicho deseo está vinculado a la libertad de empresa.

Sin embargo, no puede descartarse que el juez nacional llegue a la conclusión de que la norma interna establece una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones si se acredita que la obligación aparentemente neutra que contiene dicha norma ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas. Tal diferencia de trato no constituirá una discriminación indirecta si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios.

*Asunto C-188/15, Bougnaoui y ADDH*

En ausencia de normas internas, la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico no puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de la Directiva 2000/78/CE 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.

**Aproximación de las legislaciones. El consentimiento de un abonado telefónico a la publicación de sus datos abarca también su utilización en otro Estado miembro**

*Sentencia del Tribunal de Justicia, de 15 de marzo de 2017, en el asunto Tele2 (Netherlands) BV, Ziggo BV y Vodafone Libertel BV contra Autoriteit Consument en Markt (ACM) (as. C-536/15)*

La Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, comprende también las solicitudes hechas por empresas establecidas en un Estado miembro distinto de aquel en el que están establecidas las empresas que asignan números de teléfono a los abonados. Así, se logra el objetivo de garantizar la existencia de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, de buena calidad en toda la Unión a través de una competencia y una libertad de elección reales.

La transmisión de datos a otra empresa que desee publicar una guía telefónica, sin que dicho abonado haya renovado su consentimiento, no atenta a la esencia misma del derecho a la protección de datos de carácter personal. No es preciso que la empresa que asigna números de teléfono a sus abonados formule una solicitud de consentimiento diferenciada en función del Estado miembro al que los datos puedan ser transmitidos. El marco reglamentario ampliamente armonizado permite garantizar en toda la Unión el mismo respeto de las exigencias en materia de protección de datos personales de los abonados.

**Relaciones exteriores. Validez de las medidas restrictivas impuestas a Rusia tras la crisis en Ucrania. Competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre actos cuyo fundamento sean disposiciones relativas a la PESC**

*Sentencia del Tribunal de Justicia, de 28 de marzo de 2017, en el asunto The Queen, a instancias de PJSC Rosneft Oil Company, anteriormente Rosneft Oil Company OJSC contra Her Majesty's Treasury, Secretary of State for Business Innovation and Skills y The Financial Conduct Authority (as. C-72/15)*

Las medidas restrictivas impuestas por la Decisión 2014/512/PESC del Consejo, de 31 de julio de 2014, relativa a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania, en la redacción que le dio la Decisión 2014/872/PESC del Consejo, de 4 de diciembre de 2014, y el Reglamento (UE) 833/2014 del Consejo, de 31 de julio de 2014, relativo a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania en la redacción que le dio el Reglamento (UE) 1290/2014 del Consejo, de 4 de diciembre de 2014, en el contexto de la crisis ucraniana frente a determinadas empresas rusas son válidas. La importancia de los objetivos que persiguen los actos controvertidos puede justificar las consecuencias negativas que se derivan para determinados actores económicos.

Además, el Tribunal de Justicia tiene competencia para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la validez de un acto cuyo fundamento sean disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común («PESC»), como sucede con la Decisión del Consejo. No obstante, la remisión prejudicial debe referirse, bien al control de legalidad de la Decisión bajo el prisma de las relaciones entre la PESC y el resto de políticas de la Unión, bien al control de legalidad de las medidas restrictivas adoptadas.

**Espacio de libertad, seguridad y justicia. Denegación de visados para estudios, por motivos de seguridad pública, en ámbitos sensibles como la seguridad de la tecnología de la información**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de abril de 2017 en el asunto Fahimian contra Bundesrepublik Deutschland (as. C-544/15)*

La Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, exige que el solicitante no sea considerado una amenaza para la seguridad pública.

Las autoridades nacionales disponen de un amplio margen de apreciación (que solo puede ser objeto de un control jurisdiccional limitado) para determinar si el solicitante representa una amenaza (siquiera potencial) para la seguridad pública. La Directiva no se opone a que dichas autoridades denieguen la concesión de visados de estudio si (i) el nacional está titulado en una universidad sometida a medidas restrictivas de la Unión (en este caso, en razón del importante historial de relaciones de aquella con el Gobierno iraní en ámbitos militares o relacionados con estos) y (ii) se pretende llevar a cabo en el Estado miembro de que se trata una investigación en un ámbito sensible para la seguridad pública, si los elementos de que disponen las autoridades

nacionales competentes permiten temer que los conocimientos que adquiriera esa persona en el curso de su investigación pueden utilizarse posteriormente con fines contrarios a la seguridad pública.

Aunque las autoridades nacionales disponen de un amplio margen para apreciar la existencia de una amenaza para la seguridad pública, la decisión de denegación debe estar debidamente motivada.

**Aproximación de las legislaciones. Libre prestación de servicios. Incompatibilidad con el Derecho de la Unión de una prohibición general y absoluta de publicidad de prestaciones de tratamientos bucales y dentales**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de mayo de 2017 en el asunto Luc Vanderborght (as. C-339/15)*

La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior («Directiva sobre el comercio electrónico») se opone a una legislación que prohíbe cualquier forma de comunicación comercial por vía electrónica destinada a promocionar tratamientos bucales y dentales, incluida la realizada a través de un sitio de Internet creado por un odontólogo. La libre prestación de servicios se opone a una legislación nacional que prohíbe con carácter general y absoluto toda publicidad relativa a las prestaciones de tratamientos bucales y dentales.

Los objetivos de protección de la salud pública y de dignidad de la profesión de odontólogo pueden justificar que se determinen las formas y modalidades de los instrumentos de comunicación utilizados por los odontólogos. Sin embargo, prohibir de manera general y absoluta toda publicidad va más allá de lo necesario para conseguir los objetivos perseguidos, que pueden alcanzarse mediante medidas menos restrictivas.