

CRÓNICA LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Unión Europea, España y Portugal

ADMINISTRATIVO*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Nueva Ley de Contratos del Sector Público

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE de 9 de noviembre de 2017)

El 8 de noviembre de 2017 fue finalmente aprobada la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 («LCSP»).

La LCSP entrará en vigor el 9 de marzo de 2018 y deroga el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre («TRLCSP»), así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la LCSP. Será de aplicación a los expedientes de contratación que se inicien con posterioridad a su entrada en vigor, entendiéndose por tal inicio la publicación de la convocatoria de la licitación (o la aprobación de los pliegos en los procedimientos sin publicidad). Los contratos adjudicados antes de la entrada en vigor de la LCSP se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

Las novedades introducidas en la LCSP son numerosas y su exposición sistemática excede con mucho el propósito de esta crónica. No obstante, de forma muy resumida, pueden destacarse las siguientes:

- (i) La LCSP ha ampliado ligeramente el ámbito subjetivo de aplicación respecto del TRLCSP. Ha incluido a los partidos políticos, las organizaciones sindicales y las empresariales, y las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de estas entidades cuando reúnan los requisitos para ser consideradas poder adjudicador.
- (ii) Por lo que se refiere a su ámbito objetivo de aplicación, la LCSP reordena los contratos típicos que han venido canalizando la colaboración de los empresarios con el sector público en la provisión de obras y servicios públicos. Se mantiene la concesión de obras públicas, pero el contrato de gestión de servicios públicos (en sus cuatro subtipos de concesión, concierto, sociedad de economía mixta y gestión interesada) es sustituido por la concesión de servicios. Desaparece también como contrato típico el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.
- (iii) Se establece una regulación más detallada, incluyendo determinadas novedades, en los que denomina «*encargos a medios propios*», entendida esta como figura jurídica diversa de

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

las encomiendas de gestión establecida en el artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

(iv) Se introduce la posibilidad de que, antes de la licitación, los órganos de contratación realicen estudios de mercado o dirijan consultas a los operadores económicos que estén activos en el sector con la finalidad de garantizar la solución más adecuada para adquirir obras, bienes y servicios, e informar a los operadores de los planes de contratación y de los requisitos que se exigirán en el procedimiento.

(v) Se establece el criterio de la «mejor relación calidad-precio» como criterio de adjudicación de los contratos. Este concepto sustituye nominalmente al de «oferta económica más ventajosa» del TRLCSP. La mejor relación calidad-precio se evaluará atendiendo a criterios económicos y cualitativos. Entre los criterios cualitativos, el órgano de contratación podrá incluir aspectos sociales o medioambientales vinculados al objeto del contrato.

(vi) En relación con los procedimientos de adjudicación, la LCSP introduce el procedimiento abierto simplificado, el procedimiento de asociación para la innovación y el procedimiento de licitación con negociación.

(vii) Por lo que se refiere a las modificaciones contractuales, la LCSP mantiene la distinción entre modificaciones previstas en el pliego y modificaciones no previstas. Para las primeras, la LCSP aumenta los requisitos, de manera que, además de cumplir el resto de prescripciones del artículo 204, las modificaciones no podrán superar el 20 % del precio inicial, introducir nuevos precios unitarios no previstos ni alterar la naturaleza global del contrato. Para las modificaciones no previstas en los pliegos y aquellas que, aun estándolo, superen los límites indicados, la LCSP establece unas nuevas reglas que flexibilizan en buena medida las que fueron introducidas en 2011 por la Ley de Economía Sostenible.

(viii) Se elimina el límite porcentual a las subcontrataciones. Asimismo, se elimina la posibilidad de exigir la subcontratación de hasta un 50 % del presupuesto del contrato. La regla general es la posibilidad de subcontratar con los límites que se establezcan en el pliego. En ningún caso las limitaciones del pliego pueden suponer una restricción efectiva de la competencia.

(ix) Se refuerza la importancia de las consideraciones sociales y medioambientales en los contratos públicos. Los órganos de contratación podrán establecer estas consideraciones, bien como criterios de adjudicación cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio, bien, como hasta ahora, como condiciones especiales de ejecución siempre que estén vinculadas con el objeto del contrato, no sean discriminatorias, sean compatibles con el Derecho de la Unión y se prevean en los pliegos o en el anuncio de licitación. La novedad en el ámbito de las condiciones especiales de ejecución es que la LCSP obliga al órgano de contratación a que el pliego establezca al menos una condición especial de tipo ambiental, social o laboral.

(x) Se crea un nuevo órgano administrativo dentro de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, denominado Comité de Cooperación en Materia de Contratación Pública, que estará encargado de coordinar, entre otras cuestiones, los criterios de interpretación seguidos por las distintas Administraciones públicas de las normas de contratación pública y el impulso de la contratación electrónica en el ámbito del sector público.

[Portugal]

Alterações à Lei-Quadro das Entidades Reguladoras

Lei n.º 12/2017, de 2 de maio (DR 84, SÉRIE I, de 2 de maio de 2017)

A Lei n.º 12/2017, de 2 de maio, procede à primeira alteração da lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo, aprovada Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto (a «Lei-Quadro»).

Nomeadamente, o artigo 10.º da Lei-Quadro passa a prever que os regulamentos internos de cada uma das entidades reguladoras abrangidas por este diploma deverão estabelecer as regras relativas a matéria de prevenção de conflitos de interesse.

Da mesma forma, também ao número 1 do artigo 19.º da Lei-Quadro, relativo a incompatibilidades e impedimentos, é adicionada uma nova alínea: os membros do conselho de administração das entidades reguladoras às quais é aplicável a Lei-Quadro passam a estar impedidos de realizar, diretamente ou por interposta pessoa, operações sobre instrumentos financeiros relacionados com empresas, grupos de empresas ou outras entidades destinatárias da atividade da entidade reguladora em questão.

De acordo com a nova redação da alínea c) do número 3 do artigo 20.º da Lei-Quadro, esclarece-se que o mandato dos membros do conselho de administração das entidades reguladoras cessa não só se for verificada uma incompatibilidade superveniente, como também se essa incompatibilidade for originária e apenas vier a ser detetada após a designação.

Por fim, cumpre salientar a alteração ao artigo 26.º da Lei-Quadro, pela qual são acrescentados três critérios, aos que já existiam, que deverão ser observados aquando da fixação das remunerações pela comissão de vencimentos de cada uma das entidades reguladoras. Nesta medida, as remunerações auferidas pelos trabalhadores da entidade reguladora em causa, o desenvolvimento das atividades económicas sobre as quais incide a atuação da entidade reguladora e os pareceres sobre a atividade e o funcionamento da entidade reguladora deverão ser consideradas aquando da fixação das remunerações pela respetiva comissão de vencimentos.

A Lei n.º 12/2017, de 2 de maio, produz efeitos desde 3 de maio de 2017.

Distribuição de Eletricidade em Baixa Tensão

Lei n.º 31/2017, de 31 de maio (DR 105, SÉRIE I, de 31 de maio de 2017)

A Lei n.º 31/2017, de 31 de maio, aprova os princípios e regras gerais relativos à organização dos procedimentos de concurso público para atribuição, por contrato, de concessões destinadas ao exercício em exclusivo da exploração das redes municipais de distribuição de eletricidade de baixa tensão, no território continental português.

Este diploma surge num momento de proximidade do termo de algumas concessões municipais, atualmente atribuídas praticamente a um único operador dominante, para exploração das redes municipais de distribuição de eletricidade de baixa tensão. Neste contexto, é necessário regular o enquadramento legal para a atribuição de novas concessões, através de concursos públicos, cujo processo é complexo, atento o número de concessões envolvidas, a dispersão geográfica e os diferentes prazos de extinção das atuais concessões.

O diploma em apreço estabelece as regras base e os princípios gerais dos procedimentos de concurso público que serão lançados em 2019 para a atribuição das concessões municipais da atividade de distribuição de energia elétrica em baixa tensão. Entre os princípios gerais enumerados no artigo 2.º do diploma destacamos o de salvaguarda da uniformidade tarifária no país.

O artigo 3.º deste diploma estabelece os critérios que devem ser observados aquando da fixação da renda anual devida pelos concessionários, remetendo o seu cálculo para o disposto no Decreto-Lei n.º 230/2008, de 27 de novembro, alterado pela Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março, atento o já referido princípio da uniformidade tarifária e o princípio da equalização da rentabilidade das concessões.

De acordo com este dispositivo legal, é determinado que o programa de concurso tipo e o caderno de encargos tipo para a participação nestes procedimentos de concurso público deverão ser, posteriormente, aprovados por portaria do membro do Governo responsável pela área da economia.

Da mesma forma, e de acordo com o disposto no artigo 5.º do dispositivo legal em apreço, a delimitação das áreas territoriais dos procedimentos a lançar deverão ser decididas pelos órgãos competentes dos municípios ou entidades intermunicipais, sob proposta da ERSE, com base em estudos técnicos e económicos. De igual forma, e tal como referido no artigo 7.º, o Conselho de Ministros deverá aprovar, no prazo de seis meses contados desde a data de entrada em vigor do presente diploma, um programa das ações e dos estudos a desenvolver pela ERSE no âmbito da presente lei.

Por fim, e para garantir a simultaneidade no lançamento destes procedimentos, a presente lei estabelece que os municípios cujos atuais contratos de concessão atinjam o seu termo antes de 2019, e que não optem pela gestão direta, deverão celebrar um acordo escrito com as respetivas contrapartes, pelo qual o prazo seja prorrogado até à entrada em vigor dos novos contratos de concessão que serão celebrados no âmbito dos procedimentos de concurso público.

O presente diploma entrou em vigor a 1 de junho de 2017.

Alteração ao Código dos Contratos Públicos

Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (DR 168, 2.º SUPLEMENTO, SÉRIE I, de 31 de agosto de 2017)

O Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, procede à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos, transpondo para a ordem jurídica interna as Diretivas n.º 2014/23/UE, de 26 de fevereiro, relativa à adjudicação de contratos de concessão, n.º 2014/24/UE, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos, n.º 2014/25/UE, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e n.º 2014/55/UE, de 16 de abril, relativa à faturação eletrónica nos contratos públicos.

Para além das alterações que imediatamente resultam da transposição destas Diretivas, o legislador introduziu também medidas de simplificação, desburocratização e flexibilização de procedimentos, bem como medidas que visam promover a transparência e a boa gestão pública.

O Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, entrará em vigor a 1 de janeiro de 2018, sendo que as alterações introduzidas ao Código dos Contratos Públicos apenas se aplicam aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após essa data, bem como aos contratos que resultem desses procedimentos. Como exceção a essa regra de aplicação no tempo, prevê-se que as novas normas relativas à liberação de cauções são aplicáveis a todos os contratos de empreitadas de obras públicas em vigor, ou que tenham os respetivos prazos de garantia em curso, à data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

Resumidamente, as principais alterações ao Código dos Contratos Públicos introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, são as seguintes:

(i) *Tramitação mais célere dos procedimentos*: são encurtados os prazos mínimos de apresentação de propostas e candidaturas;

(ii) *Introdução do procedimento de consulta prévia*: consagra-se um novo procedimento de contratação, designado de consulta prévia, nos termos do qual se exige que o convite a contratar seja dirigido a pelo menos três entidades quando, (i) em contratos de empreitadas de obras públicas, o valor do contrato seja inferior a € 150.000, (ii) em contratos de locação ou aquisição de bens móveis ou serviços, o valor do contratos seja inferior a € 75.000 e (iii) em quaisquer outros contratos, que não concessões de obras públicas, de serviços públicos, ou contratos de sociedade, o valor do contrato seja inferior a € 100.000 (artigos 19.º, 20.º e 21.º);

(iii) *Alteração dos limiares do ajuste direto*: em virtude da introdução do procedimento de consulta prévia, os limiares que habilitam a escolha do procedimento de ajuste direto por parte da entidade adjudicante são reduzidos. O limiar do ajuste direto nos contratos de empreitada de obra pública passa para € 30.000 e nos contratos de locação ou aquisição de bens móveis ou serviços para € 20.000 (artigos 19.º e 20.º);

(iv) *Divisão em lotes*: na formação de contratos públicos de aquisição ou locação de bens, ou aquisição de serviços, de valor superior a € 135.000, e empreitadas de obras públicas de valor superior a € 500.000, a decisão de não contratação por lotes deve ser fundamentada. A entidade adjudicante pode limitar o número máximo de lotes que podem ser adjudicados ao mesmo concorrente (artigo 46.º-A);

(v) *Eliminação da fase de reclamação de erros e omissões do Caderno de Encargos*: a fase para apresentação de erros e omissões sobre o Caderno de Encargos deixa de existir enquanto fase autónoma do procedimento. Doravante, no primeiro terço do prazo fixado

para a apresentação das propostas, os interessados podem solicitar os esclarecimentos sobre as peças do procedimento e, no mesmo prazo, apresentar uma lista na qual identifiquem os erros e as omissões das peças do procedimento por si detetados. A entidade adjudicante terá até ao termo do segundo terço do prazo fixado para a apresentação das propostas, ou até um outro prazo indicado para o efeito nas peças do procedimento, para prestar os esclarecimentos solicitados e se pronunciar sobre os erros e omissões identificados pelos interessados. Consideram-se rejeitados os erros e omissões que, até ao final do prazo para resposta, não sejam expressamente aceites pela entidade adjudicante (artigo 50.º);

(vi) *Novos impedimentos à participação*: foram consagrados quatro novos impedimentos à participação em procedimentos de contratação pública. Assim não poderão ser concorrentes ou candidatos os que (i) tenham sido objeto de aplicação de sanção acessória de proibição de participação em concursos públicos, (ii) tenham diligenciado no sentido de influenciar indevidamente a decisão de contratar do órgão competente, de obter informações confidenciais ou tenham prestado informações erróneas suscetíveis de alterar materialmente as decisões de exclusão, qualificação e adjudicação, (iii) se encontrem numa situação de conflito de interesses e (iv) tenham acusado deficiências significativas ou persistentes na execução de pelo menos um contrato nos últimos três anos que tenha gerado dever de indemnizar, resolução do contrato ou aplicação de sanções contratuais que tenham atingido os valores máximos;

(vii) *Critério de adjudicação - proposta economicamente mais vantajosa*: o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto eliminou o critério de adjudicação do mais baixo preço, subsistindo apenas o critério da proposta economicamente mais vantajosa. Sem prejuízo desta alteração, permite-se ainda que o preço ou o custo seja o único fator de avaliação das propostas, desde que as peças do procedimento definam todos os restantes elementos da execução do contrato a celebrar (artigo 74.º);

(viii) *Alteração da regra de fixação do critério do preço anormalmente baixo*: até aqui, na falta de indicação nas peças do procedimento, um preço apresentado por um concorrente era considerado anormalmente baixo quando era inferior a metade do preço base, ou inferior em 40% ao preço base no caso das empreitadas de obras públicas, podendo originar a exclusão da proposta sempre que o concorrente não apresentasse, juntamente com a proposta, uma justificação devida e adequadamente fundamentada. Doravante, o Código dos Contratos Públicos deixa de fixar qualquer regra quanto à definição do preço anormalmente baixo, podendo as entidades adjudicantes definir nas peças do procedimento as situações em que o preço ou o custo de uma proposta é considerado anormalmente baixo, tendo em conta, designadamente, o desvio percentual em relação à média dos preços das propostas a admitir, ou outros critérios considerados adequados (artigo 71.º);

(ix) *Suprimento de irregularidades das propostas*: caso as propostas dos concorrentes apresentem irregularidades causadas pela preterição de formalidades não essenciais, incluindo a ausência de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da proposta, o júri do procedimento deve solicitar aos concorrentes que, no prazo máximo de cinco dias, procedam ao suprimento dessas irregularidades, desde que tal suprimento não afete a concorrência e a igualdade de tratamento dos concorrentes (artigo 72.º);

(x) *Novo regime de liberação de caução para contratos com obrigações de garantia superiores a dois anos*: as cauções passam a ser liberadas ao longo de cinco anos, nos seguintes termos: 30% do valor da caução no final do primeiro ano, 30% no final do segundo ano, 15% no final do terceiro ano, 15% no final do quarto ano e 10% no final do quinto ano (artigo 295.º);

(xi) *Introdução da faturação eletrónica*: no âmbito da execução de contratos públicos, os cocontratantes passam a ter de emitir faturas eletrónicas. O modelo de fatura eletrónica é o estabelecido pela norma europeia respetiva, aprovada pela Comissão Europeia, e publicitada no portal dos contratos públicos. A faturação eletrónica apenas se torna obrigatória a partir de 31 de dezembro de 2018 (artigo 299.º-B);

(xii) *Limites à modificação dos contratos administrativos*: como forma de evitar que seja restringida ou falseada a concorrência foram introduzidos novos limites à modificação dos contratos administrativos (artigo 313.^o);

(xiii) *Limite à cessão dos contratos pelo cocontratante*: sem prejuízo dos casos excepcionais de transmissão universal de estabelecimento, a possibilidade de cessão da posição contratual deve constar expressamente do contrato, em cláusula de revisão ou opção inequívoca, para que possa ser admitida pelo contraente público (artigo 318.^o);

(xiv) *Admissibilidade da resolução de litígios com recurso à arbitragem*: é admitido o recurso à arbitragem ou a outros meios de resolução alternativa de litígios para a resolução de litígios emergentes de procedimientos (contencioso pré-contratual) ou contratos aos quais se aplique o Código dos Contratos Públicos. Nos litígios de valor superior a € 500.000, da decisão arbitral cabe recurso para o tribunal administrativo competente (artigo 476.^o).

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos condena al Reino de España por infracción del derecho al respeto de la vida privada y familiar como consecuencia de la inactividad de un Ayuntamiento en relación con la existencia de niveles de ruido superiores a los niveles aceptables que causaron perjuicios de salud a un ciudadano

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera) de 16 de enero de 2018 (as. 23383/12)

El demandante alegó la violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (el «Convenio»), que protege el derecho al respeto de la vida privada y familiar, a causa de la contaminación acústica que hay en su barrio por la existencia de varios locales de ocio. El demandante fundamentó su demanda en que el Ayuntamiento de Valencia había incumplido las obligaciones derivadas del Convenio al no haber impedido que los locales del barrio del demandante continuaran produciendo ruido por encima de niveles aceptables.

El Ayuntamiento declaró por medio de una ordenanza que el barrio donde reside el demandante era una zona «acústicamente saturada». No obstante, tras más de siete años desde la aprobación, continuaba habiendo ruido lesivo para la salud.

En relación con el nexo causal, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos expone que exigir al demandante que probara la existencia de ruido en su piso sería excesivamente formalista, teniendo en cuenta que el Ayuntamiento había designado la zona donde residía como una zona «acústicamente saturada».

En relación con las reclamaciones previas que el demandante había formulado ante el Ayuntamiento en su condición de presidente de la asociación de vecinos de su barrio, el Tribunal entiende que no pueden considerarse constitutivas de abuso por el hecho de que se formularan con anterioridad a la reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Ayuntamiento y a la demanda judicial. El Tribunal considera que no es razonable exigir al ciudadano que espere a la resolución de los procedimientos para poder servirse de los medios legales que estén a su alcance.

El Tribunal reconoce que el Ayuntamiento adoptó medidas preventivas, como la aprobación de la ordenanza. No obstante, el Tribunal declara que estas medidas fueron insuficientes a los efectos del artículo 8 del Convenio, dado que este persigue la protección efectiva de los derechos que prevé.

El Tribunal concluye que existe prueba bastante para declarar que el ruido del barrio del demandante ha repercutido negativamente en su salud. En consecuencia, el Tribunal declara que el Reino España ha infringido el artículo 8 del Convenio y lo condena a abonar un total de 13.671,26 euros al demandante en concepto de daño emergente (coste de insonorización de la vivienda y autorizaciones e impuestos asociados a las obras), daños morales (insomnio y angustia) y costas (tanto por los procedimientos sustanciados ante la jurisdicción española como ante el Tribunal).

[España]

Límites constitucionales a la potestad tributaria de las comunidades autónomas: nulidad del impuesto autonómico que grava la disponibilidad del servicio de acceso, mediante operador de servicios, a contenidos existentes en redes de comunicaciones electrónicas

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 6 de julio de 2017

El Pleno del Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del impuesto sobre la provisión de contenidos por parte de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas y de fomento del sector y la difusión de la cultura digital de Cataluña, regulado en la Ley del Parlamento de Cataluña 15/2014, de 4 de diciembre. La sentencia señala que el impuesto impugnado grava el mismo «hecho imponible» que el IVA y «excede, por ello, del ámbito de la potestad tributaria de la Comunidad Autónoma de Cataluña» reconocido en el art. 157 CE.

El TC explica que la potestad que la Constitución atribuye a las Comunidades Autónomas para establecer sus propios impuestos tiene, entre otros límites, el fijado en el art. 6.2 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, que determina lo siguiente: «Los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre hechos imponibles gravados por el Estado».

Sometido el impuesto autonómico a este análisis, el Tribunal Constitucional concluye que lo que realmente grava —esto es, su «hecho imponible»— «no es la ‘disponibilidad’ del servicio de acceso a internet», como dice la ley recurrida, sino «la prestación del servicio de acceso a comunicaciones electrónicas». Si el hecho imponible fuera la disponibilidad, el sujeto llamado a satisfacer el pago del impuesto serían «las personas que tienen contratado el servicio de acceso a contenidos en redes de comunicaciones electrónicas» y no, como ocurre en este caso —y así lo especifica la ley autonómica impugnada—, las empresas prestadoras del servicio.

Inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, además de los ya declarados nulos por la STC 79/2017

Sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional de 5 de octubre de 2017

El TC ha dictado dos Sentencias, que resuelven dos nuevos recursos de inconstitucionalidad planteados contra la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado («LGUM»), confirman la anterior STC 79/2017, de 22 de junio, y la complementan. La STC 79/2017 declaró inconstitucionales y nulos los artículos 19 y 20, así como la DA 10.^ª de la LGUM y avaló la constitucionalidad del principio de eficacia en todo el territorio nacional solo para aquellos casos en los que exista un mínimo estándar normativo común o equivalente aplicable por las Comunidades Autónomas, pero no en aquellos otros casos en los que no existe esa normativa común o equivalente.

Las sentencias n.º 110/2017 y n.º 111/2017 declaran la inconstitucionalidad y nulidad de otros preceptos de la LGUM, sobre la base de lo argumentado en la STC 79/2017.

En primer lugar, la sentencia n.º 110/2017 declara la nulidad del artículo 6 de la LGUM. Este precepto recoge el principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional, y establece que «los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes relacionados con el libre acceso y ejercicio de la actividad económica tendrán eficacia en todo el territorio nacional, de acuerdo con lo establecido en el capítulo V de esta Ley».

El TC concluye que resulta de aplicación la doctrina recogida en la STC 79/2017 en relación con la impugnación de los artículos 19 y 20 de la LGUM, preceptos a los que se remite el artículo 6, pues una vez ha considerado que el principio de eficacia nacional recogido en aquellos preceptos «es inconstitucional tanto por exceder el alcance de la competencia estatal reconocida en el artículo 149.13 CE, como por vulnerar el principio general de territorialidad de las competencias autonómicas, al permitir la aplicación en un mismo lugar del territorio nacional de normativas diferenciadas para aquellos operadores económicos que únicamente se diferencian por su procedencia» (FJ 14), se debe considerar que la definición que se realiza en el artículo 6 del principio de eficacia es, por las mismas razones, igualmente inconstitucional y nula.

En segundo lugar, la sentencia n.º 111/2017 declara la nulidad de la letra c) del artículo 21.2 de la LGUM. Este precepto atribuye a la autoridad de origen el control del cumplimiento de la normativa relacionada con los requisitos de fabricación, uso y consumo del producto. Esta asig-

nación es incondicionada; la autoridad de origen ha de encargarse del control aunque falte una regulación común estatal o europea y aunque la Comunidad Autónoma de destino, en ejercicio de sus competencias estatutarias, haya optado por desarrollar un nivel de protección propio y distinto del establecido por la normativa del lugar de fabricación.

Por tanto, declarada inconstitucional y nula la previsión de que «*cualquier producto legalmente producido al amparo de la normativa de un lugar del territorio español podrá circular y ofertarse libremente en el resto del territorio desde el momento de su puesta en el mercado*» (art. 19 LGUM), el TC declara igualmente la inconstitucionalidad y nulidad de la letra c) del artículo 21.2 de la LGUM.

Anulación del criterio de adjudicación referido al compromiso del licitador de aplicar un convenio colectivo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de junio DE 2017

La Asociación de Compañías de Seguridad Privada logró la anulación de un criterio de adjudicación que otorgaba puntuación (hasta 15 puntos) por el compromiso del licitador de aplicar durante la vigencia del contrato a los vigilantes que ejecutasen el servicio de vigilancia y seguridad el convenio colectivo estatal de empresas de seguridad vigente.

Las principales razones que llevan al Tribunal Supremo a anular ese criterio, de forma sintética, son las siguientes:

(i) Falta de vinculación directa del criterio con el objeto del contrato (artículo 150.1 del TRLCSP). El órgano de contratación no había justificado tal vinculación en el expediente.

(ii) La regulación salarial de los trabajadores ha de quedar excluida de los criterios de valoración «*por cuanto que si la empresa cumple con los parámetros retributivos establecidos correspondientes a sus trabajadores, no hay razón objetiva para primar la aplicación de una u otra regulación de salarios, máxime cuando, como invoca la parte hoy recurrente, los artículos 84.1 y 2 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores avalan la posibilidad de sustituir los convenios colectivos nacionales por convenios de empresas [...]*».

El Tribunal Supremo considera que el criterio controvertido supone una manifiesta e indebida injerencia en el ámbito de la regulación salarial de los trabajadores.

La jurisdicción civil es competente para conocer de los efectos y extinción de los contratos de seguro que cubren la responsabilidad patrimonial de la Administración pública

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de junio de 2017

Un Ayuntamiento reclamó a la compañía con la que concertó un seguro de responsabilidad patrimonial el pago de la indemnización por los daños causados en varias viviendas por la ejecución de unas obras adjudicadas por ese mismo Ayuntamiento para la construcción de una biblioteca municipal.

Algunos de los procedimientos de responsabilidad patrimonial contra el Ayuntamiento que fueron interpuestos por los perjudicados fueron estimados. A pesar de que el Ayuntamiento tenía contratado un seguro, el Consistorio tuvo que hacer frente al importe de las reclamaciones por cuanto la compañía aseguradora no cumplió con lo previsto en el contrato.

Las sentencias de instancia desestimaron la demanda por falta de jurisdicción. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que, en aplicación de la doctrina de los «actos separables», el contrato de seguro que cubre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública revisite carácter privado y, por tanto, es la jurisdicción civil la que es competente para conocer de sus efectos y extinción.

En consecuencia, el Tribunal Supremo declara la competencia de la jurisdicción civil para conocer el litigio y ordena que se resuelva sobre el fondo del asunto.

La notificación conjunta de la caducidad de un procedimiento y el inicio de uno nuevo no genera indefensión

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 de julio de 2017

El TS declara no haber lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el recurrente frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2016, que confirmó la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 14 de febrero de 2013 desestimatoria de la reclamación formulada frente a la liquidación tributaria girada por la AEAT.

El 16 de enero de 2007, el administrado presentó cierta declaración tributaria ante la AEAT. El 18 de enero de 2009, la Administración inicia un procedimiento de liquidación tributario. Ahora bien, llegado el *dies ad quem* para resolver el procedimiento, la AEAT no lo había resuelto.

Ante la evidente caducidad del procedimiento, el 27 de septiembre de 2010 la AEAT notificó al interesado la caducidad del procedimiento, y, en ese mismo acto, acordó la iniciación de un nuevo procedimiento. Este segundo procedimiento terminó con la resolución de 1 de diciembre de 2010 mediante la que se obliga al interesado a pagar 113.185 euros.

El argumento central del recurrente —que se sustenta en varias sentencias de contraste— consiste en cuestionar que sea conforme a Derecho notificar en «unidad de acto» la declaración de caducidad del procedimiento y el inicio de uno nuevo. Se trataría, según el recurrente, de actos de naturaleza jurídica muy diferenciada: uno es recurrible, el otro no; uno implica que no ha existido interrupción de la prescripción, el otro no. Esta situación habría generado, además, una confusión en el interesado, que desconocería a qué acto se refiere el pie de recurso dado.

Para resolver la cuestión, el Tribunal Supremo parte de la premisa de que la caducidad, que es una forma de terminación anormal del procedimiento, implica la «desaparición jurídica del procedimiento» sin que ello afecte al derecho sustantivo que en él se ha tratado de hacer valer. Si la acción de la Administración no ha prescrito, esta puede iniciar de nuevo el procedimiento. La Sala añade que la validez del acto de inicio de un nuevo procedimiento no queda condicionada a la declaración por separado de la caducidad del procedimiento anterior. Concluye el Tribunal Supremo que en ningún caso se habría generado indefensión al recurrente, ya que, en este supuesto, dar un mismo pie de recurso a dos actos de naturaleza diferente no produce perjuicio alguno al interesado.

La autorización judicial de entrada en domicilio debe tener en cuenta la situación de los menores de edad que habitan la vivienda al realizar la ponderación de la proporcionalidad de la medida

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de noviembre DE 2017

El Tribunal Supremo estima el recurso presentado por un particular contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que confirmaba el auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que autorizó la entrada en una vivienda para recuperar la posesión del inmueble ocupado ilegalmente.

Los ocupantes del inmueble residían con tres menores de edad en situación de vulnerabilidad. La recurrente invoca la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de marzo, de Protección Jurídica del Menor y la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 para sostener la improcedencia de la sentencia recurrida.

El Tribunal Supremo recuerda que la autorización de entrada en el domicilio acordada por un juez de lo contencioso-administrativo debe ponderar que dicha entrada es una medida adecuada y proporcionada. Recuerda también la obligación de los poderes públicos de proteger a los menores de edad ante cualquier situación de riesgo y de garantizar su desarrollo personal en condiciones adecuadas para procurar su integración social y familiar. La sentencia acude a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declara que cualquier persona en riesgo de sufrir la pérdida del hogar familiar debe tener la garantía de que la medida sea proporcionada y razonable atendiendo a todos los factores involucrados de carácter social y personal.

En consecuencia, el Tribunal Supremo declara que el auto que acordó la entrada en el domicilio sin un previo juicio de su incidencia en los derechos e intereses de los menores afectados vulneró las garantías procedimentales. Ordena la retroacción de las actuaciones para que el juzgado dicte un auto que resuelva la solicitud de entrada en el domicilio motivando la proporcionalidad de la medida respecto a la situación de vulnerabilidad de los hijos menores de edad de la recurrente.

ARBITRAJE Y MEDIACIÓN*

1 · JURISPRUDENCIA

[España]

El TS entiende que el juez, al decidir sobre una declinatoria por sumisión a arbitraje, ha de realizar un enjuiciamiento pleno sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral

Sentencia 409/2017, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 27 de junio

El pasado 27 de junio de 2017, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desestimó un recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia 302/2014 de la Audiencia Provincial de Murcia, que confirmaba la desestimación, por el juez de primera instancia, de una declinatoria por sumisión a arbitraje.

El origen de la controversia se sitúa en la suscripción entre las partes, una entidad bancaria y un empresario, de un contrato marco de operaciones financieras y, posteriormente, de dos contratos de derivados financieros relacionados con el contrato marco. El contrato marco sometía a arbitraje las controversias derivadas «*del presente Contrato Marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución*». Por su parte, los contratos de derivados financieros contenían sendas cláusulas de sumisión a la jurisdicción ordinaria previstas «*para el caso de que no exista sumisión a arbitraje*».

El empresario formuló demanda de nulidad de los contratos de derivados financieros y la entidad bancaria interpuso declinatoria por sumisión a arbitraje, por entender que estos contratos habían sido suscritos «*en ejecución*» del contrato marco y, por tanto, que la controversia entraba en el ámbito de aplicación objetivo del convenio arbitral recogido en el contrato marco.

Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia desestimó la declinatoria y, en consecuencia, declaró su competencia para resolver la controversia. Confirmada la decisión por la Audiencia Provincial, la entidad bancaria formuló recurso extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo.

A juicio del Tribunal Supremo, el recurso formulado por la entidad bancaria se circunscribía a dos cuestiones esenciales: (i) determinar la amplitud del examen que los órganos jurisdiccionales han de realizar para decidir sobre la eficacia y alcance del convenio arbitral cuando se plantea una declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje; y (ii) valorar la corrección de la decisión de los tribunales de instancia respecto de qué materias quedaban sometidas a arbitraje en interpretación del convenio arbitral.

De este modo, la primera cuestión hace referencia al alcance del principio de *Kompetenz-Kompetenz* contenido en el artículo 22 de la Ley de Arbitraje («LA») en relación con los dos primeros apartados del artículo 11 LA. A este respecto, la Sala comienza por realizar un análisis de las dos tesis que identifica sobre esta cuestión.

En primer lugar, la llamada «tesis fuerte» del principio de *Kompetenz-Kompetenz*, que coincide con la posición de la entidad bancaria recurrente, propugna que la actuación del órgano judicial en caso de planteamiento de declinatoria por sumisión a arbitraje debería limitarse a un análisis superficial tendente a comprobar la existencia de convenio arbitral y que, en tal caso, ha de estimarse la declinatoria, para que sean los árbitros quienes decidan sobre su propia competencia.

En segundo lugar, la Sala se refiere a la «tesis débil», conforme a la cual el órgano judicial arbitraje ha de realizar un enjuiciamiento pleno sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. Así, en caso de que se considerase que este no es válido, eficaz o aplicable a las cues-

* Esta sección ha sido coordinada por Heidi López Casto, 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, Almudena Azcarate Ortega, Antón Vieito Baqueiro y Lina Fernández del Portillo, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

tiones objeto de demanda, el órgano judicial rechazará la declinatoria y continuará conociendo de la disputa.

La Sala concluye que debe acogerse la «tesis débil» del principio de *Kompetenz-Kompetenz* al no encontrar razones para sostener la «tesis fuerte», y ello sobre la base de tres motivos fundamentales:

1. Cuando la LA ha querido limitar el alcance del enjuiciamiento del convenio arbitral, lo ha hecho expresamente, como por ejemplo en el artículo 15.5 LA sobre el nombramiento judicial de árbitros.
2. Los instrumentos jurídicos internacionales que abordan, directa o indirectamente, el arbitraje, respetan esta «tesis débil». La Sala pone como ejemplos el artículo II.3 de la Convención de Nueva York, el artículo 8.1 de la Ley Modelo de la CNUDMI (inspiradora de nuestra LA) y el artículo 1.2.d del Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012.
3. En la tramitación parlamentaria de la reforma de la LA operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, quedó sin efecto la previsión de restringir el ámbito del conocimiento del tribunal en el sentido sostenido por la «tesis fuerte» y el artículo 11 LA quedó redactado, en este aspecto, como lo estaba anteriormente.

En conclusión, la Sala afirma que, ante una declinatoria arbitral, el enjuiciamiento que ha de realizar el órgano judicial sobre (i) «la validez y eficacia del convenio arbitral», y (ii) «la inclusión de las cuestiones objeto de la demanda en el ámbito de la materia arbitrable», «no está sometido a restricciones» y, por tanto, «no debe limitarse a una comprobación superficial de la existencia de convenio arbitral».

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala aclara que, si se ha iniciado un procedimiento arbitral —e incluso en la fase previa de formalización del arbitraje— los árbitros, conforme al artículo 22 LA, son competentes para pronunciarse sobre su propia competencia, y su decisión sobre este punto solo puede ser revisada mediante acción de anulación del laudo.

Por último, la sentencia analiza la posible extensión del convenio arbitral recogido en el contrato marco a los contratos de derivados financieros objeto de la litis. En este ejercicio, nuestro Alto Tribunal recuerda que la sumisión a arbitraje debe ser «explícita, clara, terminante e inequívoca», conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, y que la interpretación del convenio arbitral contenido en un contrato de adhesión, como era el contrato marco, no puede realizarse de forma extensiva. Así, la Sala aprecia que no existió un consentimiento claro e inequívoco del adherente para someter a arbitraje las cuestiones derivadas de los contratos de derivados financieros.

En consecuencia, la sentencia desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la entidad bancaria y confirma la jurisdicción de los tribunales ordinarios para conocer de la acción de nulidad de los contratos de derivados financieros.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid anuló un laudo porque el árbitro admitió a trámite una demanda presentada fuera del plazo pactado por las partes

Sentencia 39/2017, de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª, del Tribunal Superior de Justicia, de 30 de mayo

El 30 de mayo de 2017, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia dictó una sentencia que estimaba una demanda de anulación de un laudo dictado por un árbitro único en un arbitraje de equidad *ad hoc*. La demandante en anulación alegaba, entre otras cosas, que el procedimiento arbitral no se había ajustado al acuerdo entre las partes.

Durante la tramitación del procedimiento arbitral, el árbitro remitió, el miércoles 29 de enero de 2014, un correo electrónico a las partes en el que se acompañaba un esquema del procedimiento arbitral y de los distintos plazos procesales, junto con la indicación de que, si no se hacían observaciones, el arbitraje se iniciaría el lunes siguiente, *i. e.*, el 3 de febrero de 2014, día en que empezaría a correr el plazo de 20 días para la presentación de la demanda arbitral. Sin embargo, el demandante en el arbitraje presentó su demanda el día 6 de noviembre de 2014, esto es, nueve meses después de la expiración del citado plazo de 20 días.

Dado que el árbitro acordó admitir a trámite la demanda arbitral, la demandada denunció el incumplimiento del plazo pactado, que debía conducir a la inadmisión de la demanda y a la culminación del procedimiento arbitral. No obstante, el árbitro rechazó la petición señalando que, en el presente supuesto, la demandada no había satisfecho su parte de la provisión de fondos, por lo que —en su criterio— el arbitraje ni siquiera se había iniciado. De esta forma, una vez satisfecha la referida provisión de fondos —después de la presentación de la demanda arbitral—, el árbitro señaló que correspondía seguir adelante con el procedimiento arbitral, concediendo entonces un plazo de veinte días a la demandada para que contestase a la demanda arbitral.

Finalizado el procedimiento arbitral, la demandada en el arbitraje interpuso una demanda de anulación en la que sostuvo, en esencia, que durante la tramitación del procedimiento se habían infringido los plazos del procedimiento arbitral, que fueran propuestos por el árbitro y aceptados por las partes, generando así un desequilibrio en el procedimiento arbitral (*ex* artículo 41.1.d de la Ley de Arbitraje —la «LA»—).

Tras examinar la demanda de anulación, la Sala entendió que:

1. La demanda arbitral había sido presentada de forma extemporánea (nueve meses después del vencimiento pactado por las partes).
2. El artículo 31.a) LA establece que si «*el demandante no presenta su demanda en plazo, los árbitros darán por terminadas las actuaciones*».
3. La preclusión del plazo para presentar la demanda no tiene ninguna relación con la provisión de fondos que exigió el árbitro para dar traslado de la demanda arbitral a la demandada.
4. El efecto procesal del transcurso del tiempo sin que se presente la demanda debe ser la preclusión del plazo concedido para realizar el acto procesal, lo que trae como consecuencia su ineficacia.

Examinados los razonamientos anteriores, la Sala concluyó que debía estimarse el motivo de anulación «*por no haberse ajustado el procedimiento arbitral a lo acordado, habiendo precluido el plazo fijado por el árbitro con el acuerdo tácito de las partes, para que el promotor del arbitraje interpusiese la demanda arbitral, plazo que según lo pactado era de estricta observancia, por ello, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 31 a) de la Ley de Arbitraje, el árbitro debería haber dado por terminadas las actuaciones arbitrales, y no lo hizo, pese a la oposición expresa de la demandada en el arbitraje*», y, en consecuencia, estimó la acción de anulación con expresa condena en costas a la demandada en anulación.

2 · ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Un tribunal arbitral CIADI rechazó la demanda presentada contra Italia por tres inversores en relación con su inversión en el sector de la energía solar

Laudo dictado en el asunto CIADI N.º ARB/14/3, de 27 de diciembre de 2016, Blusun SA, Jean-Pierre Lecorcier y Michael Stein c. la República Italiana

Recientemente se ha publicado el laudo dictado el pasado 27 de diciembre de 2016 en el caso Blusun SA, Jean-Pierre Lecorcier y Michael Stein c. la República Italiana. La disputa surgió por los cambios legislativos que tuvieron lugar en el sector de la energía solar entre 2010 y 2012, y que habrían frustrado la inversión de los demandantes en un proyecto de generación de energía fotovoltaica. El tribunal arbitral desestimó las reclamaciones de los demandantes, que reclamaban compensaciones por la pérdida de valor de su inversión.

Italia objetó a la jurisdicción del tribunal arbitral alegando los siguientes motivos: (i) las actividades desarrolladas por los inversores no constituyen una inversión bajo el Convenio CIADI y el Tratado sobre la Carta de la Energía («TCE»), por tratarse de actividades desarrolladas en la fase de pre-inversión; (ii) la inversión se hizo en violación de la legislación italiana y del principio de buena fe; y (iii) la inversión se hizo en violación de la normativa de protección de medio ambiente del TCE. La Unión Europea, por su parte, presentó una objeción a la jurisdicción del tribunal arbitral porque el TCE no sería de aplicación entre Estados miembros de la Unión Europea.

El primer motivo de objeción fue desestimado por el tribunal arbitral, que consideró que el requisito de «*construcción y puesta en marcha*» contenido en la definición del TCE no impone un requisito cumulativo para que existiera una inversión, sino que era suficiente con haber comenzado la construcción de la planta solar con recursos sustanciales para que las actividades de los demandantes dejaran de ser actividades preinversión y pasaran a estar protegidas por el TCE como inversiones. Asimismo, la inversión estaría cubierta por el Convenio CIADI, que no recoge una definición de preinversión e inversión diferenciada, como hace el TCE.

El segundo motivo de objeción se basó en la supuesta ilegalidad del proyecto y la falta de buena fe de los inversores, que habrían dividido el proyecto de manera artificial para lograr los permisos necesarios para operar plantas de menor capacidad, cuando deberían haber utilizado otra vía, más exhaustiva, para lograr los permisos necesarios. El tribunal arbitral desestimó esta objeción, señalando que la aprobación del proyecto por parte de las autoridades italianas era suficiente para estimar que la inversión era legal, a falta de pruebas en contra. Además, estimó que los inversores habían actuado de buena fe, a falta de pruebas de engaño a las autoridades sobre el tamaño o la capacidad de la planta.

La objeción relacionada con la evaluación del impacto ambiental del proyecto también fue desestimada por el tribunal arbitral. La objeción se apoyaba en el artículo 19 del TCE, que establece que «*las Partes Contratantes harán cuanto esté en su mano para minimizar, de forma eficaz desde el punto de vista económico, los efectos perniciosos sobre el medio ambiente que se den tanto dentro como fuera de su territorio, como consecuencia de cualesquiera actividades relacionadas con el ciclo de la energía en su territorio*». El tribunal arbitral señaló que un supuesto incumplimiento de esta obligación escapaba a su jurisdicción por tratarse de obligaciones impuestas a los Estados y no a los inversores. Los Estados son los que deben fijar los mecanismos para proteger el medio ambiente a través de su legislación local, y en este caso no existía la necesidad de realizar un estudio del impacto ambiental en proyectos de plantas solares pequeñas, por lo que los inversores cumplieron debidamente con la legislación que Italia había desarrollado en este sentido.

Por otro lado, la Unión Europea presentó un memorial de *amicus curiae* en el que alegó que el TCE no sería de aplicación entre Estados miembros de la Unión Europea, entre otras cosas, porque no había diversidad territorial entre los inversores y el Estado receptor de la inversión, y que ambos serían la misma «*Parte contratante*» bajo el TCE. Al respecto, el tribunal arbitral manifestó que los Estados europeos seguían siendo «*Partes contratantes*» bajo el TCE y que el TCE había creado obligaciones entre los Estados miembros. Señaló también que si los Estados miembros de la Unión Europea hubieran querido que el TCE no fuera de aplicación entre ellos, lo habrían acordado así explícitamente. El tribunal arbitral indicó que no consideraba que el artículo 26 del TCE, sobre solución de controversias entre inversores y Estados, fuera incompatible con las previsiones del Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea («*TFUE*»). En su opinión, el artículo 344 TFUE, que establece que los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en ellos, solo es de aplicación entre los diferentes Estados miembros y, por tanto, irrelevante en disputas entre inversores y Estados. Para reforzar su posición, el tribunal arbitral citó casos recientes en los que otros tribunales arbitrales también han desestimado esta objeción.

En cuanto al fondo del asunto, el tribunal arbitral analizó el alegado incumplimiento por parte de Italia de su obligación de fomentar y crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que se realicen inversiones en su territorio y, en particular, su obligación de dar un trato justo y equitativo a los inversores (artículo 10(1) del TCE).

El tribunal arbitral decidió que Italia no había incumplido su obligación bajo el artículo 10(1) del TCE, pues el estándar de trato justo y equitativo tiene un umbral alto, cuyo énfasis está en que haya habido una distorsión grave del régimen legal, y en este caso las medidas adoptadas por Italia no alcanzaban ese umbral. En relación con el argumento de los demandantes basado en sus legítimas expectativas, el tribunal arbitral indicó que sus expectativas razonables, justificadas o no, en relación con ciertas circunstancias, no servían de base para desplazar el riesgo de los inversores a los Estados ante la ausencia de compromisos específicos que Italia no había asumido en este caso.

Un tribunal arbitral CIADI condenó a Argentina al pago de una indemnización por la expropiación de dos líneas aéreas sin atender al debido proceso ni realizar el pago de una indemnización adecuada

Laudo CIADI N.º ARB/09/1, de 21 de julio de 2017, Teinver, SA, Transportes de Cercanías, SA y Autobuses Urbanos del Sur, SA, c. la República Argentina

Un tribunal arbitral constituido bajo el Convenio CIADI ha condenado a la República Argentina al pago de 320 millones de dólares a varias empresas españolas por la expropiación de dos aereolíneas.

Las demandantes, las sociedades españolas Teinver, SA, Transportes de cercanías, SA y Autobuses Urbanos del Sur, invirtieron en Argentina en el año 2001 mediante la compra de Interinvest, que era titular mayoritaria de las acciones de las líneas aéreas «Aerolíneas Argentinas SA» y «Austral-Cielos del Sur, SA» y operaron las líneas aéreas hasta el año 2008. Entonces, mediante un acuerdo de 17 de julio 2008, Interinvest y la República Argentina iniciaron negociaciones para la compra de las líneas aéreas directamente por parte del Estado. No obstante ello, el Gobierno argentino expropió formalmente las acciones de las líneas aéreas por el valor de ARS 1. Las sociedades españolas demandaron a Argentina con base en la violación del Tratado bilateral de inversiones España-Argentina.

Las demandantes alegaron que la delicada situación financiera de las líneas aéreas y su retorno al estado de insolvencia se debieron a las medidas de Argentina, que habrían constituido violaciones del Tratado. Además, las demandantes afirmaron que la demandada realizó una expropiación ilícita, ya que (i) no pagó una indemnización adecuada, (ii) no se expropió por causas de utilidad pública, (iii) violó el debido proceso, la Constitución Argentina y las obligaciones que emanan de la legislación Argentina, y (iv) era discriminatoria.

La demandada, en cambio, alegó que no tuvo otra alternativa que expropiar las líneas aéreas a fin de mantener el servicio público esencial de conectividad dentro del país y que el hecho de no pagar nada por las acciones estuvo justificado porque las líneas aéreas tenían una valuación general negativa al momento de la expropiación.

El tribunal apreció que la demandada había podido demostrar adecuadamente que su expropiación de las acciones de las líneas aéreas se produjo por razones de utilidad pública y que las demandantes no han podido probar que su inversión fue expropiada porque era propiedad de extranjeros.

Por lo se que se refiere al pago de una indemnización adecuada, el tribunal señala que «*los tribunales han resuelto consistentemente que una indemnización adecuada refleja el valor justo de mercado de la inversión inmediatamente antes de que se conociera la expropiación*». La demandada argumentó que abonó una indemnización adecuada a la vista de que la inversión generaba pérdidas al momento de la expropiación. A los ojos del tribunal, conforme al derecho argentino, el Acuerdo de 17 de julio de 2008, que prevía una valuación independiente por parte de un tercero en el caso de que las respectivas valuaciones de las Partes arrojen resultados diferentes y que las Partes no puedan acordar un valor, creó un derecho adquirido a una valuación por determinados métodos y procedimientos y, por consiguiente, la ausencia de dicha valuación y, en su lugar, la expropiación indirecta de la inversión resultaron violatorias de la legislación local.

Con respecto a si se cumplió con el debido proceso legal al expropiar, la demandada señaló que el tratado solo requiere un procedimiento legal aplicable que permita a la parte agraviada que su reclamación sea oída y que a las disposiciones legales a las que deben conformarse las medidas expropiatorias es al derecho específicamente pertinente del Estado cuya expropiación se impugna. El tribunal señaló que «*una expropiación que se lleva a cabo de acuerdo con la legislación local puede satisfacer esta parte de la prueba, pero puede seguir siendo ilícita para el derecho internacional si no se han cumplido las restantes condiciones relativas a la expropiación lícita*».

El tribunal concluyó que la expropiación de las líneas aéreas fue ilícita, en la medida en que dicha toma no se realizó con arreglo a la ley y que la demandada no pagó una indemnización apropiada.

COMPETENCIA*

1 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Un acuerdo consistente en la difusión de información engañosa sobre un producto con el objetivo de reducir su demanda puede constituir una restricción «por objeto»

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 23 de enero de 2018 (as. C-179/16 F)

El Tribunal de Justicia contesta una cuestión prejudicial de un tribunal italiano planteada en el marco del recurso contra una resolución sancionadora de la autoridad nacional de competencia.

El Tribunal de Justicia declara que un mercado de referencia puede incluir, además de los medicamentos autorizados para el tratamiento de una patología, otro medicamento cuya autorización de comercialización no cubre dicho tratamiento, pero que se utiliza con ese fin, y guarda, por tanto, una relación concreta de sustituibilidad con los primeros.

En este contexto, un acuerdo adoptado con el objetivo de crear una diferenciación artificial entre los medicamentos autorizados para el tratamiento de una patología y otro medicamento sustituible, pero cuya autorización de comercialización no cubre dicho tratamiento, manipulando la percepción de los riesgos asociados al uso de este, puede constituir una infracción «por objeto» del artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Dicha manipulación puede consistir en la difusión de información engañosa. Este tipo de infracción no puede acogerse a la exención prevista en el artículo 101.3 del Tratado en tanto que la restricción que impone no puede considerarse como «indispensable».

El Tribunal de Justicia se pronuncia sobre las prohibiciones de venta en Internet a través de plataformas de terceros (como eBay o Amazon) que persiguen proteger la imagen de la marca

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 6 de diciembre de 2017 (as. C-230/16)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que la prohibición de la reventa en Internet a través de plataformas (*marketplaces*) de terceros (como eBay, Alibaba o Amazon) es compatible con la normativa europea de competencia cuando persigue proteger la imagen de la marca.

La sentencia ha sido dictada en el marco de una cuestión prejudicial planteada en relación con un sistema de distribución selectiva. La distribución selectiva permite limitar la venta a aquellos distribuidores que cumplan ciertas condiciones tendentes a proteger la calidad e imagen del producto. Estos distribuidores solo pueden vender a consumidores finales o a otros distribuidores oficiales admitidos por el proveedor en la red de distribución.

El Tribunal de Justicia ha considerado que la prohibición de venta en Internet que persigue proteger la imagen de la marca y se limita a las plataformas *online* de terceros que están fuera de esa red de distribución puede ser necesaria y proporcionada para asegurar el cumplimiento de los estándares mínimos exigidos a los miembros de la red, a fin de preservar la imagen de calidad, lujo y exclusividad de los productos.

El Tribunal concluye que limitar un canal de venta *online* (plataformas de terceros) no es lo mismo que prohibir por completo las ventas *online*. Esta última prohibición nunca es admisible, pero la primera puede serlo según los casos.

El Tribunal de Justicia aclara que el paso de control exclusivo a conjunto sobre una empresa existente solo está sujeto a control de concentraciones si dicha empresa actúa como una entidad económica autónoma

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 7 de septiembre de 2017 (as. C-248/16)

El Tribunal de Justicia contesta la cuestión prejudicial de un tribunal austriaco. Considera que el paso de control exclusivo a conjunto sobre una empresa existente solo supone una concentración en el sentido del Reglamento 139/2004 sobre el control de concentraciones entre empresas

* Esta sección ha sido coordinada por Alfonso Gutiérrez, y en su elaboración han participado Raquel Lapresta, Paloma Sanjuán, Tomás Arranz, Carmen Martínez, Cristina Areces, Pablo Solano, María Zafra, Bárbara Rivera, Jokin Beltrán de Lubiano, Alberto Pérez y 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 (Madrid y Bruselas).

si dicha empresa desempeña de forma permanente todas las funciones propias de una entidad económica autónoma.

Por tanto, a diferencia de lo que sugiere el mencionado Reglamento, no hay ninguna diferencia entre las operaciones de creación de empresas en participación y las consistentes en la adquisición de control conjunto sobre una empresa existente.

El Tribunal de Justicia anula la sentencia del Tribunal General que confirmó la multa impuesta por la Comisión a Intel por abuso de posición dominante

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 6 de septiembre de 2017 (as. C-413/14P)

En la sentencia recurrida, el Tribunal General validó la argumentación de la Comisión Europea según la cual los descuentos de fidelidad concedidos por una empresa en posición dominante tienen, por su propia naturaleza, la capacidad de restringir la competencia, de modo que no es necesario analizar las circunstancias del asunto. El Tribunal de Justicia ha declarado que el Tribunal General debería haber examinado los descuentos por fidelidad que se reprochan a Intel teniendo en cuenta todas las circunstancias del asunto.

El Tribunal de Justicia anula, por tanto, la sentencia del Tribunal General por no haber examinado las alegaciones de Intel al analizar la capacidad de los descuentos controvertidos para restringir la competencia y le devuelve el asunto para que realice ese examen.

[España]

La Audiencia Nacional declara que para considerar que una empresa ha participado en una infracción única y continuada debe acreditarse que tuviera conocimiento de la existencia de un objetivo común o plan conjunto de actuación en el que intervinieran otras empresas

Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6, de 28 de diciembre de 2017 y 22 de febrero de 2018, en los recursos 120/2015 y 115/2015

En estas sentencias, la Audiencia Nacional analiza si dos empresas, activas en los mercados de gestión de residuos urbanos en España y de saneamientos urbanos, participaron en una infracción única y continuada consistente en un reparto de mercado, de clientela y de fuentes de aprovisionamiento, instrumentalizada a través de diferentes prácticas, con la finalidad de suprimir la competencia mediante la presentación de ofertas únicas en licitaciones.

La Audiencia Nacional recuerda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con los tres requisitos que deben concurrir para acreditar la participación en una infracción única y continuada, a saber: (a) la existencia de un plan global que persigue un objetivo en común; (b) la contribución intencional de la empresa a ese plan; y (c) el hecho de que tuviera conocimiento de los comportamientos infractores de los demás participantes.

Tras analizar la aplicación de estos requisitos al supuesto enjuiciado, la Audiencia Nacional concluye que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia («CNMC») no había acreditado la participación de estas empresas en una infracción única y continuada. En concreto, a pesar de considerar que las conductas imputadas a las empresas recurrentes pudieran ser sancionables, la CNMC no había acreditado que estas empresas participasen o tuvieran conocimiento de la existencia de un objetivo común o plan conjunto de actuación en la que intervinieran otras empresas. Entre los elementos mencionados para concluir la inexistencia de una infracción única y continuada se mencionan la pluralidad de empresas que participaron en los acuerdos, el hecho de que estas actuaban en sectores muy diversos, la variedad de prácticas sancionadas sin que se hubiera acreditado la conexión o complementariedad entre los distintos acuerdos sancionados.

Una conducta de estrechamiento de márgenes únicamente será considerada contraria a las normas de defensa de la competencia si se acredita que es apta para producir la exclusión de los competidores en el mercado descendente

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de febrero de 2018

El Tribunal Supremo desestima el recurso de la Administración General del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional que anulaba la sanción impuesta por la Comisión Nacional de la Competencia («CNC») a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A. («Correos») por un abuso de posición dominante en la forma de estrechamiento de márgenes al no haberse acreditado que la conducta sancionada fuera apta para excluir a otros competidores del mercado.

En la resolución recurrida, la CNC declaró que Correos no sería una posición de dominio en el mercado postal en España. Tras ello, consideró que el hecho de que esta entidad otorgase descuentos notoriamente inferiores a los operadores privados que accedían a su red postal que los que ofrecía a sus grandes clientes en el mercado minorista constituía un estrechamiento de márgenes abusivo.

El Tribunal Supremo recuerda los presupuestos exigidos por la jurisprudencia europea para que una conducta de estrechamiento de márgenes pueda ser considerada contraria a la normativa de defensa de la competencia: (a) los propios del abuso de posición de dominio; (b) existencia de un consumo esencial en el mercado descendente; y (c) producción de un efecto salida en el mercado descendente.

En relación con este último requisito, se recuerda que para considerar abusiva la conducta, no es necesario que esta tenga ni propósito anticompetitivo deliberado ni consecuencias anticompetitivas efectivas, pero sí es preciso que tales efectos anticompetitivos sean al menos posibles. En el presente caso, el Tribunal Supremo considera que tal efecto de exclusión no se había producido y, por tanto, no era posible considerar la conducta abusiva.

La Audiencia Nacional se pronuncia sobre los requisitos de compatibilidad con las normas de defensa de la competencia de los acuerdos de comercialización conjunta

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de septiembre de 2017

En esta sentencia se analiza la compatibilidad con las normas de defensa de la competencia de la creación de una empresa en participación entre competidores para la comercialización conjunta de papel y cartón.

La Audiencia Nacional declara que el acuerdo de comercialización analizado no puede beneficiarse de la exención prevista en el apartado tercero de los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ya que no se han identificado con claridad las pretendidas eficiencias derivadas de él ni que las restricciones impuestas fueran necesarias ni proporcionadas. Por ello, la CNC concluyó que la creación de la empresa en participación constituía un intercambio de información comercial sensible y reparto y fijación de condiciones comerciales.

El recurrente alegó que, dado que la cuota conjunta de las partícipes era inferior al 15 %, conforme a lo previsto en las Directrices de la Comisión Europea sobre Acuerdos Horizontales, el acuerdo no era susceptible de producir efectos restrictivos de la competencia. La Audiencia Nacional aclara que el porcentaje del 15 % de cuota de mercado previsto en las Directrices, por debajo del cual se considera que no se producen efectos restrictivos, no fija un límite absoluto en términos de obligar a decidir si se produce o no el efecto restrictivo por el solo hecho de superarlo o no alcanzarlo. Si el acuerdo reduce la independencia decisoria de una de las partes en lo que se refiere al acceso al mercado de otras partes, limitando sus incentivos para su entrada, es probable que produzca efectos restrictivos de la competencia con independencia de la cuota de las partes.

2 · DECISIONES EN MATERIA DE EXPEDIENTES SANCIONADORES

[Unión Europea]

La Comisión Europea sanciona a Facebook por proporcionar información incorrecta o engañosa en el contexto del examen de la adquisición de WhatsApp

Decisión de la Comisión Europea, de 17 de mayo de 2017, en el asunto M.8228 Facebook/WhatsApp

La adquisición de WhatsApp por parte de Facebook fue autorizada por la Comisión Europea el 3 de octubre de 2014 en primera fase sin necesidad de ofrecer compromisos que garantizaran su compatibilidad con el mercado interior. Con posterioridad, el 30 de junio de 2016, Facebook comunicó a la Comisión su intención de implantar una forma de vinculación de los usuarios de Facebook y WhatsApp no disponible en 2014. Este anuncio suscitó las dudas de la Comisión acerca de la veracidad de determinadas declaraciones de Facebook, contenidas tanto en el formulario de notificación como en la respuesta a una solicitud de información dirigida por aquella autoridad en el marco del examen de la concentración, conforme a las cuales no sería posible vincular los identificadores de usuario de la red social Facebook con los números de teléfono asociados a los suscriptores del sistema de comunicación WhatsApp de manera automática, sino que habría de realizarse manualmente por los propios usuarios.

La subsiguiente investigación permitió a la Comisión concluir que, en el momento de responder a la solicitud de información en 2014 y de presentar el formulario de notificación, determinados empleados de Facebook estaban investigando la posibilidad de vincular los usuarios de las aplicaciones de esta empresa (Facebook e Instagram) instaladas en el mismo dispositivo móvil y habían explorado una solución consistente en la utilización de un identificador común asociado al número de teléfono. Sobre esta base la Comisión imputó a Facebook dos infracciones, al entender que proporcionó información incorrecta o engañosa tanto en el formulario de notificación como en la respuesta a la solicitud de información.

Adicionalmente, la Comisión interpretó que la conducta de Facebook fue al menos negligente, puesto que, en el momento de proporcionar la información considerada incorrecta o engañosa, aquella empresa debería haber sido consciente de que la vinculación automática de los usuarios de Facebook y WhatsApp era técnicamente posible o lo sería en el futuro. No obstante, tomando en consideración la cooperación de Facebook en la investigación, que reconoció la esencia de los hechos imputados, la Comisión manifestó que la conducta sancionada no tuvo ningún impacto en el resultado del examen competitivo de la concentración y las dos multas que le impuso en su condición de parte notificante se limitaron al 0,2 % de su facturación en 2016 (55 millones de euros cada una) dentro del máximo legal del 1 %.

Los pagos realizados por Qualcomm a Apple a cambio de que este último se aprovisionara exclusivamente de sus chips son considerados por la Comisión Europea como una explotación abusiva de su posición de dominio, e impone una sanción de 997 millones de euros

Decisión de la Comisión, de 24 de enero de 2018, en el asunto AT.40.220 Qualcomm (pagos por exclusividad)

La Comisión Europea ha impuesto una multa de 997 millones de euros a la empresa Qualcomm por abusar de su posición de dominio en el mercado de los chips de banda base, que permiten la transmisión de datos y vídeo entre el dispositivo móvil y la red, compatibles con el estándar de comunicación 4G *Long-Term Evolution* (LTE), de manera contraria al artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La conclusión de la Comisión sobre la posición de dominio de Qualcomm se basó en sus cuotas superiores al 90 % entre 2011 y 2016 en el mercado de los chips de banda base de estándar LTE y en las elevadas barreras a la entrada a dicho mercado derivadas de las importantes inversiones en investigación y desarrollo necesarias y de los derechos de propiedad industrial necesarios, que son titularidad de Qualcomm. La conducta declarada abusiva consistió en la realización de cuantiosos pagos por parte de Qualcomm, en virtud de un contrato celebrado en 2011, que en 2013 se extendió hasta el final de 2016, a Apple a cambio de que este no utilizara chips de banda base de fabricantes rivales en los dispositivos iPhone y iPad, bajo sanción de pérdida de los incentivos futuros y de reembolso de los ya abonados.

El efecto restrictivo de la competencia derivaría de la extensión de la posición de dominio de Qualcomm, la cuantía de las cantidades abonadas por esta empresa y la condición de Apple de fabricante líder de dispositivos móviles, que acumula aproximadamente un tercio de la demanda total de chips de banda base LTE y goza de influencia en las decisiones de compra y diseño de otros clientes y proveedores. Qualcomm intentó demostrar la ausencia de efectos negativos mediante el análisis económico de precio-coste aportado. No obstante, la Comisión rechazó este argumento, así como el relativo a la generación de eficiencias.

[España]

La CNMC multa a Santander, CaixaBank, Sabadell y BBVA por la manipulación de determinados derivados de tipos de interés

Resolución del Consejo de la CNMC, de 13 de febrero de 2018, en el Expediente S/DC/0579/16 DERIVADOS FINANCIEROS

El 14 de febrero de 2018, la CNMC impuso una multa de 91 millones de euros a Banco Santander, CaixaBank, Banco Sabadell y BBVA por acordar, sin el conocimiento del cliente, la oferta de derivados de tipos de interés contratados como garantías a la concesión de créditos sindicados bajo condiciones económicas que no eran «de mercado».

La CNMC basa su conclusión en las grabaciones de voz y la correspondencia electrónica entre los bancos, que, de acuerdo con la Resolución, habrían puesto de manifiesto que las condiciones económicas de los derivados financieros ofrecidas a los clientes no se correspondían con las

«condiciones de mercado» pactadas en el contrato. En cambio, entiende la CNMC que habrían incluido un margen a favor de los bancos pactado entre estos sin el conocimiento del cliente. La CNMC calificó esta conducta como constitutiva de una restricción por objeto, a la vez que afirmó que habría producido efectos negativos en el mercado.

La CNMC también analizó la vinculación consistente en la contratación del derivado financiero como garantía de un crédito sindicado con los mismos bancos. Si bien no consideró que esta vinculación fuera contraria a la normativa de competencia, sí señaló que la estrecha relación entre ambos productos podría haber facilitado que la fijación colectiva de las condiciones económicas del derivado se situara por encima de las condiciones de mercado.

La CNMC impone una sanción total de 44,7 millones de euros a 11 empresas por la fijación de precios y reparto de proyectos en los mercados de fabricación y distribución de cables

Resolución del Consejo de la CNMC, de 21 de noviembre de 2017, en el expediente S/DC/0562/15 Cables BT/MT

La CNMC reprocha a las empresas su participación en varias infracciones únicas y continuadas constitutivas de cártel, que se pueden clasificar en tres grupos: (i) acuerdos de fijación de precios y de reparto de proyectos entre fabricantes de cables de baja y media tensión; (ii) tres acuerdos de reparto de proyectos entre fabricantes y tres empresas distribuidoras; y (iii) acuerdos de reparto de proyectos entre empresas distribuidoras.

Respecto a los acuerdos entre fabricantes, la Resolución señala que siete de las principales empresas fabricantes de cables de baja y media tensión, así como la asociación sectorial, se habrían reunido en 52 ocasiones desde 2002 a 2015 para fijar tarifas y descuentos, incluyendo las fechas del anuncio de las tarifas, las de su efectiva aplicación y los argumentos para justificar el incremento. Las empresas sancionadas también se habrían repartido los proyectos para el suministro de cables a clientes, fijando la asignación de cuotas a cada empresa.

En relación con el segundo grupo de infracciones, se sancionan acuerdos relativos al reparto del suministro de cables entre empresas fabricantes y un distribuidor, en relación con grandes clientes.

Finalmente, la CNMC considera que dos empresas distribuidoras se habrían repartido un total de 25 proyectos de suministro de cables para grandes clientes durante un periodo de cuatro años. Las prácticas incluían la presentación de ofertas de cobertura.

3 · DECISIONES EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

[Unión Europea]

La Comisión Europea autoriza, sujeta a condiciones, la concentración entre Dow y DuPont

Decisión de la Comisión Europea, de 27 de marzo de 2017, en el asunto M.7932 Dow / DuPont

La operación notificada supone la fusión entre iguales de Dow y DuPont, empresas globales líderes en el sector fitosanitario y químico. Tras una investigación detallada, la Comisión Europea estima que la operación supondría una reducción significativa en la competencia en algunos mercados de herbicidas, insecticidas, fungicidas y otros componentes (ACP e ionómeros). Para solucionar estos problemas, las partes se comprometen a desinvertir las divisiones correspondientes.

El razonamiento de la Comisión en esta operación también incluye, por primera vez, un análisis de los efectos en los «espacios de innovación» (que no mercados de innovación) en los que las empresas compiten a través de sus actividades de I+D, representando una actividad de insumo para tanto los mercados aguas arriba de tecnologías como los mercados aguas abajo de productos. La Comisión estima que en estos espacios de innovación fitosanitaria, la operación produciría una reducción de innovación, puesto que se reduce el incentivo a competir mediante esfuerzos de innovación ya existentes o incluso los esfuerzos de innovación que se fueran a desplegar a largo plazo. Además, la Comisión hace notar que se trata de un sector oligopolístico (teniendo en cuenta, en particular, el alto nivel de accionariado común), lo cual agrava el

problema, y que las partes tenían planeado reducir el gasto en I+D. Para solucionar este problema, las partes se comprometen a desinvertir la división de I+D de DuPont.

La Comisión Europea aprueba en primera fase y sin compromisos la adquisición de Banco Popular por parte de Banco Santander

Decisión de la Comisión de 8 de agosto de 2017, asunto M.8553 Banco Santander/ Banco Popular

La Comisión Europea concluyó que la adquisición de Banco Popular por parte de Banco Santander no conllevaría problemas de competencia en el Espacio Económico Europeo. La Comisión consideró que las cuotas conjuntas en los mercados analizados eran limitadas, puesto que no superaban el 25 % y que, tras la operación, seguirían existiendo fuertes competidores en todos los mercados afectados.

La Comisión analizó la incidencia de la operación en los mercados nacionales y regionales de servicios bancarios minoristas, de arrendamiento financiero, de *factoring* y de prestación de servicios de cajeros automáticos.

El 6 de junio de 2017 el Banco Central Europeo había declarado que el Banco Popular era una entidad «*inviabile o con probabilidad de serlo*» y lo había comunicado a la Junta Única de Resolución que ordenó la resolución de la entidad. En este escenario, la Comisión concedió a Banco Santander una excepción que le permitió adoptar temporalmente las medidas necesarias para garantizar la estabilidad financiera del Banco Popular mientras se estudiaba la viabilidad de la operación.

4 · DECISIONES EN MATERIA DE AYUDAS DE ESTADO

La Comisión declara que no es necesario pronunciarse sobre si diversas medidas públicas de apoyo al operador del aeropuerto de Lübeck constituyen una ayuda estatal incompatible con el mercado interior dada la imposibilidad de recuperarlas

Decisión de la Comisión, de 7 de febrero de 2017, en los asuntos SA.21877, SA.27585 y SA.31149 – Alemania – Presuntas ayudas estatales a favor de Flughafen Lübeck GmbH, Infratil Limited, Ryanair y las compañías aéreas que utilizan el aeropuerto

El 10 de julio de 2007 la Comisión Europea incoó un procedimiento para investigar la posible ayuda estatal concedida al operador aeroportuario Flughafen Lübeck GmbH («*FLG*») mediante la asunción de las pérdidas de explotación del aeropuerto de Lübeck y el arrendamiento de los terrenos y la infraestructura aeroportuaria por parte del ayuntamiento de Lübeck en términos incompatibles con los de un inversor privado, con la consiguiente concesión de una ventaja gratuita a aquella empresa. El apoyo público incluyó asimismo la financiación de determinadas inversiones en infracción del marco jurídico aplicable a las ayudas a aeropuertos regionales, la compensación de pérdidas y la subordinación de deudas por parte del ayuntamiento de Lübeck y el Gobierno regional de Schleswig-Holstein. En el marco de este procedimiento, la Comisión investigó igualmente las posibles ayudas estatales concedidas a Infratil en la adquisición de la mayoría del capital de FLG y a Ryanair a través de los convenios de servicios aeroportuarios que FLG celebró con esta aerolínea. Finalmente, la Comisión albergaba sospechas acerca del carácter de ayudas estatales de las tasas de deshielo de aeronaves aplicadas en el aeropuerto de Lübeck, supuestamente inferiores al coste.

A pesar de que el examen de las medidas de apoyo público a favor de FLG reveló indicios de su carácter de ayudas estatales incompatibles con el mercado interior, la Comisión concluyó que no procedía pronunciarse al respecto. La razón es que tanto FLG como la empresa a la que posteriormente se cedieron sus activos se habían extinguido y estos activos habían sido enajenados en el marco de un procedimiento concursal, de manera que la eventual recuperación de la ayuda sería imposible. Por lo demás, la Comisión consideró que las medidas a favor de Infratil y Ryanair no constituían ayudas estatales por carecer, respectivamente, de los elementos de concesión de ventaja gratuita y selectividad. Igualmente, la autoridad entendió que las tasas de deshielo aplicables en el aeropuerto de Lübeck no otorgaban una ventaja selectiva y, consiguientemente, no representaban una ayuda estatal en el sentido del artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

ENERGÍA*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

- *Circular 3/2017, de 22 de noviembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen los mecanismos de asignación de capacidad a aplicar en las conexiones internacionales por gasoducto con Europa (BOE de 29 de noviembre de 2017)*
- *Resolución de 11 de diciembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se establecen las condiciones para la prestación del servicio de creador de mercado obligatorio por parte de los operadores dominantes del mercado de gas natural (BOE de 13 de diciembre de 2017)*
- *Orden ETU/1282/2017, de 22 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso de energía eléctrica para 2018 (BOE de 27 de diciembre de 2017)*
- *Orden ETU/1283/2017, de 22 de diciembre, por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas para el año 2018 (BOE de 27 de diciembre de 2017)*
- *Orden ETU/66/2018, de 26 de enero, por la que se fijan los tributos y recargos considerados a efectos de los suplementos territoriales y se desarrolla el mecanismo para obtener la información necesaria para la fijación de los suplementos territoriales en relación con los peajes de acceso de energía eléctrica correspondientes al ejercicio 2013 (BOE de 30 de enero de 2018)*
- *Ley 7/2017, de 14 de diciembre, de medidas de la eficiencia energética y garantía de accesibilidad a la energía eléctrica (BOE de 9 de febrero de 2018)*
- *Comunidad Autónoma de Galicia: Ley 7/2017, de 14 de diciembre, de medidas de la eficiencia energética y garantía de accesibilidad a la energía eléctrica (DOG de 26 de diciembre de 2017)*
- *Comunidad Autónoma de La Rioja: Resolución de 11 de octubre 2017, que aprueba las normas para la tramitación de instalaciones de autoconsumo de energía eléctrica en baja tensión de origen renovable en la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOR de 18 de octubre de 2017)*

2 · JURISPRUDENCIA

Sistema gasista y la titularidad de centrales nucleares

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 152/2017, de 21 de diciembre (también conocida como el caso «Castor»)

Resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por, entre otros, el Parlamento de Cataluña y el Gobierno de la Generalitat de Cataluña frente a los arts. 2, 4.1. y 4.3 del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes en relación con el sistema gasista y la titularidad de centrales nucleares (el «RD-Ley 13/2014»).

El art. 2 del RD-Ley 13/2014 declara la extinción de la concesión para la instalación de almacenamiento de gas denominada «Castor» y, en su art. 4.1, fija una compensación económica en favor del titular de la concesión extinguida por valor 1.350.729 miles de euros.

Los recurrentes esgrimen dos alegaciones principales contra el RD-Ley 13/2014: (i) la contravención de los límites impuestos por el artículo 86.1 CE al no concurrir el presupuesto habilitante exigido por la CE consistente en una situación de extraordinaria y urgente necesidad que legiti-

* 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).

maría el recurso a la legislación de urgencia; y (ii) que el RD-Ley 13/2014 es una norma con rango de ley singular y autoaplicativa que no satisface los requisitos identificados por la doctrina del Tribunal a fin de que el eventual recurso a este tipo de leyes singulares no merme la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial garantizado por el artículo 24.1 CE.

En última instancia, el TC acoge las alegaciones de los recurrentes y declara la inconstitucionalidad de los artículos 2.2, 4 a 6, la disposición adicional primera y la transitoria primera sobre la base de que no concurre el presupuesto de la «extraordinaria y urgente necesidad» del art. 86.1 CE.

INMOBILIARIO Y URBANISMO*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Certificación de eficiencia energética en edificios

Real Decreto 564/2017, de 2 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios (BOE 6 de junio de 2017)

Aprueba la modificación al procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios, regulado en el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, que a su vez traspuso parcialmente la Directiva 2010/31/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010.

Andalucía. Vivienda

Orden de 5 de octubre de 2017, por la que se crea la bolsa de oferta de viviendas y se regula el procedimiento para la declaración de permuta protegida de vivienda (BOJA de 11 de octubre de 2017)

En el marco del Plan de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía 2016-2020, (i) regula el procedimiento para la declaración de permuta protegida de vivienda y (ii) crea y ordena la bolsa de oferta de viviendas en la que se registrarán aquellas cuyos titulares necesiten permutarlas por otras más adecuadas a sus circunstancias.

Aragón. Norma técnica de planeamiento

Decreto 78/2017, de 23 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la Norma Técnica de Planeamiento (NOTEPA) (BOA de 2 de junio de 2017)

Aprueba la normativa técnica de planeamiento, que unifica los criterios técnicos para la elaboración de los documentos de planeamiento y ordenación. Con ello, estandariza y fija una interpretación única respecto a la cartografía de utilidad urbanística, la terminología y los conceptos urbanísticos generales.

Aragón. Integridad y ética públicas

Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas (BOA de 16 de junio de 2017)

Se añade una disposición adicional 14.^a a la Ley de Urbanismo de Aragón, que incluye la obligación para ciertos órganos de dar conocimiento a la Agencia de Integridad y Ética Públicas del expediente que suponga variaciones relevantes del valor de los suelos.

* Esta sección ha sido coordinada por Felipe Iglesias, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid), y en su elaboración han participado Raquel Yannoni, Soledad Travesedo, Héctor Nogués, Javier Colino, Javier Villanueva, Iván Abad, Miguel Herráiz, María Goreti Rebêlo, Hélder Santos Correia, Inês Caria Pinto Basto, Manuel Barbosa Moura, Joana Marques da Cruz, Luma Petros, Joana Mota, Joana Torres Ereio y Tânia da Silva Alves, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Valencia y Lisboa).

Asturias. Ordenación del territorio y urbanismo

Ley del Principado de Asturias 4/2017, de 5 de mayo, de quinta modificación del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo aprobado por Decreto Legislativo del Principado de Asturias 1/2004, de 22 de abril (BOPA de 11 de mayo de 2017)

Adapta el Decreto Legislativo 1/2004 a los principios comunitarios de libre competencia, transparencia, igualdad de trato y no discriminación. Modifica el artículo 13.3 y 13.4 para introducir la libre concurrencia en la adjudicación de actuaciones urbanísticas, y el artículo 223.4, estableciendo que, para ser beneficiarias de expropiaciones de una reserva regional del suelo, el capital privado de la sociedad deberá haberse formado conforme a los mencionados principios comunitarios. Consecuentemente, se derogan los apartados 3 y 4 del artículo 30 y 3.c) del artículo 559 del Reglamento aprobado por Decreto 278/2007.

Asturias. Informe de evaluación de edificios

Decreto 29/2017, de 17 de mayo, por el que se regula el Informe de Evaluación de los Edificios y se crea el Registro General de Informes de Evaluación de los Edificios del Principado de Asturias (BOPA de 24 de mayo de 2017)

Crea el Informe de Evaluación de Edificios para facilitar el control del cumplimiento del deber de conservación. Para ello, se establece de forma genérica la obligación de realizar el informe en edificios residenciales de más de 50 años y se crea el correspondiente registro autonómico.

Baleares. Viviendas de precio tasado

Decreto 39/2017, de 4 de agosto, de ordenación de las viviendas de precio tasado, correspondientes a las reservas estratégicas de suelo seleccionadas por el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 6 de marzo de 2009, y en desarrollo del apartado 4 del artículo 1 de la Ley 5/2008, de 14 de mayo, de actuaciones urgentes destinadas a la obtención de suelo para viviendas de protección pública (BOIB de 5 de agosto de 2017)

Destacan, entre otras medidas, la fijación de la superficie máxima de las viviendas en 90 m², la consideración de las viviendas de precio tasado como viviendas libres y el establecimiento de mecanismos de determinación del precio máximo de venta de las viviendas de precio tasado.

Baleares. Accesibilidad universal

Ley 8/2017, de 3 de agosto, de accesibilidad universal de las Illes Balears (BOIB de 5 de agosto de 2017)

Establece las medidas y requisitos de accesibilidad exigibles a edificios de nueva construcción, así como a los rehabilitados, ampliados y reformados.

Baleares. Viviendas de uso turístico

Decreto ley 3/2017 de 4 de agosto, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, y de medidas para afrontar la emergencia en materia de vivienda en las Illes Balears (BOIB de 8 de agosto de 2017)

Modifica la Ley 8/2012, que solo posibilitaba la comercialización turística de las viviendas unifamiliares aisladas y pareadas, regulando la posibilidad de comercialización turística de todas las tipologías de viviendas. La convalidación se publicó en el BOIB de 9 de septiembre de 2017.

Canarias. Suelo y espacios naturales protegidos

Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias (BOC de 19 de julio de 2017)

Deroga las normas anteriores y se configura como la ley esencial en materia de (i) regulación y ordenación del territorio y urbanística; (ii) políticas de planificación y gestión del territorio; (iii) protección del medioambiente; (iv) intervención en actividades públicas y privadas con incidencia en el territorio y los recursos naturales; y (v) protección de la legalidad urbanística.

Actualiza el régimen de clasificación del suelo, introduciendo una mayor regulación del suelo rústico, ordena los espacios naturales protegidos y fija cambios en los instrumentos de ordenación del suelo.

- Cantabria. Ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo** *Ley de Cantabria 5/2017, de 15 de mayo, de modificación de la Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria (BOC de 24 de mayo de 2017)*
- Añade una disposición adicional 11.^a a la Ley 2/2001 para declarar la viabilidad territorial y urbanística de la actividad minera en el subsuelo de los suelos rústicos, regulando el procedimiento a tal efecto.
- Cantabria. Ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo** *Ley de Cantabria 7/2017, de 22 de septiembre, de modificación de la Ley de Cantabria 3/2016, de 28 de octubre, de modificación de la Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, para la regulación del derecho de realojo y retorno en la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC de 29 de septiembre de 2017)*
- Deroga el apartado 4.e) de la disposición adicional 8.^a de la Ley 2/2001, suprimiendo el derecho de adquisición preferente del obligado a satisfacer el derecho de realojo y retorno para el supuesto en el que el titular de tal derecho transmita la propiedad de la vivienda de sustitución.
- Castilla La Mancha. Gestión y organización de la Administración** *Ley 3/2017, de 1 de septiembre, en materia de gestión y organización de la Administración y otras medidas administrativas (DOCM de 6 de septiembre de 2017)*
- Modifica la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, destacando (i) la conceptualización del aprovechamiento objetivo preexistente, con la modificación del articulado sobre clasificación de suelo urbano consolidado y no consolidado; (ii) la flexibilización de la regulación del suelo urbano en aspectos como la edificabilidad residencial; y (iii) nuevas formas de cumplimiento del deber de cesión de suelo dotacional.
- Castilla y León. Medidas tributarias y administrativas 2017** *Ley 2/2017, de 4 de julio, de Medidas Tributarias y Administrativas (BOCyL de 6 de julio de 2017)*
- Entre otras, modifica la Ley de Urbanismo de Castilla y León para introducir una disposición adicional que permite a las entidades institucionales promotoras de parques tecnológicos suscribir, en representación de los propietarios, convenios para la gestión de la conservación y mantenimiento de la urbanización del ámbito.
- Castilla y León. Viviendas de protección pública** *Decreto 41/2017, de 4 de julio, de medidas para facilitar el acceso a viviendas sujetas a algún tipo de protección pública (DOCM de 7 de julio de 2017)*
- Pretende facilitar la adquisición, en primera transmisión, de viviendas protegidas vacantes por falta de comprador, una vez agotados los procedimientos de adjudicación. Regula supuestos para la solicitud por los promotores de la descalificación de ciertas viviendas, condicionándose a la devolución de las ayudas públicas.
- Cataluña. Alquiler de viviendas** *Orden GAH/142/2017, de 5 de julio, por la que se aprueba el índice de referencia de precios de alquiler de viviendas (DOGC de 10 de julio de 2017)*
- Aprueba el índice de referencia de precios de alquiler de viviendas y determina el sistema de cálculo y los elementos o factores correctores que influyen en la determinación de los márgenes del índice.
- Cataluña. Arquitectura** *Ley 12/2017, de 6 de julio, de la arquitectura (DOGC de 13 de julio de 2017).*
- Establece, entre otras, medidas de (i) fomento e impulso de la calidad arquitectónica y urbanística; (ii) contratación de proyectos; y (iii) dirección y ejecución de edificaciones y la urbanización de espacios públicos.

- Cataluña. Administración de la generalidad y medidas fiscales, administrativas y financieras para el año 2017** *Orden EMC/155/2017, de 12 de julio, por la que se aprueba la refundición de los anexos de la Ley 16/2015, del 21 de julio (DOGC de 18 de julio de 2017)*
Refunde los anexos I y II de la Ley 16/2015 sobre declaración responsable y comunicación.
- Extremadura. Evaluación de edificios** *Decreto 73/2017, de 6 de junio, por el que se determinan los órganos competentes relacionados con el Informe de Evaluación de los Edificios y se crea el Registro de los Informes de Evaluación de los Edificios de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE de 12 de junio de 2017)*
Otorga competencia a los ayuntamientos para requerir el Informe de Evaluación de los Edificios a los propietarios de los inmuebles obligados a disponer de él. Crea el Registro de Informes de Evaluación de los Edificios.
- Madrid. Vivienda protegida. IBI** *Ley 9/2017, de 3 de julio, por la que se establece el mecanismo de naturaleza no tributaria compensatorio de la repercusión obligatoria del Impuesto sobre Bienes Inmuebles a los arrendatarios de viviendas de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid y se adoptan medidas en materia de vivienda protegida (BOCM de 20 de julio de 2017)*
Crea un mecanismo para compensar la repercusión de la cuota del IBI a los arrendatarios de viviendas protegidas. Asimismo, se establecen medidas como (i) la supresión de la tipología de vivienda en arrendamiento con opción a compra; (ii) el desarrollo de políticas de vivienda con protección pública a través de la Agencia de Vivienda Social; y (iii) el establecimiento de un derecho de adquisición preferente para personas jurídicas con reconocida dedicación a la gestión de vivienda protegida con fines sociales.
- Murcia. Accesibilidad universal** *Ley 4/2017, de 27 de junio, de accesibilidad universal de la Región de Murcia (BORM de 29 de junio de 2017)*
Toma como base la normativa estatal y deroga la anterior autonómica. Regula, entre otras, medidas sobre las condiciones de accesibilidad exigibles en edificaciones residenciales y de otros usos, espacios públicos urbanizados y espacios naturales. Aparte de las correspondientes sanciones, el incumplimiento de las disposiciones impedirá la concesión de licencias y autorizaciones municipales.
- Navarra. Ordenación del territorio y urbanismo** *Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo (BON de 31 de agosto de 2017)*
Aprueba el texto refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo, sin incluir novedades normativas notorias.
- Navarra. Consejo de la vivienda** *Decreto Foral 75/2017, de 30 de agosto, por el que se regula la composición, organización y funcionamiento del Consejo de la Vivienda de Navarra (BON de 13 de septiembre de 2017)*
Regula la composición, organización, funcionamiento y funciones del Consejo de la Vivienda de Navarra, órgano colegiado consultivo y de asesoramiento del Gobierno de Navarra, introducido por la Ley Foral 22/2016.

[Portugal]

- Imobiliário – Estabelecimentos e Entidades de Interesse Histórico** *Lei n.º 42/2017, de 14 de junho (DR 114, SÉRIE I, de 14 de junho de 2017)*
A presente Lei estabelece o regime de reconhecimento e proteção de estabelecimentos e entidades de interesse histórico e cultural ou social local, que é concedido pelo município. O reconhecimento é válido por períodos sucessivos de quatro anos, automaticamente renováveis, de acordo com os seguintes critérios gerais:
A atividade: (i) exercício da atividade reconhecido há, pelo menos, 25 anos; (ii) contribuição para o enriquecimento do tecido social, económico e cultural local; (iii) identidade própria do

objeto do estabelecimento ou entidade, com uma função histórica, cultural ou social; e (iv) singularidade das atividades prosseguidas.

O património material: existência de património artístico através do qual seja evidenciada a presença de património material íntegro ou original e de interesse singular. O património imaterial: constituição de uma referência local; e necessidade de salvaguarda e divulgação do património imaterial.

A Lei estabelece medidas de proteção para este tipo de estabelecimentos e entidades, como: benefícios ou isenções fiscais aos proprietários; e acesso a programas municipais ou nacionais de apoio.

No âmbito do exercício do direito de denúncia do arrendamento pelo senhorio para remodelação ou restauro e para demolição: (i) não há lugar à denúncia do contrato de arrendamento em caso de remodelação ou restauro de imóvel; (ii) em caso de remodelação, restauro ou demolição de imóvel, deverão ser fixadas pelos municípios obrigações de salvaguarda da manutenção da atividade e do património material existentes no mesmo; e (iii) fixação de penalidades agravadas sobre o senhorio, em caso de demolição que determine a denúncia do contrato de arrendamento e que seja causada pelo incumprimento por parte daquele de deveres de conservação do imóvel.

Alterações ao Regime do Arrendamento *Lei n.º 43/2017, de 14 de junho (DR 114, SÉRIE I, de 14 de junho de 2017)*

A presente Lei procede à alteração ao Código Civil, ao Novo Regime do Arrendamento Urbano («NRAU») e ao Regime Jurídico das Obras em Prédios Arrendados. Estas alterações refletem-se (a) nos períodos transitórios de limitação legal ao valor da renda mensal e (b) na submissão ao NRAU de (i) contratos para fins habitacionais celebrados antes da entrada em vigor do Regime do Arrendamento Urbano, e (ii) contratos para fins não habitacionais celebrados antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 257/95, de 30 de setembro.

Por fim, importa destacar as seguintes alterações ao regime do arrendamento previsto no Código Civil: (a) o aumento de dois para três meses do período de mora no pagamento da renda, encargos ou despesas da responsabilidade do arrendatário como fundamento para a resolução do contrato de arrendamento; e (b) a fixação de um prazo certo supletivo de cinco anos (anteriormente, dois anos) para os contratos de arrendamento.

Regime dos Empreendimentos Turísticos

Decreto-Lei n.º 80/2017, de 30 de junho (DR 125, SÉRIE I, de 30 de junho de 2017)

O presente Decreto-Lei, aprovado no âmbito do Programa Simplex+ 2016, introduz diversas alterações ao Regime Jurídico da Instalação, Exploração e Funcionamento dos Empreendimentos Turísticos.

Com o referido Decreto-Lei, (a) o Turismo de Portugal, I.P. deixa de ter intervenção obrigatória na fase de controlo prévio da edificação, intervindo apenas na classificação dos empreendimentos turísticos (que volta a ser obrigatória); (b) a comunicação prévia com prazo torna-se o regime regra de controlo prévio da edificação de empreendimentos turísticos; e (c) passa a ser possível proceder à abertura ao público de empreendimentos turísticos sem que tenha sido emitido o respetivo alvará de autorização de utilização, desde que não tenha sido proferida uma decisão expressa relativa ao pedido da mesma ou caso os prazos previstos para tal decisão ou emissão tenham decorrido.

2 · JURISPRUDENCIA

Límites de resolución anticipada de arrendamiento

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2017 (recurso de casación núm. 1298/2015)

El TS considera que el arrendatario de un inmueble bajo un contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda, regulado en el título III de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, no podrá resolver anticipadamente el arrendamiento amparándose en el artículo 11 de la LAU que regula el desistimiento del arrendatario de vivienda, salvo que así lo hubiesen pactado en el contrato de arrendamiento.

El trámite de información pública en el proceso de elaboración del planeamiento es obligatorio, incluso en casos de urgencia

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de junio de 2017

El Alto Tribunal se separa abiertamente de la doctrina anterior de la misma Sala, que determinaba que para casos de urgencia en la tramitación de un instrumento de ordenación no es necesario respetar el trámite de información pública.

Aclara el Tribunal Supremo que el trámite de información pública como medio para la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas es inexcusable, cualquiera que sea la naturaleza, provisional o definitiva, de las disposiciones urbanísticas y el plazo en que hayan de ser aprobadas.

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

Rectificación de préstamo hipotecario mediante diligencia notarial

Resolución de 13 de julio de 2017

La resolución analiza la presentación en el Registro de la Propiedad de la copia autorizada de una escritura de préstamo hipotecario a la que se incorpora una diligencia de «*subsanción de errores padecidos*» en la que, con el consentimiento expreso de ambas partes contratantes, se procede a sustituir la cláusula calificada como abusiva y su correlativa responsabilidad hipotecaria.

La DGRN estima el recurso y revoca la nota de calificación, concluyendo que siempre que las diligencias notariales sean otorgadas por los contratantes y contengan los requisitos indicados, constituirán un vehículo hábil para la inscripción de la modificación del préstamo hipotecario, tanto cuando la hipoteca no consta inscrita como cuando estuviera en virtud de una solicitud de inscripción parcial.

LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Comunicação interpretativa sobre a Diretiva relativa à organização do tempo de trabalho

Comunicação interpretativa n.º 2017/C 165/01, de 24 de maio de 2017 (JOUE C 165/2017, de 24 de maio de 2017)

A Comissão Europeia elaborou uma comunicação interpretativa («Comunicação») que pretende esclarecer como devem ser interpretados determinados artigos da Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho («Diretiva»).

Assim, quanto ao âmbito de aplicação da Diretiva, esclareceu-se que a qualificação de uma determinada pessoa como «trabalhador» compete ao juiz nacional, que se deve basear em critérios objetivos e apreciar globalmente todas as circunstâncias do processo que lhe é submetido. No entanto, determinadas pessoas qualificadas como «trabalhadores independentes» nos

* Esta sección ha sido elaborada por Raúl Boo Vicente, Laura Saiz Trillo, Adrián Vázquez Alcalde, Sandra Cortés Martín, Isabel Bernabeu García, Borja de la Macorra Pérez, Núria Serra, Yanira Miguel Tovar y Alberto Godino de Frutos, del Área Laboral de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona y Valencia).

termos de uma legislação nacional podem ser qualificadas como «trabalhadores» para efeitos de aplicação da Diretiva, desde que tal conclusão decorra da aplicação do direito da União Europeia. O âmbito de aplicação material da Diretiva é ainda extensivo às atividades de forças armadas ou dos serviços de proteção civil e também a outras atividades específicas da função pública, desde que sejam exercidas em condições normais (salvo catástrofes naturais ou tecnológicas, de atentados, de acidentes de maior gravidade, etc.).

Quanto ao âmbito de aplicação das disposições foi, sumariamente, decidido que será considerado como «tempo de trabalho» o período em que o trabalhador está cumulativamente: (i) a trabalhar; (ii) à disposição da entidade patronal; e (iii) no exercício da sua atividade ou das suas funções. Se um período de tempo não satisfizer qualquer um desses critérios deve ser considerado «período de descanso». Adicionalmente, todo o tempo de permanência de um trabalhador no respetivo local de trabalho tem o estatuto de «tempo de trabalho», independentemente das prestações de trabalho que forem realmente efetuadas durante esse período. Diversamente, nos casos em os trabalhadores estão «de prevenção» e não são obrigados a permanecer no local de trabalho, apenas será qualificado como «tempo de trabalho» o tempo relacionado com a prestação efetiva dos serviços, aqui se incluindo o tempo necessário para chegar ao local onde estes serviços são prestados.

É ainda considerado como «tempo de trabalho» (i) o tempo despendido pelos trabalhadores que não têm um local de trabalho fixo com as deslocações entre o primeiro e último cliente e de e para a sua residência; (ii) o tempo despendido com as deslocações de trabalhadores com um local de trabalho fixo entre locais de compromisso durante o dia de trabalho; e (iii) o tempo despendido com as deslocações de trabalhadores com um local de trabalho fixo que, em vez de se dirigirem para o seu local de trabalho principal, se dirigem diretamente para o local de um compromisso de trabalho, ou para outro local de trabalho a pedido da entidade patronal. As deslocações diárias de trabalhadores para o local de trabalho fixo não são, porém, consideradas como «tempo de trabalho».

Qualquer trabalho realizado durante o período de sete horas definido por cada Estado Membro como «período noturno» é considerado trabalho noturno. Por sua vez, o «trabalhador noturno» é aquele que (i) cumpra pelo menos três horas do seu tempo de trabalho diário durante o período noturno, ou que (ii) é suscetível de realizar certa percentagem do seu tempo de trabalho anual durante o período noturno.

A Comunicação clarifica ainda que os trabalhadores que prestam a sua atividade em regime de turnos podem ser trabalhadores noturnos, sendo que neste caso o trabalhador deve beneficiar das medidas de proteção associadas a cada uma das categorias (i.e. auferir subsídio de turno, se existente, e ainda a retribuição devida por trabalho noturno).

Quanto ao período de descanso semanal, a Comunicação afirma que o descanso semanal pode ser concedido em dias distintos da semana por cada período de sete dias, não sendo necessariamente o domingo.

A duração média do trabalho semanal que exceda as 48 horas em cada período de 7 dias, incluindo as horas extraordinárias, constitui uma violação do artigo 6.º da Diretiva. Adicionalmente, a ausência do trabalho durante os períodos de férias anuais e nos períodos de ausência por doença não pode ser utilizada para compensar outros períodos em que a duração do trabalho semanal tenha excedido o limite máximo.

A Comunicação vem ainda afirmar que a remuneração normal a que um trabalhador tem direito durante as férias deve incluir os elementos da remuneração que estejam relacionados com o estatuto pessoal e profissional do trabalhador (i.e. prémios relacionados com a posição hierárquica, a antiguidade ou as qualificações profissionais), bem como as comissões sobre vendas.

Apenas é permitido o pagamento de uma retribuição financeira ao trabalhador em substituição de dias de férias anuais não gozadas em caso de cessação da relação de trabalho. No entanto, no caso de o Estado Membro fixar um período de férias anuais superior a quatro semanas, pode também determinar que o gozo do período que excede quatro semanas pode ser substituído por uma compensação financeira. Adicionalmente, se um trabalhador estiver de baixa por doença durante parte ou todo o período de férias anuais e não tenha tido a possibilidade de

gozar as mesmas, a Comunicação afirma que o direito ao gozo de férias anuais remuneradas não pode extinguir-se no final do ano civil termo do período de referência e o trabalhador pode gozá-las posteriormente.

Os trabalhadores noturnos não podem prestar um tempo de trabalho normal superior a oito horas por cada período de 24 horas. Esta limitação refere-se a todo o tempo de trabalho e não apenas ao «período noturno».

Por último, a Comunicação estabelece ainda algumas interrogações admissíveis pela Diretiva.

[Espanña]

Aprobación de la Ley de reformas urgentes del trabajo autónomo

Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo (BOE de 25 de octubre de 2017)

Entre las medidas que regula la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, destacan las siguientes:

- (i) La cuota reducida de 50 euros (tarifa plana) tendrá una duración de doce meses y, para acogerse a ella, se requerirá no haber estado de alta como autónomo en los dos años anteriores (o tres si se hubiera disfrutado de la tarifa plana en el alta anterior).
- (ii) Aquellas trabajadoras autónomas que cesaron su actividad por maternidad, adopción, etc., y que vuelvan a realizar una actividad por cuenta propia en los dos años siguientes al cese, podrán disfrutar de la tarifa plana.
- (iii) Se reduce el recargo por retraso en los pagos a la Seguridad Social a un 10 % durante el primer mes, siempre que se hayan transmitido en plazo las informaciones que permiten calcular la cuota.
- (iv) Se podrá modificar la base de cotización hasta un máximo de cuatro veces al año.
- (v) Se permite que los autónomos se den de alta y de baja en la Seguridad Social hasta tres veces al año con efectos desde el momento de inicio o cese de la actividad, y no desde el primer o último día del mes en que se inicia dicha actividad. Por tanto, durante esos meses, el autónomo solo pagará por días trabajados, dividiéndose la cuota fija mensual entre 30.
- (vi) Se establecen nuevos gastos deducibles en el IRPF: suministros y manutención.
- (vii) Se reconoce el accidente *in itinere* para trabajadores autónomos.
- (viii) Se permite la compatibilidad del trabajo autónomo y la percepción de una pensión de jubilación al 50 %.
- (ix) Se establece una bonificación en la cuota empresarial por contingencias comunes del 100 % durante doce meses por contratación indefinida de familiares.

Aunque la entrada en vigor de gran parte de las medidas se produjo el 1 de enero de 2018, la Ley 6/2017 entró en vigor el pasado 26 de octubre.

Presupuestos Generales del Estado

Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 (BOE de 28 de junio de 2017)

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 incorpora algunas novedades en materia laboral y de Seguridad Social.

En concreto:

- (i) *Incremento de pensiones*: las pensiones contributivas de la Seguridad Social y de clases pasivas del Estado se ven incrementadas en un 0,25 %.
- (ii) *IPREM*: incremento de un 1 %, hasta los 6.454,03 euros anuales.

(iii) *Trabajo a tiempo parcial para autónomos*: se aplaza hasta el 1 de enero de 2019 la posibilidad, prevista en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, de que los autónomos puedan trabajar a tiempo parcial.

(iv) *Cotización efectiva en supuestos de reducción de jornada*: se aclara que se considerará cotización efectiva el periodo de reducción de jornada por guarda legal de menor de 12 años (durante dos años) y de familiares que no puedan valerse por sí mismos o de personas con discapacidad que no desempeñen actividad retribuida (durante el primer año).

[Portugal]

Destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços

Lei n.º 29/2017, de 30 de maio (DR 104, SÉRIE I, de 30 de maio de 2017)

A Lei n.º 29/2017, de 30 de maio, transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 2014/67/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços.

Incentivos à Contratação de Jovens à Procura do Primeiro Emprego e de Desempregados de Longa e Muito Longa Duração

Decreto-lei n.º 72/2017, de 21 de junho (DR 118, SÉRIE I, de 21 de junho de 2017)

O Decreto-Lei n.º 72/2017, de 21 de junho, regula a atribuição de incentivos à contratação de jovens à procura do primeiro emprego e de desempregados de longa duração e de muito longa duração.

Este diploma estabelece o incentivo à contratação sem termo (i) de jovens à procura do primeiro emprego, sendo como tal consideradas as pessoas com idade até aos 30 anos, inclusive, que nunca tenham prestado a atividade ao abrigo de contrato de trabalho sem termo, pela redução temporária de 50% da taxa contributiva da responsabilidade da entidade empregadora, durante um período de cinco anos; (ii) de desempregados de longa duração, sendo como tal consideradas as pessoas que se encontrem inscritas no Instituto de Emprego e Formação Profissional («IEFP») há 12 meses ou mais, pela redução temporária de 50% da taxa contributiva da responsabilidade da entidade empregadora, durante um período de três anos; e (iii) de desempregados de muito longa duração, sendo como tal consideradas as pessoas com 45 anos ou mais e que encontrem inscritas no IEFP há 25 meses ou mais, pela isenção temporária da taxa contributiva da responsabilidade da entidade empregadora, durante um período de três anos.

Para efeitos dos números (ii) e (iii) supra, a qualificação como desempregado de longa duração ou de muito longa duração não fica prejudicada pela celebração de contratos de trabalho a termo ou pelo exercício de trabalho independente, por período inferior a seis meses, cuja duração conjunta não ultrapasse os 12 meses.

A atribuição dos benefícios acima mencionados encontra-se dependente de o empregador registar, no mês do requerimento, um número total de trabalhadores superior à média dos trabalhadores registados nos 12 meses imediatamente anteriores.

A atribuição de incentivos pode ser cumulada com outros apoios à contratação.

Por fim, é de salientar que as entidades empregadoras que venham a contratar por tempo indeterminado os trabalhadores a elas já vinculados por contrato a termo, ou cujos contratos a termo se convertam em contratos sem termo, podem beneficiar dos incentivos previstos no diploma.

Alterações à ação especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho

Lei n.º 55/2017, de 17 de julho (DR 136, SÉRIE I, de 17 de julho de 2017)

A Lei n.º 55/2017, de 17 de julho («Lei») procede ao alargamento do âmbito da ação especial de reconhecimento de existência de contrato de trabalho, estendendo a aplicação deste mecanismo processual a todas as formas de trabalho não declarado, incluindo falsos estágios e falso voluntariado.

A presente Lei introduz as seguintes alterações: (i) caso o trabalhador seja despedido após o decurso da referida ação (tendo havido o reconhecimento da existência de uma relação laboral), o Ministério Público («MP»), autor na ação especial, passa a poder intentar um procedimento cautelar de suspensão de despedimento; (ii) a Autoridade para as Condições do Trabalho («ACT») passa a remeter a participação dos factos para os serviços do MP junto do tribunal do lugar da prestação da atividade (o que significa que o tribunal competente para julgar a ação é o do lugar da prestação da atividade e não, como anteriormente, o da área de residência do trabalhador); (iii) suprimiu-se a tentativa de conciliação das partes em sede de audiência de partes, iniciando-se desde logo o julgamento; e, por fim, (iv) especifica-se que a decisão final é comunicada oficiosamente pelo Tribunal à ACT e ao Instituto da Segurança Social, com vista à regularização das contribuições desde a data de início da relação laboral.

O presente diploma entrou em vigor em 1 de agosto de 2017.

Assédio no trabalho – reforço do quadro legislativo de prevenção – *Lei n.º 73/2017, de 16 de agosto (DR 157, SÉRIE I, de 16 de agosto de 2017)*

A 16 de agosto último, foi publicada a Lei n.º 73/2017 (doravante, «Lei»), que visa reforçar o quadro legislativo para a prevenção da prática de assédio.

A Lei em apreço – que entrará em vigor a 1 de outubro de 2017 – altera o Código do Trabalho («CT»), consagrando aos empregadores os deveres de (i) adotar códigos de boa conduta destinados à prevenção e combate do assédio no trabalho (caso tenham, pelo menos, sete trabalhadores ao seu serviço) e de (ii) instaurar processos disciplinares quando tomem conhecimento de alegadas situações de assédio no trabalho.

A violação destes deveres consubstancia contraordenação grave.

Existindo condenação administrativa do empregador pela prática de assédio, já prevista no CT como contraordenação muito grave, a Lei em análise deixa de permitir a dispensa da publicação da decisão condenatória.

A Lei explicita que constitui justa causa de resolução do contrato de trabalho pelo trabalhador a prática de assédio denunciada à Autoridade para as Condições do Trabalho («ACT»).

Adicionalmente, consagra-se que, se chamada a reparar danos emergentes de doença profissional decorrente da prática de assédio, a Segurança Social fica sub-rogada nos direitos do trabalhador perante o empregador (acrescendo juros de mora sobre as quantias pagas àquele).

De acordo com a Lei em análise, presume-se abusiva a aplicação de sanção disciplinar (incluindo o despedimento) a trabalhador denunciante de assédio, quando ocorra no período de um ano a contar da denúncia. Aliás, o denunciante e as testemunhas por si indicadas não podem ser sancionados disciplinarmente, a menos que atuem com dolo, com base nas declarações que tenham prestado em processo judicial ou contraordenacional motivado pela prática de assédio.

As testemunhas arroladas nos processos fundados na prática de assédio no trabalho são obrigatoriamente notificadas pelo tribunal.

A ACT irá disponibilizar um endereço eletrónico próprio para receção de queixas de assédio em contexto laboral.

Fora do âmbito do assédio no trabalho, a Lei em apreço consagra a obrigação de os acordos de revogação do contrato de trabalho (conhecida como rescisão por mútuo acordo) preverem o prazo legal – de sete dias – para o exercício do direito de arrependimento (reversão da cessação do contrato de trabalho) por parte do trabalhador (o qual inexistente caso a sua assinatura seja reconhecida notarialmente).

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos matiza los requisitos que permiten el acceso de la empresa al correo de sus empleados

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 (Caso Barbulescu)

La sentencia revoca el primer fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos («TEDH»), de 12 de enero de 2016, y determina que para evaluar la legalidad de la monitorización de las comunicaciones de los empleados deben ponderarse los siguientes elementos:

- (i) existencia de una comunicación previa al trabajador en la que se le informe de que su actividad puede ser monitorizada;
- (ii) grado de intromisión del empresario (durante cuánto tiempo se prolonga, a qué archivos se accede y cuántas personas acceden al resultado de la monitorización);
- (iii) existencia de una justificación legítima por parte de la empresa para monitorizar y acceder a las comunicaciones;
- (iv) posibilidad de utilizar métodos de monitorización menos intrusivos que el acceso directo a las comunicaciones del trabajador;
- (v) uso que da la empresa al resultado de la actividad de monitorización y si la acción del empresario efectivamente está encaminada a alcanzar el fin legítimo que se alega; y
- (vi) existencia de mecanismos de salvaguarda para el empleado, garantizando que el empresario no acceda al contenido de las comunicaciones sin la previa notificación al trabajador.

En el caso analizado, el TEDH entiende que sí ha existido una vulneración de los derechos al respeto a la vida privada y a la correspondencia del trabajador afectado, reconocidos en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al no ponderarse adecuadamente los anteriores requisitos.

Desigualdad de trato. El cálculo de la prestación por desempleo del trabajador a tiempo parcial «vertical»

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 9 de noviembre de 2017

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») analiza si debe calificarse como discriminación indirecta la exclusión del cálculo de la prestación por desempleo de una trabajadora contratada a tiempo parcial de manera «vertical» (mediante la concentración de su jornada en tres días a la semana) los días no trabajados, tal y como se deriva del artículo 3 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo.

El TJUE concluye que esta situación supone una diferencia de trato en perjuicio de las mujeres vulneradora del artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Para ello, sustenta su decisión en los siguientes motivos:

- (i) Los trabajadores contratados a tiempo parcial y verticalmente ven mitigado su derecho a la prestación por desempleo a diferencia de los contratados parcial y horizontalmente (que estructuran su jornada parcial durante todos los días de la semana). Ello se debe a que, tomando únicamente los días efectivamente trabajados, los trabajadores horizontales trabajarán más días que los verticales, aunque las horas de dedicación semanales sean las mismas.
- (ii) La aplicación del criterio discutido en ningún caso puede suponer un beneficio para el trabajador vertical.
- (iii) Las estadísticas acreditan que entre un 70 % y un 80 % de los trabajadores a tiempo parcial en España (tanto horizontal como verticalmente) son mujeres.

(iv) Además, la correlación y proporcionalidad que, *a priori*, persigue esta aplicación normativa, no se comparte por el TJUE, pues si un trabajador a tiempo parcial vertical y un trabajador a tiempo completo cotizan por todos los días del año (como es el caso) no se justifica la desigualdad en el trato.

Discriminación por razón de sexo: riesgo durante la lactancia

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2017

En este caso, el TJUE analiza si es extrapolable la protección que se concede a las mujeres embarazadas en los casos de discriminación directa a un caso en que el empleador denegó la expedición de un certificado acreditativo de que la ejecución por parte de la interesada de las funciones inherentes a su puesto de trabajo presentaba un riesgo para la lactancia natural de su hija, argumentando que la evaluación general no contemplaba el riesgo.

El TJUE parte de la consideración de que la condición de mujer en período de lactancia está estrechamente ligada a la maternidad, por lo que las trabajadoras en período de lactancia deben tener la misma protección que las trabajadoras embarazadas o que han dado a luz.

En consecuencia, la realización incorrecta de la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de una trabajadora en período de lactancia debe considerarse un trato menos favorable a una mujer vinculado al embarazo o permiso de maternidad, y constituye, por tanto, una discriminación directa por razón de sexo incluida en el ámbito del artículo 2.2.c) de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Por todo ello, el TJUE concluye que, en aplicación del artículo 19.1 de la Directiva 2006/54, se produce una inversión de la carga de la prueba. Es decir, corresponderá a la trabajadora aportar hechos o elementos que puedan sugerir que la evaluación se llevó a cabo incorrectamente y que, por tanto, puede haberse producido una discriminación directa por razón de sexo, y corresponderá al empleador demostrar que no vulneró el principio de no discriminación, ya que realizó la evaluación correctamente.

Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo en perjuicio de los trabajadores computan como despidos

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de septiembre de 2017

En dos sentencias dictadas el mismo día en asuntos análogos promovidos por la justicia polaca (Casos Ciupa y Socha), el TJUE declara que, cuando el empresario lleve a cabo una modificación de las condiciones de trabajo que, en caso de negativa del trabajador, pueda conllevar la extinción del contrato, dicha modificación deberá computarse como «despido» a efectos de la Directiva 98/59 del Consejo, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

Por consiguiente, en caso de que se alcancen los umbrales numéricos previstos por la normativa, el empresario estará obligado a tramitar las consultas previstas en el artículo 2 de la Directiva 98/59. Y ello sin perjuicio de que la decisión de modificación de condiciones por parte del empresario no tuviera directamente por objeto extinguir relaciones laborales específicas, siempre que su decisión pueda tener repercusiones sobre el empleo de un determinado número de trabajadores dentro de la empresa.

La jurisprudencia europea refuerza la protección del permiso parental

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de septiembre de 2017

El TJUE resuelve un litigio entre una funcionaria y el *land* de Berlín. Durante su permiso parental, la empleada es informada de que, debido a su ausencia por razón de su permiso, no ha superado con éxito el período de prácticas de dos años en el puesto directivo que se le había adjudicado antes del mencionado permiso, y, por tanto, se la cesa como funcionaria en prácticas y se le adjudica de nuevo el puesto anterior, de nivel inferior.

Mediante esta sentencia, el TJUE viene a reforzar la protección del derecho al ejercicio del permiso parental, reiterando su anterior doctrina conforme a la cual, al finalizar el permiso parental, la reincorporación al puesto de trabajo por parte del trabajador debe realizarse en las mismas condiciones que existían en el momento de iniciarse el permiso. Asimismo, cabe entender que

esas condiciones incluyen el derecho de la trabajadora, en el supuesto contemplado, a mantener su expectativa de promoción profesional, y más concretamente su derecho a realizar un período de prácticas para demostrar su aptitud para ocupar su puesto de trabajo.

Transmisión de empresa o centro de actividad entre organismos de derecho público.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de julio de 2017

El TJUE razona que el hecho de que el cedente y los cesionarios sean empresas públicas y un organismo de derecho público, en tanto se encuentren en el marco del ejercicio de una actividad económica y no de prerrogativas propias del poder público, no obsta a la aplicación de la Directiva 2001/23 del Consejo, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Ello con independencia de que la transmisión del centro de actividad sea el resultado de una disolución acordada por el órgano ejecutivo del municipio.

Por tanto, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si se ha mantenido la identidad de la entidad transmitida a la luz de las circunstancias de hecho del litigio y, en tal caso, declarar la aplicación de la normativa sobre sucesión de empresa.

Transferência de Empresa – Manutenção dos Direitos dos Trabalhadores – Processo de Insolvência com Pre-Pack

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 22 de junho de 2017 (processo C-126/16)

No âmbito do presente pedido de decisão prejudicial, o Tribunal de Justiça da União Europeia («TJUE») foi chamado a pronunciar-se sobre as questões suscitadas pelo Tribunal dos Países Baixos Centrais relativamente à conformidade e aplicação da Diretiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de março de 2001 («Diretiva»), no âmbito de um processo *pre-pack*, i.e., uma operação sobre os ativos preparada antes da declaração de insolvência com a colaboração do administrador da insolvência indigitado, designado por um tribunal, e executada por este imediatamente após aquela declaração.

O caso concreto referia-se à *Estro Groep BV*, a maior empresa de infantários nos Países Baixos até à sua insolvência, em 2013. Foi na iminência da insolvência que a *Estro Groep BV* elaborou um plano que previa a reativação de parte dos seus centros na sequência de um *pre-pack*. O comprador, a H.I.G. Capital, sociedade do mesmo grupo do seu acionista principal, constituiu a *Smallsteps*, sociedade destinada especificamente a reativar os infantários da *Estro Groep BV*.

No dia em que foi declarada a insolvência da *Estro Groep BV*, foi assinado entre o administrador da insolvência e a *Smallsteps* o processo de *pre-pack*, nos termos do qual aquela última compraria cerca de 250 dos 380 estabelecimentos e se comprometeu a oferecer emprego a perto de 2600 dos cerca de 3600 trabalhadores da *Estro Groep BV*.

Na sequência da declaração de insolvência, o administrador de insolvência despediu todos os trabalhadores da *Estro Groep BV*. Por sua vez, conforme acordado, a *Smallsteps* apresentou propostas de contrato de trabalho a perto de 2600 trabalhadores anteriormente contratados pela *Estro Groep BV*, enquanto mais de mil acabaram por ser despedidos.

A *Federatie Nederlandse Vakvereniging*, uma associação sindical holandesa, e quatro trabalhadores dos centros adquiridos pela *Smallsteps* que não receberam propostas de novos contratos de trabalho, vieram então pedir que fosse declarada a aplicação da Diretiva 2001/23 ao *pre-pack* celebrado entre a *Estro Groep BV* e a *Smallsteps* e que, em consequência, se considerasse que aqueles deveriam ser trabalhadoras de pleno direito da *Smallsteps*.

O Tribunal dos Países Baixos decidiu então suspender a instância e submeter ao TJUE um pedido de decisão prejudicial.

Em suma, o referido pedido visava saber se (i) a Diretiva, e designadamente o seu artigo 5.º, n.º 1, deve ser interpretada no sentido de que a proteção dos trabalhadores garantida pelos artigos 3.º e 4.º daquela se mantém numa situação em que a transferência de empresa ocorre na sequência de uma declaração de insolvência no contexto de um *pre-pack*, preparado anteriormente a essa declaração de insolvência e executado logo a seguir a esta que tinha por objetivo a continuidade das atividades dessa empresa por um terceiro, e (ii) se é pertinente, a este res-

peito, que o objetivo prosseguido pela operação de *pre-pack* vise tanto a prossecução das atividades da empresa em causa como a maximização do produto da cessão para o conjunto dos credores dessa empresa.

O artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva dispõe que «Os direitos e obrigações do cedente emergentes de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho existentes à data da transferência são, por esse facto, transferidos para o cessionário». Por seu lado, o artigo 4.º, n.º 1, protege os trabalhadores de despedimentos realizados pelo cedente ou pelo cessionário unicamente com base na referida transferência. O artigo 5.º, n.º 1, por sua vez, permite derrogar as proteções anteriores mediante a verificação de dois requisitos, a saber: (i) o cedente deve ser objeto de um processo de falência ou de um processo análogo por insolvência; e (ii) esse processo deve ser promovido para efeito de liquidação do património do cedente e estar sob o controlo de uma entidade oficial competente.

O TJUE começou por referir que o primeiro requisito para a aplicação do artigo 5.º da Diretiva não se pode estender, tendo em conta a exigência de interpretação estrita, a uma operação que prepara a insolvência, mas que não conduz à mesma. No entanto, acabou por entender que, no caso em apreço, a operação de *pre-pack* em causa, muito embora preparada antes da declaração de insolvência, foi executada posteriormente a esta última, pelo que, ao implicar na realidade a insolvência, deve ser, como tal, suscetível de ser abrangida pelo conceito de «processo de falência».

Quanto ao segundo requisito, o TJUE entendeu que o seu preenchimento não se verifica estando em causa um processo que visa a continuidade da atividade da empresa.

Em conclusão, o TJUE considerou, sem prejuízo de verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, não ser de aplicar o disposto no artigo 5.º da Diretiva a uma operação de *pre-pack* como a que está em causa no processo principal por não se verificarem os requisitos previstos na norma, não se podendo admitir a derrogação do regime de proteção previsto nos artigos 3.º e 4.º da Diretiva.

[Espanña]

Doble escala salarial recogida en convenio colectivo

Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de octubre de 2017

El Tribunal Constitucional («TC») declara la vulneración del derecho fundamental a la igualdad en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que la sentencia del Tribunal Supremo («TS») recurrida en amparo no ha sido respetuosa con el derecho a la igualdad retributiva derivada de la doble escala salarial establecida en el convenio colectivo analizado.

La Audiencia Nacional («AN») anuló las disposiciones del convenio colectivo que establecían una doble escala retributiva en el complemento de antigüedad de los trabajadores en función de una determinada fecha de ingreso en la empresa. Sin embargo, el TS casó y anuló la sentencia de la AN.

El TC otorga el amparo a los sindicatos recurrentes argumentando, al contrario que la sentencia del TS, que, conforme a la doctrina constitucional y del propio TS, la parte que defiende la desigualdad de trato salarial es la que ha de aportar una justificación objetiva, razonable y actualizada que sirva de fundamento para el mantenimiento de aquella diferencia en el complemento de antigüedad, sin que en este caso la empresa la haya aportado.

Despido disciplinario por trasgresión de la buena fe contractual

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 21 de septiembre de 2017

El TS analiza la facultad de la empleadora (cadena de supermercados) de sancionar a una trabajadora que, fuera del horario de trabajo y en un centro de trabajo que no es el suyo propio, se apropia bienes de la empresa.

Cuando la trabajadora se apropia de bienes de la empresa, pero en un centro de trabajo distinto a aquel en el que presta servicios, está causando un perjuicio económico directo a la empre-

sa, comprometiendo la situación personal de los trabajadores del establecimiento en el que está hurtando los productos y mermando las facultades de movilidad geográfica y funcional ante la posibilidad de destinar a la trabajadora a otros centros en los que hubiere actuado de manera impropia.

En consecuencia, entiende el TS que la conducta ilícita y manifiestamente contraria a derecho en la que ha incurrido la trabajadora de forma deliberada, faculta y legítima al empresario para sancionarla por pérdida de confianza y trasgresión de la buena fe contractual.

Criterios de selección en un despido colectivo. Comunicación individual

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de septiembre de 2017

El TS concluye que no es razonable exigir que en la carta de despido individual derivada de un procedimiento colectivo se incorporen los concretos razonamientos relativos a la elección del trabajador despedido. El TS llega a esta conclusión utilizando los siguientes argumentos:

- (i) El precepto legal solo requiere que en la comunicación escrita al trabajador figure la causa legal del despido.
- (ii) El adecuado cumplimiento de tal exigencia implicaría comparar la valoración individual del trabajador con la de sus compañeros, lo cual aumentaría innecesariamente la extensión de la carta.
- (iii) El derecho de defensa del trabajador queda garantizado con la posibilidad que tiene de reclamar a la empresa los datos que considere necesarios para presentar la correspondiente demanda.
- (iv) La existencia de una negociación con los representantes de los trabajadores en el período de consultas permite presumir el conocimiento de estos criterios de selección.

Condición más beneficiosa en el marco de una Administración pública. Inexistencia tras haber sido eliminada en un convenio posterior

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 13 de julio de 2017

El TS matiza la doctrina jurisprudencial de la condición más beneficiosa en el marco de las Administraciones públicas, sentando criterios generales y haciendo «excepcional» su posible apreciación. Para ello, determina que sus requisitos necesarios son los siguientes: (i) que exista una voluntad «inequívoca» por parte del empleador; (ii) que no esté prevista ni excluida explícita o implícitamente por una fuente legal o convencional; y (iii) que esa decisión sea emitida por quien tenga competencia para ello. Todo ello siempre con respeto a los principios presupuestarios, de igualdad y de competencia que se enmarcan dentro del principio de legalidad.

Pues bien, en el supuesto de hecho discutido, el convenio colectivo aplicable no prevé un derecho de manutención que sí se preveía en versiones anteriores. En consecuencia, el TS concluye que existe una voluntad expresa de no continuar otorgando ese derecho. Además, en ese caso, el secretario general del organismo había emitido una resolución en el año 2013 por la que se fijaba un precio para la utilización del servicio de comidas, reforzando la idea de que el servicio no era gratuito.

Tras la excedencia voluntaria el trabajador tiene derecho al reingreso en un puesto que no le obligue al traslado

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 13 de julio de 2017

El TS reitera su doctrina conforme a la cual el trabajador que finaliza una excedencia voluntaria tiene derecho al reingreso en la empresa, en un puesto correspondiente a su categoría que no le implique un traslado de residencia, aunque no necesariamente en su mismo centro de trabajo.

Además, desde el momento en que el trabajador solicita el reingreso, no es preciso que lo reitera, y el empresario está obligado a ofrecérselo en cuanto surja la primera vacante adecuada en los términos expuestos. De no hacerlo, estaría procediendo a un despido tácito, en cuyo caso el plazo de caducidad de la acción para impugnarlo no empezaría a contar hasta que el trabajador tuviera conocimiento de tal circunstancia.

En este sentido, la negativa de un trabajador a reincorporarse tras su excedencia a una localidad diferente de aquella en la que había venido desempeñando su trabajo, que le obligaría al tras-

lado de domicilio, no supone una dimisión o renuncia a su derecho al reingreso, que se mantendrá con carácter expectante de forma indefinida hasta que la empresa le ofrezca una vacante adecuada.

Relevancia de los hechos probados en una sentencia: modificación unilateral en la calificación del «descanso del bocadillo» como tiempo de trabajo efectivo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 13 de julio de 2017

El TS debe decidir si el aumento de días de trabajo respecto a los fijados en los calendarios laborales de años anteriores, por modificación de la calificación del «descanso del bocadillo», exigía acudir al procedimiento del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores («ET»).

Resalta el TS que en la sentencia recurrida se declara como hecho probado que la tolerancia durante cinco años del descanso para el bocadillo como de trabajo efectivo no constituye una condición más beneficiosa, sin que este hecho lo haya impugnado la parte actora en el recurso.

Partiendo de esta premisa, el TS declara que la empresa puede decidir unilateralmente que el descanso para el bocadillo no se considere tiempo de trabajo efectivo, lo que a la postre redundará en un incremento de jornada anual.

La sentencia aclara que si se considerara que la valoración como trabajo efectivo del descanso para el bocadillo constituyera una condición más beneficiosa, el empresario no podría haber cambiado de forma unilateral dicha valoración y, en consecuencia, no podría haber aumentado los días de trabajo para incorporar ese tiempo no trabajado.

El uso de medios técnicos por otra empresa ajena a la afectada por la huelga no puede catalogarse como esquirolaje externo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 13 de julio de 2017

El TS analiza la eventual existencia de una conducta de esquirolaje externo en la huelga convocada para evitar el despido colectivo. Todo ello sobre la base de los siguientes hechos: (i) la empresa que realizó el despido colectivo era proveedora de servicios de otra compañía; y (ii) esta compañía disponía de un sistema técnico mediante el cual, en caso de que se realizara una llamada a un proveedor y esta no fuera atendida en un tiempo prudencial, la llamada se redirigía automáticamente a otro proveedor.

El TS considera que no se vulneró el derecho de huelga al entender que (i) no se ha acreditado la vinculación entre la posible vulneración del derecho de huelga y su incidencia en el despido colectivo; (ii) otros sindicatos (entre ellos, el convocante de la huelga) no han alegado dicha vulneración y han acordado el despido colectivo; (iii) el sistema ya estaba implantado con anterioridad a la huelga; (iv) el sistema era externo a la empresa cuyos trabajadores estaban en huelga; (v) el derecho de huelga no puede degradar el derecho de los no huelguistas a trabajar ni el empresario está obligado a reducir su producción; y (vi) el empresario tiene derecho a usar todos los medios técnicos de los que dispone para el ejercicio de su actividad.

En definitiva, no se llevó a cabo una «estrategia o tecnología» encaminada a limitar el impacto de la huelga, sino que usaron unos medios técnicos de los que disponía una empresa externa con anterioridad a la huelga.

La extinción de la personalidad jurídica de la empresa es una causa de extinción autónoma que justifica la extinción colectiva

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de julio de 2017

El TS declara que la extinción de la personalidad jurídica de una empresa es una causa legítima y autónoma de extinción de los contratos de trabajo, sin perjuicio de que deba efectuarse siguiendo los trámites procedimentales del despido colectivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.1.g) del ET.

La afirmación anterior se basa en que el 49.1.g) ET establece que la extinción de la personalidad jurídica es causa extintiva del contrato de trabajo de sus empleados distinta a la prevista en la letra i) del mismo artículo para el despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

La existencia de otras causas, distintas a la propia extinción de la personalidad jurídica, solo sería necesaria en caso de que se apreciara fraude de ley o abuso de derecho.

Con ello se rebate el fundamento básico de la sentencia de instancia, según la cual, aunque en este caso concreto concurriera la causa legal de disolución y además concurriera una causa productiva, no se acreditó que esa causa productiva amparase la necesidad de extinción de todos los contratos, puesto que no se probó un cese total de la actividad de la empresa.

La existencia de un grupo de empresas laboral no altera las reglas competenciales en los procesos de despido colectivo concursal

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 21 de junio de 2017

El TS recuerda que, en las acciones sociales cuyo objeto es la extinción colectiva de contratos de trabajo en que el empleador es el concursado, la competencia del juez del concurso es exclusiva y excluyente. Por ello, declara que la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia («TSJ») no tiene competencia para dirimir sobre si la decisión extintiva de los contratos de trabajo de la empresa concursada es acorde a derecho en instancia. Así, por el cauce colectivo, está limitada al conocimiento de la cuestión, única y exclusivamente vía recurso de suplicación contra el auto dictado por el juez del concurso autorizando la decisión extintiva.

No obsta a lo expuesto el hecho de que, en un caso como en el resuelto, la representación legal de los trabajadores opte por dirigir la demanda de impugnación de despido colectivo no solo contra la concursada, sino también frente a otras sociedades y personas físicas, al considerar que existe un grupo de empresas a efectos laborales y que, por tanto, todas las demandadas son responsables solidarias.

El TS considera que la hipotética existencia de un grupo patológico no puede servir para alterar las reglas competenciales y llevar a la jurisdicción social la misma cuestión que se dirime en el ámbito del concurso. En este sentido, el artículo 64.5 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, permite introducir tal cuestión en sede de concurso al admitir la participación en el periodo de consultas de las personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada.

El incumplimiento de los criterios de selección pactados en un despido colectivo determina la improcedencia (y no la nulidad) del despido individual resultante

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 14 de junio de 2017

El TS analiza la calificación que merece el incumplimiento por parte del empresario de los criterios de selección pactados durante el periodo de consultas de un procedimiento de despido colectivo para determinar a los trabajadores que resultarían afectados por la extinción.

En este caso en concreto, se alcanzó un acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores mediante el cual se fijaron los criterios para designar a los trabajadores afectados. Tras diversas vicisitudes, la empresa acabó elaborando la lista de afectados, entre los que se encontraba el actor, acogándose únicamente a uno de los criterios pactados y tomando en consideración un periodo temporal concreto unilateralmente elegido.

Tanto en instancia como en suplicación se declara la nulidad del despido del actor, por no respetar la empresa el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas. El TS, sin embargo, aclara que las causas de nulidad de un despido individual dimanante de uno colectivo previo son las previstas, de forma tasada, en el artículo 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. En este sentido, el incumplimiento de los criterios de selección no es equivalente a la falta de respeto a la prioridad de permanencia.

Por lo expuesto, el TS casa la sentencia recurrida y declara que el despido en cuestión debe calificarse como improcedente.

La normativa de despido colectivo no se aplica al supuesto de «cierre de centro» si afecta a menos de veinte trabajadores

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 13 de junio de 2017

El TS, a raíz de la doctrina sentada por el TJUE en su sentencia de 13 de mayo de 2015 (caso Rabal Cañas), dictó sentencia en fecha 17 de octubre de 2016 declarando que, en virtud de los umbrales establecidos por la Directiva 98/59, únicamente cabe aplicar la normativa de despido colectivo a aquellos centros de trabajo que empleen habitualmente a más de veinte trabajadores.

Se plantea ahora, sin embargo, una hipotética extrapolación del concepto comunitario de centro de trabajo a un supuesto específico que regula el artículo 51 del ET, según el cual, se entiende

como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que (i) el número de trabajadores afectados sea superior a cinco y (ii) se produzca como consecuencia de la cesación total de la actividad empresarial.

El TS rechaza tal hipótesis y evidencia que el supuesto que prevé el artículo 51 ET es una disposición más favorable introducida en la legislación española y que, por ello, ha de interpretarse en el sentido propio de sus palabras. En este sentido, la excepción numérica se establece específicamente para la empresa como unidad organizativa y no para el centro de trabajo.

Responsabilidad solidaria por las deudas salariales de la última empresa contratista

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 11 de mayo de 2017

El TS analiza si las deudas salariales de la empresa saliente, adquiridas de una contrata previa, afectan a la nueva empresa entrante en la contrata.

En el análisis de esta cuestión, el TS parte de la premisa de que la empresa saliente acepta su responsabilidad en virtud del artículo 44.3 ET, solicitando exclusivamente que dicha responsabilidad se extienda también a la nueva empresa entrante.

El TS estima el recurso y declara que la concurrencia de la sucesión empresarial implica que la nueva empresa entrante debe asumir las deudas salariales de la saliente, con independencia de que aquellas deudas hubieran sido adquiridas de una cedente anterior.

Según el TS, no se puede exonerar a la última de las contratistas con el fundamento de que la primera empresa cesionaria no generó un nuevo débito, sino que lo relevante es la persistencia de una obligación salarial incumplida y, por ende, el mantenimiento del derecho de los trabajadores a ver abonados los salarios devengados.

El crédito horario de los delegados sindicales puede superar el de los representantes unitarios

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 10 de mayo de 2017

Mediante sentencia de 18 de julio de 2013, el TS ya había declarado que la determinación del ámbito de la sección sindical le corresponde definirlo al propio sindicato. Así pues, establecía que la opción que se ofrece en el artículo 10.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical entre nombrar delegados sindicales a nivel de empresa o de centro de trabajo corresponde al sindicato en cuestión, como titular del derecho de libertad sindical.

En este sentido, en caso de que se hubiera optado por el nivel de empresa, la determinación del número de horas sindicales a que tendrá derecho cada delegado sindical deberá hacerse interpretando que el número de trabajadores a que se refiere cada uno de los niveles de esa escala es el de la empresa en su conjunto, y no el de cada uno de sus centros de trabajo.

Mediante esta sentencia, el TS reitera su doctrina respecto de esta cuestión y la amplía, ya que añade que dicha interpretación es aplicable incluso en caso de que el delegado sindical en cuestión ejerza, a su vez, algún cargo como representante unitario.

Daños y perjuicios por competencia desleal: ¿es competente el orden social?

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 4 de mayo de 2017

El TS analiza la competencia del orden social de la jurisdicción en un caso en el que tres trabajadores constituyeron, durante la vigencia de su relación laboral, dos sociedades con un objeto social concurrente con el de su empleadora, pero no iniciaron su actividad hasta la extinción de sus relaciones laborales.

En suplicación, el TSJ había declarado de oficio la incompetencia de la jurisdicción social porque (i) las sociedades constituidas no empezaron su actividad hasta extinguidas las relaciones laborales de los trabajadores y porque (ii) las sociedades codemandadas no tenían ningún vínculo laboral con la demandante.

Sin embargo, el TS considera que la jurisdicción social es competente para conocer de este caso, en la medida en que (i) el hecho de que los trabajadores constituyeran esas dos sociedades durante la vigencia de su relación laboral supone una cuestión litigiosa que se promueve entre empresario y trabajadores, y cuyo fundamento deriva de un posible incumplimiento del deber básico de un trabajador de no concurrir deslealmente con su empleador, y (ii) puede exigirse

responsabilidad al tercero que, aunque ajeno a la relación laboral, haya sido utilizado por el trabajador como instrumento para llevar a cabo el incumplimiento.

Indemnización por despido: ¿inclusión de las cuotas por seguros médicos, de vida o planes de jubilación?

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 3 de mayo de 2017

El TS ya había declarado, mediante sentencia de 2 de octubre de 2013, que el seguro de vida debe considerarse como salario en especie. Mediante esta sentencia reitera su doctrina respecto de los tres conceptos en liza y enfatiza el carácter totalizador que tiene el salario por mandato del artículo 26 del ET, en cuanto reviste naturaleza salarial todo lo que el trabajador recibe por la prestación de sus servicios. En este sentido, tanto los seguros como el plan de jubilación son una contrapartida a los servicios prestados por el trabajador en el marco de la relación laboral existente.

Por otro lado, añade que la posible cualidad de mejora voluntaria de la Seguridad Social que revisten los tres conceptos objeto de análisis únicamente puede predicarse respecto de las ulteriores prestaciones o indemnizaciones obtenibles tras producirse el riesgo asegurado. Sin embargo, las primas o cuotas satisfechas por la empresa en virtud del contrato de seguro que corresponda son salario en especie del trabajador y, por ello, deben incluirse a efectos del cálculo indemnizatorio.

La desaparición del centro de trabajo conlleva la extinción del mandato de los representantes de los trabajadores

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 28 de abril de 2017

El TS ha estimado que no se vulnera el derecho de libertad sindical si se cesa en su cargo a los representantes de los trabajadores de los centros de trabajo que han sido cerrados y cuya plantilla ha quedado adscrita al centro de trabajo de otra localidad distinta.

El principio de conservación de la autonomía del centro recogido en el artículo 44 ET, aplicado de forma analógica, y la necesidad de acomodar el mandato representativo al substrato objetivo y subjetivo de su representación implican que la desaparición del centro de trabajo supone, necesariamente, la pérdida de la condición de representante de ese centro.

Refuerza este argumento que el artículo 25 del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores, recoja como competencia de la oficina pública recibir la comunicación del representante legal de la empresa o, en su defecto, de los representantes legales de los trabajadores o de los delegados sindicales, si los hubiera, en el caso de desaparición de cualquier centro de trabajo en que se hubieran celebrado elecciones a los órganos de representación de los trabajadores en la empresa.

Finalmente, decreta que no concurre ninguna de las excepciones que podrían dar lugar al mantenimiento del mandato representativo:

- (i) en el caso de transmisiones de empresa en que el centro de trabajo quede afecto a una transmisión y desaparezca, pero mantenga su autonomía (artículo 44.3 ET);
- (ii) cuando el cierre obedece a un fraude de ley o a una maquinación cuyo fin sea terminar el mandato antes de tiempo;
- (iii) cuando se produzca el traslado de los representantes del centro donde fueron elegidos y parte de su plantilla a otro centro de la misma localidad, que no cuente con representantes de los trabajadores.

Eficacia de los acuerdos que ponen fin a un despido colectivo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 28 de abril de 2017

Con el objeto de evitar la celebración de una huelga en un grupo de empresas, se alcanzó un acuerdo entre la representación patronal y dos federaciones sindicales mayoritarias. Dentro de los términos del acuerdo, de fecha 12 de abril de 2011, se acordaba establecer un módulo indemnizatorio «de referencia» de 45 días por año de servicio hasta un máximo de 42 mensualidades para todos los despidos objetivos que tuvieran lugar en las empresas del grupo.

En el año 2012, una de las empresas del grupo llevó a cabo un despido colectivo que finalizó sin acuerdo con la representación de los trabajadores, y que fue impugnado por un sindicato y el comité de empresa intercentros. Antes de la celebración del juicio oral, se alcanzó un acuerdo en conciliación judicial, en el que se fijó un módulo indemnizatorio por despido de 38 días por año trabajado hasta el tope de 24 mensualidades.

En el caso resuelto por el TS, un trabajador despedido en el marco del anterior despido colectivo reclama la calificación de su despido como improcedente, al entender que el montante indemnizatorio ha de ser el fijado en el acuerdo de 12 de abril de 2011, que puso fin a la huelga en el grupo de empresas, y no el efectivamente abonado, que se correspondía con el fijado en la conciliación judicial que puso fin al despido colectivo en la empresa.

El TS entiende que el acuerdo de 12 de abril de 2011 no tenía más pretensión que establecer un marco indemnizatorio «de referencia» en el ámbito del grupo, que admite, por tanto, factores correctores o variaciones en cada unidad empresarial integrante del grupo. En consecuencia, el TS confirma la sentencia de suplicación y califica el despido del actor como procedente.

El despido de un trabajador en reducción de jornada debe ser calificado como nulo y no como improcedente

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 18 de abril de 2017

El TS resuelve un supuesto en el que una trabajadora que disfrutaba de una reducción de jornada durante más de dos años es despedida por causas objetivas al poco tiempo de solicitar un cambio de turno de trabajo por razones de cuidado de un familiar. Tras la divergencia existente entre el juzgado de instancia, que había declarado la nulidad, y el tribunal de suplicación, que había declarado la improcedencia del despido, el TS casa la doctrina de suplicación y declara el despido nulo.

En la sentencia, el TS no tiene en cuenta los argumentos alegados por la empresa en relación con la imposibilidad de equiparación de las situaciones en que el trabajador disfruta de un cambio de turno (que no darían lugar a la nulidad automática por inexistencia de discriminación) y las situaciones de reducción de jornada (en las que sí se aplica dicha nulidad automática). De esta manera, el TS confirma su jurisprudencia relativa a la nulidad automática en supuestos de despidos no justificados en los que el trabajador se encuentra disfrutando de una reducción de jornada, con independencia de la concurrencia de otros elementos, como la solicitud adicional de cambio de turno, que parece ser que fue el elemento finalmente desencadenante del despido en el presente caso.

Las cláusulas genéricas de cesión de imagen previstas en los contratos pueden ser nulas

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 15 de junio de 2017

La AN juzga si la introducción generalizada en los contratos de trabajo de la cláusula por la que el trabajador consiente expresamente en la cesión de su imagen —con el fin de desarrollar una actividad propia de *telemarketing* y la ejecución del contrato de trabajo—, lesiona el derecho a la propia imagen de los trabajadores (artículo 18.1 Constitución Española) o, por el contrario, se trata de una cláusula consentida, que no lesiona ningún derecho por ser necesaria para la ejecución de los contratos.

La AN considera que el derecho fundamental a la propia imagen no puede ser preterido absolutamente en la relación de trabajo y que sus limitaciones deben ser justificadas. Así, tras considerar que la realización de estos servicios en la empresa resultaban una actividad minoritaria, determina que la cesión genérica de la imagen de todos los trabajadores, con independencia de que realizaran o no esas funciones, no exime del consentimiento expreso para los trabajadores que efectivamente las realizaran.

En definitiva, la Sala admite que la empresa esté legitimada para destinar a trabajadores a servicios de videollamada, pero que la cesión de la imagen que necesariamente se produce no está amparada por el consentimiento genérico incluido en el contrato de trabajo, sino que requiere un consentimiento expreso al ser una actividad específica y no ordinaria.

Tributación de la indemnización por desistimiento empresarial de un contrato de alta dirección

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de marzo de 2017

En el asunto analizado, la empresa había satisfecho a la actora, en concepto de indemnización por desistimiento unilateral de un contrato de alta dirección, la indemnización de 7 días del artículo 11.1 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección («RD 1382/1985»).

En aplicación del artículo 7.3.e) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que estima exentas de IRPF las indemnizaciones por despido en la cuantía establecida «con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores», la empresa abonó la indemnización sin practicar retención alguna por IRPF, considerándola exenta. El Tribunal Económico Administrativo Central estimó que las partes habían incurrido en una infracción tributaria, al entender que en la relación laboral de alta dirección no está prevista ninguna indemnización con carácter obligatorio y, por tanto, la exención no era de aplicación.

La AN, en aplicación de la doctrina de la Sentencia de la Sala de lo Social del TS de 22 de abril de 2014, concluye que la indemnización fijada por defecto por el artículo 11.1 del RD 1382/1985, para el caso de desistimiento unilateral empresarial de un contrato de alta dirección, debe considerarse como indemnización mínima legal y, por tanto, ha de quedar exenta de IRPF.

Aplicação da lei no tempo a contrato de trabalho com efeito suspensivo

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 3 de maio de 2017 (Processo n.º 1519/14.1TTLSB. L1-4)

No âmbito do presente recurso, o Tribunal da Relação de Lisboa («TRL») foi chamado a pronunciar-se sobre a validade de um contrato individual de trabalho por tempo indeterminado. Este contrato de trabalho foi celebrado no ano de 2004 entre uma Empresa Pública do Estado («EPE») e um trabalhador que, à data da celebração do contrato de trabalho, desempenhava funções de administração numa sociedade anónima do sector empresarial do Estado («S.A.»). As partes incluíram neste contrato a seguinte cláusula: «o presente contrato suspende-se até ao termo do exercício das funções de administrador que o 2.º outorgante atualmente desempenha na ..., S.A., ou de outras que consecutivamente venha a desempenhar e que legalmente tenham o mesmo efeito».

Em 2013, o trabalhador deixou de exercer as funções que desempenhava na S.A. e comunicou à EPE que pretendia assumir as funções contratualizadas no contrato de trabalho celebrado em 2004.

No entanto, a EPE recusou admitir o trabalhador alegando que o contrato de trabalho era nulo por violação do disposto no artigo 398.º do Código das Sociedade Comerciais, que proíbe os administradores de uma determinada sociedade de celebrarem contratos destinados a enquadrar uma prestação de serviços ou uma relação de trabalho para a mesma sociedade ou para outras sociedades do mesmo grupo.

O Tribunal de primeira instância considerou válido o contrato de trabalho. No entanto, o TRL considerou que o contrato de trabalho era nulo por violar o disposto no artigo 22.º, n.º 6 do Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de março, alterado pelo Decreto-Lei n.º 39/2016, de 28 de julho («Estatuto do Gestor Público») que estabelece que «[o]s gestores públicos não podem celebrar, durante o exercício dos respetivos mandatos, quaisquer contratos de trabalho ou de prestação de serviços com as empresas mencionadas nos n.os 2 a 4 que devam vigorar após a cessação das suas funções».

Ora, muito embora à data da celebração do contrato de trabalho - 2004 - o Estatuto do Gestor Público não estivesse em vigor (apenas foi introduzido em 2007), o TRL considerou que o contrato de trabalho não chegou a produzir quaisquer efeitos, pelo que o referido diploma seria aplicável ao contrato de trabalho *sub judice*, na medida em que era «o regime jurídico vigente aquando da (pretendida) produção dos efeitos do contrato» (i.e. em 2013).

MEDIO AMBIENTE*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Registro de la Unión *Reglamento (UE) 2018/208 de la Comisión, de 12 de febrero de 2018, que modifica el Reglamento (UE) 389/2013 por el que se establece el Registro de la Unión (DOUE de 13 de febrero de 2018)*

El Reglamento obliga a los operadores aéreos y otros operadores sujetos al régimen de comercio de derechos de emisión de la Unión Europea a abstenerse de utilizar los derechos de emisión expedidos por un Estado miembro que ha notificado su intención de retirarse de la Unión (como es el caso de Reino Unido), a fin de proteger la integridad medioambiental de dicho régimen de comercio de derechos de emisión. Advierte que la Comisión evaluará regularmente si esta prohibición continúa siendo necesaria a la luz de las negociaciones sobre el *brexít*.

[España]

Plan Anual Normativo de la Administración General del Estado *Consejo de Ministros el 7 de diciembre de 2017*

Por primera vez en España se aprueba el Plan Anual Normativo. Son varias las finalidades que satisface esta planificación, entre las cuales se encuentra la finalidad de «asegurar la congruencia de todas las iniciativas que se tramiten y (...) evitar sucesivas modificaciones del régimen legal aplicable a un determinado sector o área de actividad en un corto espacio de tiempo» (artículo 25 de la Ley 50/1997 del Gobierno), así como de evitar en lo posible la proliferación de normas, racionalizando la actividad normativa y mejorando la calidad de las normas.

Además, el Plan permite dar a conocer a todos los agentes cuáles son las nuevas normas que se aprobarán cada año natural, lo que sin duda incrementa la transparencia en la producción normativa.

En relación con el medio ambiente, destaca la creación o modificación de las siguientes normas:

- (i) Ley de cambio climático y transición energética, que tiene por objeto establecer un marco normativo que recoja los objetivos a medio y largo plazo de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y los objetivos en materia de energía.
- (ii) Ley por la que se establecen objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero durante el ciclo de vida de los combustibles y de la energía suministrada en el transporte.
- (iii) Ley por la que se modifica la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, en lo que se refiere al régimen sancionador.
- (iv) Real Decreto por el que se aprueba el reglamento de montes.
- (v) Real Decreto por el que se desarrolla el Real Decreto-Ley 16/2017, de 17 de noviembre, por el que se establecen disposiciones de seguridad en la investigación y explotación de hidrocarburos en el medio marino.
- (vi) Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 105/2008, de 1 de febrero, por el que se regula la producción y gestión de los residuos de construcción y demolición.

* Esta sección ha sido coordinada por Jesús Andrés Sedano Lorenzo, y en su elaboración han participado Bárbara Fernández Cobo, Evdokia Elena Gonos Fernández y Carlota Carro de Miguel, del Grupo de Práctica de Derecho Público y Medio Ambiente de Uría Menéndez.

- (vii) Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1481/2001, de 27 de diciembre, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero.
- (viii) Real Decreto por el que se aprueba el reglamento sobre seguridad nuclear en instalaciones nucleares.
- (ix) Real Decreto sobre control y recuperación de fuentes radiactivas huérfanas.
- (x) Real Decreto sobre reducción del consumo de bolsas de plástico y por el que se crea el registro de productores de productos.
- (xi) Real Decreto de reducción de emisiones nacionales de determinados contaminantes atmosféricos y elaboración del inventario nacional de proyecciones de emisiones.
- (xii) Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1310/1990, de 29 de octubre, por el que se regula la utilización de los lodos de depuración en el sector agrario.
- (xiii) Real Decreto por el que se modifica el anexo I de la ley 41/2010, de 29 de diciembre, de protección del medio marino.
- (xiv) Real Decreto por el que se modifica el reglamento de instalaciones térmicas en los edificios, aprobado por el Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, para profundizar en las medidas de eficiencia energética.
- (xv) Real Decreto de ordenación del comercio de productos fitosanitarios.

Plan Nacional de Calidad del Aire 2017-2019 (Plan Aire II)

Consejo de Ministros de 15 de diciembre de 2017

El Consejo de Ministros ha aprobado el Plan Nacional de Calidad del Aire 2017-2019 (Plan Aire II), que establece el marco de actuaciones del Gobierno de España para la mejora de la calidad del aire y que da continuidad al Plan Aire I (2013-2016).

Si bien las medidas para el control de la calidad del aire en España son competencia exclusiva de las comunidades autónomas y de los entes locales, la Ley 34/2007 de calidad del aire y protección de la atmósfera habilita al Gobierno a aprobar los planes y programas de ámbito estatal necesarios para prevenir y reducir la contaminación atmosférica y sus efectos transfronterizos, así como para minimizar sus impactos negativos.

El Plan Aire II comprende un total de 52 medidas, agrupadas en ocho ámbitos: información, fiscalidad ambiental, movilidad, investigación, agricultura y ganadería, sector residencial, sector industrial y transporte. Entre las principales medidas destacan: (i) la puesta en marcha de incentivos económicos para mejorar la eficiencia energética de los edificios; (ii) en el sector del transporte, el establecimiento de ayudas que permitan la renovación del parque automovilístico, el fomento de los vehículos de energías alternativas y menos contaminantes, o el establecimiento de un programa de ayudas para actuaciones de eficiencia energética en el sector ferroviario; (iii) la adopción de un índice de calidad del aire a nivel nacional, homogéneo y comprensible; (iv) la elaboración de un protocolo marco general común en casos de episodios de alta contaminación para una mejor comprensión de todos los españoles cuando se produzcan sucesos de contaminación atmosférica, independientemente del lugar en el que se produzcan; o (v) el desarrollo de una aplicación para dispositivos móviles que permita la difusión en tiempo real de datos de calidad del aire.

Modificación del Código de Comercio y de la Ley de Sociedades de Capital

Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre, por el que se modifican el Código de Comercio, el texto refundido de la ley de sociedades de capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de auditoría de cuentas, en materia de información no financiera y diversidad (BOE de 25 de noviembre de 2017)

Conforme al Real Decreto-ley, ciertas empresas tienen la obligación de divulgar información no financiera en el informe de gestión de sus cuentas anuales. Entre dicha información no financiera se incluye información de carácter ambiental, como los efectos actuales y previsibles de las actividades de la empresa en el medio ambiente, las emisiones de gases de efecto invernadero, el consumo de agua o la contaminación atmosférica.

Protección de la Atmósfera. Limitación de emisiones de las instalaciones de combustión

Real Decreto 1042/2017, de 22 de diciembre, sobre la limitación de las emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de las instalaciones de combustión medianas y por el que se actualiza el anexo IV de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera (BOE de 23 de diciembre)

El Real Decreto tiene por objeto establecer disposiciones específicas para controlar las emisiones a la atmósfera de dióxido de azufre (SO₂), óxidos de nitrógeno (NOx), monóxido de carbono (CO) y partículas procedentes de las instalaciones de combustión medianas. Se aplica a las instalaciones de combustión públicas o privadas con una potencia térmica nominal igual o superior a 1 MW e inferior a 50 MW (instalaciones de combustión medianas) cualquiera que sea el combustible utilizado. Además, se actualiza parte del catálogo de actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera relacionada con instalaciones de combustión con códigos de actividad 01, 02 y 0301 contenida en el anexo IV de la Ley 34/2007 de calidad del aire.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

El Gobierno en funciones tenía competencia para aprobar el Plan Director de la Red de Parques Nacionales

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de diciembre de 2017

Esta sentencia declara la conformidad a derecho del Real Decreto 389/2016, de 22 de octubre, que aprueba el Plan Director de la Red de Parques Nacionales. El Real Decreto había sido impugnado alegando la falta de legitimidad del Gobierno en funciones para su aprobación y la inclusión de limitaciones que excedían de la atribución competencial prevista en el artículo 19 de la Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de parques nacionales en perjuicio de las competencias de los municipios y de las comunidades autónomas.

Respecto a la potestad del Gobierno en funciones para la aprobación del Real Decreto, el Tribunal Supremo interpreta el artículo 21 de la Ley 50/1997 de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno, en el sentido de que el «*despacho ordinario de los asuntos públicos*» abarca aquellas decisiones que no comportan valoraciones o nuevas orientaciones políticas, ni implican ejercicio de la discrecionalidad ni condicionan las decisiones del siguiente Gobierno.

La Sala concluye que la aprobación del Plan Director entra dentro del ámbito de la gestión del despacho ordinario al constituir una «*figura normativa intermedia de carácter necesario*» para el cumplimiento de los mandatos legales establecidos previamente en la norma con rango de Ley. El Plan Director es el instrumento que posibilita (pero no incluye) la auténtica orientación política a través del desarrollo de los futuros Planes Rectores de Uso y Gestión, que serán los que incluyan y establezcan dicha orientación política. La Sala añade que en todo caso sería de poca utilidad práctica la nulidad del Plan Director atendiendo a la continuidad del Gobierno que sustituyó al que se encontraba en funciones.

Por consiguiente, entiende la Sala que la aprobación del Plan Director entra dentro del marco del concepto «*despacho ordinario*». Además, el Tribunal Supremo confirma que el Real Decreto no incurre en invasión de las competencias locales y autonómicas, y desestima el recurso.

La Ley 26/2007 de responsabilidad ambiental no resulta aplicable al gestor de un puerto al ser el daño ambiental causado por la existencia misma del puerto y no de la actividad económica desarrollada

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 1 de febrero de 2018

El Tribunal Supremo se pronuncia en relación con la aplicabilidad de la Ley 26/2007 de responsabilidad medioambiental al consorcio gestor de un puerto. El Ayuntamiento del municipio en el que se ubica el puerto incoó un expediente de responsabilidad conforme a la Ley 26/2007 e impuso responsabilidad al gestor por la existencia de un daño ambiental consistente en la desaparición y erosión constante y progresiva de una playa. El Ayuntamiento afectado argumentó sin éxito en vía administrativa y judicial la aplicabilidad de la Ley 26/2007, alegación que es desestimada por la Sala.

La Sala argumenta que «*el daño que se invoca no deriva realmente de la actividad que se desarrolla en el Puerto, que consiste básicamente en la gestión y explotación de la actividad por-*

tuaria, sino [...] con la propia existencia del Puerto», de modo que no supone un caso de responsabilidad medioambiental de la Ley 26/2007, que exige que el daño sea causado por la actividad del operador.

Además, el Tribunal Supremo entiende que el hecho de que en la concesión otorgada al gestor del puerto se incluyeran ciertas obligaciones ambientales no implica que sean parte de la actividad económica del puerto y, por tanto, no pueden discutirse en el marco de la Ley 26/2007. Si, efectivamente, el gestor del puerto no estuviera cumpliendo con las obligaciones ambientales impuestas en su concesión, la vía más adecuada sería el planteamiento de acciones respecto a un presunto incumplimiento de obligaciones concesionales.

Finalmente, el Alto Tribunal concluye que la desaparición y erosión constante y progresiva de la playa no está causada únicamente por el puerto, sino que existen otros factores causantes (ya había erosión en la playa antes de la existencia del puerto, falta de sedimentos de un río, presión urbanística, existencia de la línea del ferrocarril o del paseo marítimo...) y que ello excluye asimismo la aplicación de la Ley 26/2007.

Por tanto, entiende el Tribunal Supremo que, al no poderse aplicar la Ley 26/2007 al supuesto descrito, debe desestimarse el recurso presentado.

Ni la concesión demanial otorgada a perpetuidad ni la transformación de las características físicas suponen la desafectación del demanio y su transformación en propiedad privada

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 20 de noviembre de 2017

La sentencia del Tribunal Supremo se pronuncia sobre la línea de deslinde de bienes de dominio público marítimo terrestre del tramo de costa correspondiente a un municipio cántabro. En concreto, se debate si puede incluirse en el dominio público marítimo terrestre una parcela sobre la que existía una concesión demanial otorgada a perpetuidad en 1898 y que posteriormente fue afectada por dos órdenes ministeriales de 1964 y 1967 que desecaron las marismas y las convirtieron en terrenos aptos para su urbanización y destino a usos industriales. Entiende el recurrente que a partir de entonces la parcela devino en propiedad privada.

El Tribunal Supremo afirma que la concesión otorgada a perpetuidad no supone, por el hecho de haber sido otorgada a perpetuidad, la desafectación automática del demanio y su transformación en propiedad privada. Tampoco entiende que las órdenes ministeriales que autorizaron el cambio de destino y la posibilidad de parcelación para uso industrial de la marisma hayan dado lugar a la adquisición de la propiedad y la pérdida del carácter demanial de los terrenos, toda vez que la transformación de las características físicas del dominio público marítimo terrestre (en este caso la desecación de la marisma) no es causa de desafectación de un bien plenamente deslindado como dominio público.

El establecimiento de autorización previa para la construcción de establecimientos turísticos del Reglamento Canario de la Actividad Turística de Alojamiento es conforme con la Directiva 2006/123/CE de Servicios

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de octubre de 2017

El Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Canarias contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 3 de diciembre de 2014, que anuló los artículos 29, 30 y 31 del Decreto del Gobierno de Canarias 142/2010, de 4 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de la actividad turística de alojamiento.

En opinión de la sentencia de instancia dichos artículos introducían una excepción tan severa al régimen general de no sujeción a autorización previa de construcción de establecimientos turísticos que convierte la excepción en regla general, siendo ello contrario a la Directiva 2006/123/CE de servicios en el mercado interior.

Además, la sentencia de instancia señalaba que la exigencia de autorización previa del Reglamento suponía una duplicidad de licencias y controles administrativos injustificada por razón de interés general. Las razones de protección del medio ambiente y de ordenación urbanística en las que se pretende amparar la exigencia de autorización previa no bastaban ante la inexistencia de relación directa entre su mejor salvaguarda y la autorización previa.

Sin embargo, el Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación al entender que la excepción a la no exigencia de autorización previa a la realización de obras relacionadas con los establecimientos turísticos de alojamiento en Canarias (artículos 24.2 Ley 7/1995 y 29 del reglamento de la actividad turística de alojamiento) admite una interpretación compatible y acorde con el derecho europeo. Además, el Tribunal Supremo considera que la Sala de instancia no podía inaplicar derecho nacional por contravención con el derecho comunitario sin el planteamiento previo de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en este caso, por no ser de aplicación la doctrina del acto claro al existir dificultades de interpretación.

La falta reiterada de presentación del plan de labores no puede dar lugar a la caducidad de la concesión minera si no se ha sancionado o exigido previamente el cumplimiento de la obligación

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de noviembre de 2017

La sentencia del Tribunal Supremo se pronuncia sobre la conformidad a derecho de la declaración de caducidad de varias concesiones de explotación de recursos mineros por incumplimiento reiterado —durante siete años— de la obligación de la empresa de presentar, dentro de los plazos reglamentarios, el plan de labores anual.

El objeto de debate giraba en torno a la interpretación de los artículos 70.2, 86.3 y 121 de la Ley de Minas y 109.f) del Reglamento General para el Régimen de la Minería. El artículo 70.2 de la Ley de Minas establece la obligación del titular de la concesión de presentar anualmente el plan de labores y establece que la inobservancia de dicha exigencia será merecedora de una multa, pudiendo, en caso de reincidencia sin causa justificada, acordarse la caducidad de la concesión.

El Tribunal Supremo confirma que la declaración de caducidad no es un acto de sanción, sino una causa objetiva de resolución de la concesión administrativa que tiene por objeto poner fin a la concesión cuando se produce un estado de cosas contrario a la finalidad pública que justificó su otorgamiento. En el caso concreto en cuestión, la caducidad está dirigida a impedir el incumplimiento reiterado o reincidente de la obligación de presentar el plan de labores.

No obstante, el Alto Tribunal señala que para declarar la concurrencia de reincidencia o reiteración en la falta de presentación de los planes de labores, que permitiese a continuación declarar la caducidad de las concesiones de explotación, hubiera sido preciso que dicha omisión hubiera sido sancionada por una resolución administrativa firme (Sentencia de 31 de enero 2006) o que la Administración constataste el comportamiento omisivo, deliberado, persistente y contumaz del concesionario (Sentencia de 5 mayo 2009). Al no haber sido ese el caso, porque la Administración minera nunca sancionó la falta de presentación del plan de labores ni llevó a cabo ninguna actuación dirigida a exigir el cumplimiento de la obligación de presentar los nuevos planes de labores en las sucesivas anualidades, no puede entenderse que existe reincidencia o reiteración que permita la subsiguiente declaración de caducidad.

MERCANTIL*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

— *Reglamento Delegado (UE) 2017/751 de la Comisión de 16 de marzo de 2017 por el que se modifican los Reglamentos Delegados (UE) 2015/2205, (UE) 2016/592 y (UE) 2016/1178 en lo que respecta al plazo para el cumplimiento de las obligaciones de compensación de determinadas contrapartes que negocian con derivados extrabursátiles (DOUE de 29 de abril de 2017)*

— *Reglamento de Ejecución (UE) 2017/812 de la Comisión de 15 de mayo de 2017 por el que se establece información técnica para el cálculo de las provisiones técnicas y los fondos propios básicos a efectos de la presentación de información con fecha de referencia comprendida entre el 31 de marzo y el 29 de junio de 2017, de conformidad con la Directiva 2009/138/CE, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) (DOUE de 18 de mayo de 2017)*

— *Reglamento Delegado (UE) 2017/867 de la Comisión de 7 de febrero de 2017 sobre los tipos de disposiciones que deben protegerse en una transmisión parcial de activos conforme al artículo 76 de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 20 de mayo de 2017)*

— *Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas (DOUE de 20 de mayo de 2017)*

Tiene por objeto establecer requisitos específicos con el fin de fomentar la implicación de los accionistas, en particular a largo plazo. Dichos requisitos específicos se aplican en relación con la identificación de los accionistas, la transmisión de información, la facilitación del ejercicio de los derechos de los accionistas, la transparencia de los inversores institucionales, los gestores de activos y los asesores de voto, la remuneración de los administradores y las operaciones con partes vinculadas. Modifica los artículos 1 y 2 añade los capítulos I bis, I ter y II bis y los artículos 9 bis, ter y quater de la Directiva 2007/36/CE, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas.

— *Reglamento de Ejecución (UE) 2017/954 de la Comisión de 6 de junio de 2017 relativo a la prórroga de los periodos transitorios relacionados con los requisitos de fondos propios por las exposiciones frente a entidades de contrapartida central indicadas en los Reglamentos (UE) n.º 575/2013 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 7 de junio de 2017)*

— *Reglamento (UE) 2017/1129 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado y por el que se deroga la Directiva 2003/71/CE (DOUE de 30 de junio de 2017)*

Tiene por objeto definir los requisitos para la elaboración, aprobación y distribución del folleto que debe publicarse cuando se ofertan al público o se admiten a cotización valores en un mercado regulado situado o en funcionamiento en un Estado miembro. Deroga la Directiva 2003/71/CE sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE, con efectos a partir del 21 de julio de 2019, a excepción de (i) el artículo 4, apartado 2, letras a) y g) de la Directiva 2003/71/CE, que se deroga con efectos a partir del 20 de julio de 2017, y (ii) el artículo 1, apartado 2, letra

* Esta sección ha sido elaborada por Ignacio Klingenberg, Leonor de Osma, Jaime Álvarez, María Goreti Rebêlo, Hélder Santos Correia, Inês Caria Pinto Basto, Manuel Barbosa Moura, Joana Marques da Cruz, Luma Petros, Joana Mota, Joana Torres Ereio y Tânia da Silva Alves, del Grupo de Práctica de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

h), y el artículo 3, apartado 2, párrafo primero, letra e), de la Directiva 2003/71/CE, que se derogan con efectos a partir del 21 de julio de 2018.

— *Reglamento (UE) 2017/1131 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre fondos del mercado monetario (DOUE de 30 de junio de 2017)*

Establece normas sobre los instrumentos financieros aptos para inversión por los fondos del mercado monetario (FMM), su cartera, su valoración y los requisitos de información en relación con los FMM establecidos, gestionados o comercializados en la Unión Europea. Se aplicará a los organismos de inversión colectiva que requieran autorización en calidad de OICVM (organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios) con arreglo a la Directiva 2009/65/CE o que sean FIA (fondos de inversión alternativos) de conformidad con la Directiva 2011/61/UE, que inviertan en activos a corto plazo y que tengan por objetivo ofrecer un rendimiento acorde con los tipos del mercado monetario o preservar el valor de la inversión, o ambos simultáneamente.

— *Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (DOUE de 30 de junio de 2017)*

Tiene por objeto establecer medidas en relación con (i) la coordinación, para hacerlas equivalentes, de las garantías que, para proteger los intereses de socios y terceros, se exigen en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 54, párrafo segundo, del Tratado, en lo relativo a la constitución de sociedades anónimas, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital, y en lo relativo a la publicidad, a la validez de las obligaciones contraídas por las sociedades por acciones y las sociedades de responsabilidad limitada, y a la nulidad de dichas sociedades; (ii) los requisitos de publicidad en relación con las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sujetas a la normativa de otro Estado; (iii) las fusiones de sociedades anónimas; (iv) las fusiones transfronterizas de sociedades de capital; y (v) la escisión de sociedades anónimas.

— *Decisión (UE) 2017/1246 de la Comisión de 7 de julio de 2017 por la que se aprueba el régimen de resolución del Banco Popular Español, S.A. (DOUE de 11 de julio de 2017)*

— *Reglamento (UE) 2017/1538 del Banco Central Europeo de 25 de agosto de 2017 por el que se modifica el Reglamento (UE) 2015/534 sobre la presentación de información financiera con fines de supervisión (DOUE de 19 de septiembre de 2017).*

[España]

Bancario

— *Circular 1/2017, de 30 de junio, del Banco de España, por la que se modifica la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos (BOE de 8 de julio de 2017)*

Las modificaciones tienen como objetivo su adaptación a los requerimientos de información que establece el Reglamento UE 867/2016, del Banco Central Europeo, sobre la recopilación de datos granulares de crédito y riesgo crediticio (conocido como Reglamento de AnaCredit). El citado reglamento será de aplicación a partir del 31 de diciembre de 2017 y establece la obligación de las entidades de crédito residentes en un país de la zona del euro y de las sucursales en la zona del euro de entidades de crédito extranjeras, de enviar al BCE, a través de los bancos centrales nacionales, información relativa a los préstamos que tienen con su clientela o gestionan por cuenta de terceros, y siempre que el deudor (o al menos uno de ellos) sea una persona jurídica y con quien la entidad haya asumido un riesgo acumulado igual o superior a 25.000 euros. Modifica las normas primera a octava, undécima, decimocuarta y decimoséptima y los anejos 1 y 2, y añade las normas novena y duodécima de la Circular 1/2013 sobre la Central de Información de Riesgos.

Concursal

— *Propuesta de 6 marzo de 2017 de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (Ministerio de Justicia, publicado el 24 de abril de 2017)*

Deroga los artículos 1 a 242 bis, y las disposiciones adicionales segunda, segunda bis, segunda ter, cuarta, quinta, sexta, séptima y octava, y las disposiciones finales quinta y sexta de la Ley 22/2003, Concursal.

Mercado de Valores — *Circular 1/2017, de 26 de abril, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre los contratos de liquidez (BOE de 10 de mayo de 2017)*

Regula los contratos de liquidez que tienen por objeto la provisión de liquidez por parte de un intermediario financiero que, actuando por cuenta de un emisor en virtud de un contrato, lleva a cabo operaciones de compra y venta de las acciones del emisor. Los principales cambios respecto de la regulación anterior versan fundamentalmente sobre (i) la extensión del ámbito de aplicación de la práctica de mercado a los sistemas multilaterales de negociación; (ii) el establecimiento de un umbral asociado al promedio medio diario del volumen negociado que podrá ser ejecutado en el marco del contrato de liquidez, el cual será diferente en función de si las acciones objeto del contrato tienen o no un mercado líquido conforme este se define en el artículo 2.1.17 del Reglamento (UE) 600/2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros (MIFIR); (iii) la inclusión de un nivel máximo de recursos que podrán ser asignados al contrato de liquidez; (iv) la obligatoriedad de que el intermediario financiero que ejecuta la práctica de mercado sea un miembro de mercado; (v) la necesidad de que en el marco del contrato de liquidez se mantenga a largo plazo el necesario equilibrio entre el volumen de las compras y ventas; (vi) las condiciones para la introducción o modificación de las órdenes en los períodos de subasta, referidas fundamentalmente al precio y volumen de dichas órdenes; (vii) las condiciones para la realización de operaciones de bloques u otras operaciones bilaterales negociadas, formalizadas conforme a la legislación vigente, de modo que solo se permitirán en el caso de que la ejecución de la orden de que se trate sea a petición de un tercero distinto del emisor de las acciones y del intermediario financiero que actúa en su nombre; (viii) las condiciones que resultan de aplicación a la operativa desarrollada al amparo del contrato de liquidez con acciones que se negocien en la modalidad de contratación de *fixing*; y (ix) los supuestos en los que la operativa del contrato de liquidez debe suspenderse. Deroga la Circular 3/2007 sobre Contratos de Liquidez, con efectos desde la entrada en vigor de la presente circular de conformidad con la norma final.

— *Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (BOE de 27 de mayo de 2017)*

En el ámbito financiero recoge la transposición de la Directiva 2013/50/UE, que establece los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado. La modificación introduce la potestad de la CNMV de suspender el ejercicio de los derechos de voto asociados a los instrumentos financieros que se hayan adquirido sin cumplir con las correspondientes obligaciones de comunicación. Además, modifica la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, adaptando su definición de firmeza e irrevocabilidad de órdenes a los protocolos de funcionamiento de la plataforma TARGET2-Securities. También modifica el texto refundido para la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios reforzando la protección de los consumidores en sus relaciones con los empresarios y establece el medio que debe utilizar el empresario para reembolsar el pago recibido del consumidor en caso de desistimiento, garantizando que este no incurra en ningún gasto como consecuencia del desistimiento del contrato.

— *Se somete a Audiencia Pública hasta el próximo 18 de septiembre el Anteproyecto de Ley del Mercado de Valores*

La finalidad del Anteproyecto de Ley del Mercado de Valores es la de incluir con rango de Ley las disposiciones que trasponen la Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros, conocida como MIFID II, y adaptar la normativa nacional al Reglamento (UE) n.º 600/2014 relativo a los mercados de instrumentos sobre el abuso de mercado y a los reglamentos delegados europeos que lo desarrollan. El proyecto se ha abordado como una nueva Ley del Mercado de Valores que derogará y sustituirá a la actualmente vigente. El objetivo de la norma es reforzar la protección del inversor y la integridad, transparencia y eficiencia de los mercados financieros. Añade un nuevo artículo 91 bis a la Ley 35/2003 de Instituciones de Inversión Colectiva y un nuevo capítulo V al título IV sobre «Comunicación de infracciones» a la Ley 10/2014 de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

— *Se somete a Audiencia Pública hasta el próximo 18 de septiembre el Proyecto de Real Decreto de adaptación reglamentaria a la Ley del Mercado de valores y por el que se modifica parcialmente el Real Decreto 217/2008, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003 de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005*

Como desarrollo reglamentario del Anteproyecto de Ley del Mercado de Valores, el mencionado Proyecto de Real Decreto aborda las adaptaciones necesarias en rango de Real Decreto que requiere la Directiva MIFID II y sus reglamentos de desarrollo, con el objetivo de reforzar la protección del inversor y la integridad, transparencia y eficiencia de los mercados financieros. Suprime los artículos 6 y 14 bis a 14 sexies; añade una sección 3.^a del capítulo III del título I; todo ello en el Real Decreto 217/2008.

— *Real Decreto 827/2017, de 1 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 878/2015, de 2 de octubre, sobre compensación, liquidación y registro de valores negociables representados mediante anotaciones en cuenta, sobre el régimen jurídico de los depositarios centrales de valores y de las entidades de contrapartida central y sobre requisitos de transparencia de los emisores de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial (BOE de 2 de septiembre de 2017)*

Sienta las bases para la reforma del sistema español de compensación, liquidación y registro de valores, con un doble objetivo: adaptarlo a la normativa europea y a los estándares más utilizados por los países del entorno de España, y permitir su integración en la plataforma paneuropea de liquidación de valores Target-2 Securities.

Seguros

— *Real Decreto 583/2017, de 12 de junio, por el que se modifica el Plan de contabilidad de las entidades aseguradoras y reaseguradoras y normas sobre la formulación de las cuentas anuales consolidadas de los grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras, aprobado por el Real Decreto 1317/2008, de 24 de julio (BOE de 23 de junio de 2017)*

Societario

— *Orden JUS/470/2017, de 19 de mayo, del Ministro de Justicia, por la que se aprueba el nuevo modelo para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales consolidadas de los sujetos obligados a su publicación (BOE de 25 de mayo de 2017)*

Deroga la Orden JUS/1698/2011 por la que se aprueba el modelo para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales consolidadas con sus sucesivas modificaciones.

— *Orden JUS/471/2017, de 19 de mayo, del Ministro de Justicia, por la que se aprueban los nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación (BOE de 25 de mayo de 2017)*

Deroga la Orden JUS/206/2009 por la que se aprueban nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación con sus sucesivas modificaciones.

Otras Materias

— *Real Decreto-ley 11/2017, de 23 de junio, de medidas urgentes en materia financiera (BOE de 24 de junio de 2017)*

Adopta medidas urgentes en materia financiera para reformar el régimen jurídico de las cooperativas de crédito. La norma reconoce a las cooperativas de crédito la posibilidad de constituir los denominados Mecanismos Institucionales de Protección (MIP) como mecanismo concebido para la mutua autoprotección y que puede ser de dos tipos, reforzado o normativo. Por otra parte, se crea una nueva categoría de pasivos que pueden emitir todas las entidades de crédito: crédito ordinario no preferente o deuda *senior non-preferred*. Se trata de una nueva categoría de instrumentos financieros a efectos regulatorios con el fin de facilitar el cumplimiento del requerimiento mínimo de fondos propios y pasivos admisibles por parte de las entidades, que tendrá un orden de prelación (en caso de resolución o concurso) inferior al resto de créditos ordinarios, pero superior a la deuda subordinada. Asimismo, se modifica la Ley de Mercado de

Valores para dar la consideración de instrumentos financieros complejos a estos instrumentos de deuda.

Aragón

— *Orden EIE/846/2017, de 14 de junio, de la Consejera de Economía, Industria y Empleo, por la que se regula el funcionamiento del Registro de Actividades Comerciales de Aragón (BOA de 29 de junio de 2017)*

Regula el funcionamiento del Registro de Actividades Comerciales de Aragón y el procedimiento administrativo de inscripción registral. Se inscriben en el registro las personas físicas o jurídicas titulares de establecimientos comerciales permanentes y las personas físicas o jurídicas titulares de una actividad comercial sin establecimiento comercial permanente. Deroga la Orden de 28 de septiembre de 1992 por la que se establece el procedimiento e inscripción en el Registro General de Empresarios de Comercio y Establecimientos Mercantiles de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Cataluña

— *Ley 7/2017, de 2 de junio, del régimen de las secciones de crédito de las cooperativas (DOGC de 8 de junio de 2017)*

Actualiza el régimen de las secciones de crédito de las cooperativas e introduce medidas para mejorar la transparencia de la actividad de la sección de crédito ante sus usuarios, tanto socios comunes como socios colaboradores, para reforzar la profesionalidad de los órganos de administración y dirección, y para aumentar la coordinación entre la administración supervisora y los auditores de estas cooperativas. Deroga la Ley 6/1998 de regulación del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas y el Decreto ley 2/2016 de modificación de la Ley 6/1998 de regulación del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas.

[Portugal]

Participações Qualificadas em Instituições de Crédito

Lei n.º 16/2017, de 3 de maio (DR 85, Série I, de 3 de maio de 2017)

A Lei n.º 16/2017, de 3 de maio («Lei 16/2017»), procedeu à quadragésima segunda alteração ao Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras («RGICSF»), determinando o alargamento da obrigatoriedade de registo dos acionistas dos bancos à identificação dos beneficiários efetivos das entidades que participem no seu capital.

A Lei 16/2017 alterou, apenas, a redação do artigo 66.º, alínea g), do RGICSF, preceito que elenca os elementos sujeitos a registo no âmbito do registo especial das instituições de crédito no Banco de Portugal («BdP»). Entre estes elementos, a identificação dos acionistas detentores de participações qualificadas nas instituições de crédito deve agora ser efetuada também nas pessoas «dos seus beneficiários efetivos».

As instituições de crédito com participações qualificadas já registadas devem, no prazo de 90 dias, proceder ao registo dos respetivos beneficiários efetivos.

A Lei 16/2017 entrou em vigor no dia 4 de maio de 2017.

Registo junto da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões das Pessoas com Funções de Direção, Fiscalização ou Funções Chave e do Atuário Responsável

Norma Regulamentar n.º 3/2017-R da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, de 18 de maio (DR 117, Série II, Parte E, de 20 de junho de 2017)

A Norma Regulamentar n.º 3/2017-R da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões («ASF»), de 18 de maio («Norma Regulamentar 3/2017-R»), vem estabelecer os procedimentos de registo, junto da ASF, das pessoas que dirigem efetivamente, fiscalizam ou são responsáveis por funções-chave nas empresas de seguros e de resseguros, bem como no atuário responsável das referidas empresas, desta forma revogando a Norma Regulamentar n.º 16/2010-R da ASF, de 11 de novembro.

Nos termos do Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora, as empresas de seguros e de resseguros com sede em Portugal, tal como outras entidades sujeitas à supervisão da ASF, devem solicitar junto da ASF o registo (i) dos membros do órgão

de administração e das demais pessoas que dirigem efetivamente a empresa, (ii) dos membros do órgão de fiscalização e do revisor oficial de contas responsável pela emissão da certificação legal de contas, (iii) dos diretores de topo e dos responsáveis por funções-chave da empresa, e (iv) do atuário responsável.

Neste sentido, a Norma Regulamentar 3/2017-R vem estabelecer os procedimentos de registo a efetuar junto da ASF, regulamentando os elementos do requerimento de registo, o exercício transitório das funções antes do registo e o procedimento subjacente à recondução de membros e à acumulação de cargos ou funções. Estabelece, também, a obrigatoriedade de renovação periódica da informação constante do questionário enviado à ASF para efeitos de registo.

A Norma Regulamentar 3/2017-R entrou em vigor no dia 21 de junho de 2017.

Transposição da Diretiva do Crédito Hipotecário

Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho (DR 120, Série I, de 23 de junho de 2017)

O Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho («DL 74A/2017»), procede à transposição parcial para a ordem jurídica interna da Diretiva 2014/17/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos de crédito aos consumidores para imóveis de habitação e que altera as Diretivas 2008/48/CE e 2013/36/UE e o Regulamento (UE) n.º 1093/2010, promovendo a alteração e revogação de vários diplomas nacionais.

O DL 74A/2017 vem assim implementar um conjunto de regras quanto à concessão de crédito bancário a particulares garantido por hipoteca ou outros direitos sobre imóveis, redesenhando o regime em vigor no sentido de uma maior proteção dos mutuários. Entre as novidades veiculadas pelo DL 74A/2017, relevam o reforço das normas referentes à avaliação da solvabilidade dos consumidores e da sua capacidade para o cumprimento das obrigações assumidas por via do empréstimo, bem como a criação de uma Ficha de Informação Normalizada Europeia. Merecem também destaque a criação de deveres reforçados de informação para os mutuantes e a exigência de uma maior transparência na concessão dos empréstimos, sendo acentuada a responsabilização dos bancos neste contexto, em particular face ao novo regime sancionatório previsto pelo DL 74A/2017.

O DL 74A/2017 entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2018.

Criação de Medidas de Dinamização do Mercado de Capitais

Decreto-Lei n.º 77/2017, de 30 de junho (DR 125, Série I, de 30 de junho de 2017)

O Decreto-Lei n.º 77/2017, de 30 de junho («DL 77/2017»), veio criar as sociedades de investimento mobiliário para fomento da economia («SIMFE»), alterar o regime legal do papel comercial e introduzir uma nova norma no CVM.

O DL 77/2017 vem criar novos organismos de investimento coletivo sob a forma societária de capital fixo denominados SIMFE, alterando o Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo («RGOIC») em conformidade. As SIMFE, constituídas sob a forma de sociedades anónimas com um capital social mínimo de € 125.000,00 e com uma duração de pelo menos 10 anos, devem ter a sua sede e administração efetiva em Portugal, devendo as suas ações estar admitidas à negociação em mercado regulamentado situado ou a funcionar em Portugal no prazo máximo de um ano após a sua constituição, competindo à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários («CMVM») a supervisão e regulamentação da sua atividade.

O DL 77/2017 estabelece também regras próprias para as SIMFE no que respeita (i) à sua constituição e obrigação de registo prévio, (ii) às empresas elegíveis para investimento, operações proibidas e limites de investimento, (iii) à composição do seu património e dever de informação sobre os ativos sob gestão, (iv) à sua administração e fiscalização e (v) à política de distribuição de resultados.

No plano da alteração ao regime do papel comercial, destaca-se o aumento do prazo máximo de maturidade destes valores mobiliários para 397 dias, a obrigação de elaboração de um parecer relativamente à verificação da informação contida na nota informativa quando estes não estejam admitidos à negociação em mercado regulamentado e, ainda, a criação dos «certificados de dívida de curto prazo» (papel comercial que respeite cumulativamente determinados requisitos elencados na lei).

Finalmente, é introduzido um novo n.º 3 ao artigo 21.º do CVM, passando a prever-se que «as relações de domínio existentes entre a mesma pessoa singular ou coletiva e mais do que uma sociedade são consideradas isoladamente».

O DL 77/2017 entrou em vigor no dia 1 de julho de 2017.

Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Atividade de Intermediário de Crédito e de Prestação de Serviços de Consultoria

Decreto-Lei n.º 81-C/2017, de 7 de julho (DR 130, SÉRIE I, de 7 de julho de 2017)

O Decreto-Lei n.º 81-C/2017, de 7 de julho («DL 81C/2017»), aprova o regime jurídico que vem estabelecer os requisitos de acesso e de exercício da atividade de intermediário de crédito e da prestação de serviços de consultoria relativos a contratos de crédito, transpondo parcialmente para a ordem jurídica interna a Diretiva 2014/17/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos de crédito aos consumidores para imóveis de habitação e que altera as Diretivas 2008/48/CE e 2013/36/UE e o Regulamento (UE) n.º 1093/2010.

O DL 81C/2017 diferencia a atividade de consultoria da intermediação de crédito, salientando que, enquanto a consultoria consiste na emissão de recomendações personalizadas, a intermediação de crédito poderá consistir (i) na apresentação ou proposta de contratos de crédito a consumidores, (ii) na assistência a consumidores, ou (iii) na celebração de contratos de crédito em representação de instituições mutuantes. Quanto à atividade de intermediação de crédito, são criadas três categorias de intermediários de crédito, i.e. vinculados, a título acessório e não vinculados.

Nos termos previstos no DL 81C/2017, estas atividades podem ser desenvolvidas tanto por pessoas singulares como por pessoas coletivas, estando estas sujeitas aos poderes de supervisão do BdP, nos termos da lei.

O DL 81C/2017 dedica também um capítulo ao direito de estabelecimento e liberdade de prestação de serviços, ainda que circunscrito ao exercício destas atividades relativamente a contratos de crédito à habitação, admitindo assim o exercício da atividade de intermediários de crédito autorizados em Portugal noutros Estados-Membros da União da Europeia e vice-versa.

O DL 81C/2017 entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2018.

Medidas de Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo

Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto (DR 159, SÉRIE I, de 18 de agosto de 2017)

A Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto («Lei 83/2017») estabelece o novo enquadramento legal referente às medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, transpondo parcialmente para a ordem jurídica interna a Diretiva 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro e das atividades e profissões especialmente designadas para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo («Diretiva 2015/849/UE»), bem como a Diretiva 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016, que altera a Diretiva 2011/16/UE, de 15 de fevereiro de 2011, no que respeita ao acesso às informações em matéria de antibranqueamento de capitais por parte das autoridades fiscais.

A Lei 83/2017 vem, assim, revogar expressamente o regime anteriormente consagrado nesta matéria, pela Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, conforme alterada, compreendendo uma significativa revisão e concretização do mesmo.

Destacamos as seguintes alterações:

- No plano das entidades sujeitas às medidas preventivas e repressivas, as entidades gestoras de plataformas de financiamento colaborativo e as organizações sem fins lucrativos passam a ser equiparadas às entidades obrigadas;
- Aplicação da Lei 83/2017 a comerciantes que transacionem bens ou prestem serviços cujo pagamento seja feito em numerário, eliminando-se assim o limite mínimo de € 15.000 (referente ao pagamento de uma ou mais operações) antes exigido para o efeito (salvo no caso de transações ocasionais, em que este limite é aplicável);

- Dever das entidades obrigadas se absterem de celebrar ou participar em negócios em violação do limite à utilização de numerário estabelecido pela Lei n.º 92/2017, de 22 de agosto, que procede à alteração da Lei Geral Tributária e do Regime Geral das Infrações Tributárias e que cria a obrigação de utilização de meio de pagamento específico em transações que envolvam montantes iguais ou superiores a € 3.000;
- Desenvolvimento dos deveres a cargo das entidades obrigadas, sendo objeto de particular densificação, entre outros, o dever de controlo, que passa a ser qualificado como «sistema interno de controlo», obrigando as referidas entidades, através dos respetivos órgãos de administração, a definirem e assegurarem a aplicação efetiva de políticas e procedimentos adequados à gestão eficaz dos riscos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo, bem como ao cumprimento das normas legais e regulamentares aplicáveis nesta matéria;
- Introdução de alterações ao conhecimento do beneficiário efetivo, no âmbito do (agora aglutinado) dever de identificação e diligência, resultantes da publicação da Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto, que aprova o Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo, transpondo parcialmente para a ordem jurídica interna a Diretiva 2015/849/UE;
- Consagração de um regime próprio relativo ao tratamento de dados pessoais pelas entidades obrigadas, aí se definindo os seus deveres e os direitos dos titulares dos dados, bem como a comunicação, transmissão e interconexão de dados;
- Previsão de uma norma específica em matéria de liberdade de prestação de serviços segundo a qual as autoridades setoriais cooperam e trocam informações com as autoridades competentes de outros Estados-Membros, podendo, em determinadas circunstâncias, sujeitar as entidades financeiras autorizadas a operar em Portugal em regime de livre prestação de serviços ao cumprimento dos deveres preventivos previstos na Lei 83/2017, nos termos e extensão a definir por regulamentação ou decisão das autoridades setoriais;
- De um ponto de vista institucional, a Lei 83/2017 traz consigo a regulação das entidades competentes nesta matéria e da sua atividade, debruçando-se concretamente sobre os seus poderes (de regulamentação, de verificação do cumprimento das normas da presente lei, de emissão de recomendações e aplicação de medidas, etc.) e deveres (de supervisão, de comunicação, de segredo, de proteção e tratamento de dados pessoais, etc.). Por outro lado, é fortemente desenvolvida a regulação da cooperação entre instituições, quer a nível nacional, quer também a nível internacional;
- Também no âmbito do regime sancionatório previsto pela Lei 83/2017 se evidenciam importantes alterações, como por exemplo, (i) a introdução da punibilidade da tentativa de violação das disposições da lei, (ii) a regulação do concurso de infrações, (iii) a previsão da possibilidade de suspensão da respetiva prescrição, (iv) o aumento e densificação do elenco dos tipos de contraordenações, (v) o aumento dos limites de algumas das coimas aplicadas, (vi) a previsão de novas sanções acessórias (i.e. a perda a favor do Estado do objeto de infração e do benefício económico e o encerramento, até dois anos, do estabelecimento onde o agente exerça a profissão ou atividade em causa), entre outras;
- No plano processual destacam-se, para além das alterações em matéria de competência em função da criação das autoridades setoriais, a previsão da possibilidade de aplicação de medidas cautelares e a consagração da inaplicabilidade do princípio da proibição de *reformatio in pejus*;
- Em face do novo regime legal implementado, a Lei 83/2017 comporta ainda alterações ao Código Penal e ao Código da Propriedade Industrial, adaptando os artigos 368.º-A e 324.º de cada um destes códigos, respetivamente.

A Lei 83/2017 entrou em vigor no dia 18 de setembro de 2017.

Comissões Relacionadas com Contas de Pagamento e Serviços Mínimos Bancários

Decreto-Lei n.º 107/2017, de 30 de agosto (DR 167, SÉRIE I, de 30 de agosto de 2017)

O Decreto-Lei n.º 107/2017, de 30 de agosto («DL 107/2017»), procede à transposição para a ordem jurídica interna da Diretiva 2014/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014, relativa à comparabilidade das comissões relacionadas com as contas de pagamento, à mudança de conta de pagamento e ao acesso a contas de pagamento com características básicas.

O DL 107/2017 vem implementar novas regras quanto à transparência e comparabilidade das comissões cobradas aos consumidores e, também, quanto à mudança de conta de pagamento e à facilitação da abertura de contas de pagamento transfronteiriças pelos consumidores.

No plano da transparência, destaca-se o reforço dos deveres de informação e transparência a cargo dos prestadores de serviços de pagamento, prevendo-se (i) o dever de prestação de informação sobre as comissões relacionadas com as contas de pagamento, (ii) o dever de disponibilização aos consumidores do extrato de comissões e (iii) o dever de reporte ao BdP de informação sobre as comissões relacionadas com as contas de pagamento.

O DL 107/2017 vem, ainda, instituir um regime legal para o processo de mudança de conta, regulando os termos do respetivo pedido e autorização do consumidor, direitos e deveres dos prestadores de serviços de pagamentos envolvidos e sua eventual responsabilidade civil.

Por outro lado, é também alterado o Decreto-Lei n.º 27-C/2000, de 10 de março, diploma que criou o sistema de acesso aos serviços mínimos bancários, merecendo destaque o reforço do elenco dos deveres complementares das instituições de crédito e ainda a densificação do leque de situações que permitem a resolução do contrato de depósito à ordem, por iniciativa das instituições de crédito.

Finalmente, são dedicados capítulos próprios (i) à resolução alternativa de litígios e procedimento de reclamação, (ii) à competência do BdP para a regulamentação necessária à execução do regime ora implementado, e (iii) ao regime contraordenacional aplicável em caso de violação deste regime legal.

O DL 107/2017 entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2018, com exceção das disposições relativas à comparabilidade das comissões relacionadas com as contas de pagamento, porquanto carecem da adoção das respetivas normas técnicas de regulamentação pela Comissão Europeia.

Funções dos Depositários, Políticas de Remuneração e Sanções

Lei n.º 104/2017, de 30 de agosto (DR 167, SÉRIE I, de 30 de agosto de 2017)

A Lei n.º 104/2017, de 30 de agosto («Lei 104/2017»), procede à transposição parcial para a ordem jurídica interna das alterações à Diretiva 2009/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009 («Diretiva UCITS»), operadas pela Diretiva 2014/91/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014, no que diz respeito às funções dos depositários, às políticas de remuneração e às sanções.

Neste enquadramento, o CVM passa a incluir o prejuízo para as investigações em curso da CMVM no leque de fundamentos que esta pode invocar para recusar os pedidos de informação que lhe sejam dirigidos por instituições congéneres. Por sua vez, o RGOIC é objeto de diversas alterações, tendo por objeto, designadamente (i) os deveres e o regime de responsabilidade da entidade gestora e do depositário, (ii) os requisitos exigidos às empresas de investimento para assumirem a qualidade de depositário, (iii) os conteúdos do documento com informações fundamentais destinadas aos investidores, do prospeto e do relatório e contas e (iv) o regime sancionatório.

A Lei 104/2017 entrou em vigor no dia 29 de setembro de 2017.

Fundos de Recuperação de Créditos

Lei n.º 69/2017, de 11 de agosto (DR 155, SÉRIE I, de 11 de agosto de 2017)

A Lei n.º 69/2017, de 11 de agosto («Lei 69/2017») foi aprovada no seguimento das diversas iniciativas parlamentares e governamentais relacionados com a medida de resolução aplicada ao Banco Espírito Santo, S.A., e visa disponibilizar a certos investidores um mecanismo de recu-

peração de créditos, decorrentes de instrumentos financeiros comercializados em violação das regras vigentes.

Para o efeito, a Lei 69/2017 cria os fundos de recuperação de créditos («FRC»), cujo ativo é composto por créditos emergentes ou relacionados com a subscrição de valores mobiliários representativos de dívida, sujeitos a lei portuguesa ou comercializados em território nacional, detidos por investidores não qualificados, que tenham sido comercializados por instituição de crédito que posteriormente tenha sido objeto de medidas de resolução, ou por entidades que com esta se encontrassem em relação de domínio ou de grupo.

Os valores mobiliários representativos de dívida acima referidos serão elegíveis para os FRC desde que: (i) o emitente dos valores mobiliários em causa estivesse insolvente ou em difícil situação financeira à data da comercialização; (ii) a informação referida em (i) não constasse dos documentos informativos disponibilizados aos investidores, ou exista prova da violação dos deveres de intermediação financeira pela entidade comercializadora; e (iii) existam indícios ou outros elementos de acordo com os quais as entidades que comercializaram os instrumentos financeiros em causa possam ser responsabilizadas pela satisfação daqueles créditos.

Os FRC assumem a forma de fundos de investimento de direito privado fechados, sendo o património representado por unidade de recuperação («URs»). As subscrição das URs está condicionada à cessão ao fundo de recuperação de créditos, por parte de cada participante, da totalidade dos créditos por si detidos, e é efetuada na proporção da diferença entre o preço da cessão e o montante nominal do crédito cedido.

A constituição de FRC depende de autorização prévia da CMVM, e a duração máxima dos FRC é de 10 anos, prorrogáveis por igual período. A gestão dos FRC é assegurada por entidades gestoras, que podem ser sociedade gestora de fundos de recuperação de créditos («SGFCR»), determinados tipos de instituições de crédito ou sociedade gestora de fundos de titularização de créditos. As SGFCR estão sujeitas a um capital social mínimo de € 125.000.

Encontra-se prevista uma isenção de custas judiciais para os FRC e é-lhes aplicável um regime fiscal que assenta na tributação dos rendimentos na esfera dos participantes do fundo.

A Lei 69/2017 prevê, também, a possibilidade de concessão de garantias pelo Estado e o compromisso por parte deste, relativamente à satisfação de créditos dos participantes sobre os FRC, em termos a regular por Portaria.

Requisitos de licitude de um tratamento de dados pessoais – Conceito de «necessidade para a realização do interesse legítimo de terceiro»

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 4 de maio de 2017 no assunto Valsts policijas Rīgas reģiona pārvaldes Kārtības policijas pārvalde contra Rīgas pašvaldības SIA «Rīgas satiksme» (Processo C-13/16)

O acórdão em apreço foi proferido no âmbito de um litígio que opôs, nos tribunais letões, o Valsts policijas Rīgas reģiona pārvaldes Kārtības policijas pārvalde (serviço responsável pelas infrações administrativas em matéria de tráfego da Polícia de Segurança da região de Riga, Letónia) («Polícia Nacional») à Rīgas pašvaldības SIA «Rīgas satiksme», sociedade de tróleis da cidade de Riga («Sociedade de Tróleis») a propósito de um pedido de comunicação de dados de identificação do autor de um acidente feito pela Sociedade de Tróleis à Polícia Nacional.

Em sede de recurso no Supremo Tribunal da Letónia, este tribunal decidiu suspender a instância e submeter ao TJUE a questão de saber se o artigo 7.º, alínea f), da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados («Diretiva 95/46»), deve ser interpretado no sentido de que impõe a obrigação de comunicar dados pessoais a um terceiro, a fim de lhe permitir instaurar uma ação de indemnização num tribunal cível por danos causados pela pessoa interessada na proteção desses dados e se o facto de essa pessoa ser menor pode ser relevante para a interpretação desta disposição.

O TJUE entendeu que da leitura do artigo 7.º alínea f), da Diretiva 95/46 não resulta uma obrigação, mas uma faculdade de efetuar determinado tratamento de dados, como a comunicação a um terceiro de dados necessários para a realização de um interesse legítimo por ele pro posse-

guido. Entendeu ainda o TJUE, na sequência das conclusões do advogado-geral sobre a matéria, que essa interpretação pode ser igualmente deduzida de outros instrumentos do direito da União que digam respeito a dados pessoais (por exemplo, no que se refere ao tratamento dos dados pessoais no setor das comunicações eletrónicas).

Não obstante, referiu o TJUE que o artigo 7.º, alínea f), da Diretiva 95/46 não se opõe à referida comunicação, no caso a mesma de ser efetuada com base no direito nacional, desde que se respeitem os requisitos cumulativos para que determinado tratamento de dados pessoais seja lícito, a saber: a prossecução de interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou do terceiro ou terceiros a quem os dados sejam comunicados; a necessidade do tratamento dos dados pessoais para a realização do interesse legítimo e; os direitos e as liberdades fundamentais da pessoa a que a proteção de dados diz respeito não prevalecerem.

No que se refere à segunda parte da questão prejudicial, entendeu o TJUE que a idade da pessoa em causa pode constituir um dos elementos a ter em conta no âmbito da ponderação dos direitos e dos interesses opostos em causa. Todavia, o TJUE entendeu que não se afiguraria justificado, em condições como as que estavam em causa no processo principal, recusar a uma parte lesada a comunicação de dados pessoais necessária à propositura de uma ação de indemnização contra o autor do dano ou, se for o caso, contra as pessoas que exerçam o poder parental, por esse autor ser menor.

Em conclusão, considerou o TJUE que o artigo 7.º, alínea f), da Diretiva 95/46 deve ser interpretado no sentido de que não impõe a obrigação de comunicar dados pessoais a um terceiro a fim de lhe permitir instaurar uma ação de indemnização num tribunal cível por um dano causado pela pessoa interessada na proteção desses dados. Todavia, o artigo 7.º, alínea f), desta diretiva não se opõe a tal comunicação com base no direito nacional.

Capacidade das sociedades comerciais - garantias constituídas a favor de sociedades dominantes

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04 de abril de 2017

No presente acórdão, o STJ foi chamado a pronunciar-se sobre a homologação de um Plano Especial de Revitalização («PER») de uma sociedade anónima, a sociedade BB.

A primeira instância decidira pela homologação do plano de recuperação apresentado pela sociedade, tendo a segunda instância decidido em sentido contrário, após o que a sociedade BB interpôs recurso para o STJ.

Em análise, estava, em particular, a validade do PER por força de uma disposição do mesmo que determinava que as dívidas da sociedade BB seriam garantidas por hipotecas constituídas a favor desta por sociedades por ela dominadas. A questão era, concretamente, saber se essas garantias eram válidas tendo em conta o princípio da especialidade do fim das sociedades comerciais.

O n.º 3 do artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais estabelece uma exceção ao princípio da especialidade do fim das sociedades comerciais, permitindo que uma sociedade preste a favor de outra uma garantia, sem a necessidade de demonstrar a existência de interesse próprio, caso essas sociedades se encontrem numa relação de grupo. Discute-se, no entanto, se essa disposição é aplicável, sem mais, aos casos de garantias prestadas por sociedades dominadas a favor de sociedades dominantes.

A este respeito, o STJ concluiu que nas sociedades em relação de domínio a referida exceção ao princípio da especialidade do fim apenas vale para a prestação de garantias pela sociedade dominante a favor da sociedade dominada, concluindo, portanto, que não basta a existência de uma relação de grupo ou de domínio para que seja aplicável sem mais esta exceção constante do n.º 3 do artigo 6.º. No caso inverso, será necessário demonstrar a existência de um justificado interesse próprio da sociedade dominada na constituição da garantia a favor da sociedade dominante.

O STJ concluiu, no entanto, que no caso concreto a homologação do PER não poderia ser recusada com base na existência das referidas garantias a favor da sociedade dominante, uma vez que estas já tinham sido constituídas em momento anterior ao PER, tendo-se este limitado a mantê-las.

**Penhor mercantil -
Pacto marciano**

Decreto-Lei n.º 75/2017 (DR 121, série I, de 2017-06-26)

No âmbito do Programa Capitalizar, e visando o reforço do investimento empresarial, foi publicado o Decreto-Lei n.º 75/2017, de 26 de junho, que vem permitir que se possa estabelecer, no contrato de penhor para garantia de obrigação comercial em que o devedor seja comerciante, que o credor, em caso de incumprimento do devedor, possa fazer sua a coisa ou direito sobre o qual incide o penhor, consagrando-se assim a figura do pacto marciano no penhor mercantil.

Para o efeito, este Decreto-Lei estabelece que as partes podem convencionar que o credor pignoratício, face a um incumprimento do devedor, se possa apropriar da coisa ou direito empenhado, pelo valor que resulte de avaliação realizada após o vencimento da obrigação, devendo o modo e os critérios dessa avaliação ser estabelecidos no contrato. Por outro lado, o contrato de penhor que contenha esta convenção tem de ser celebrado por escrito e conter o reconhecimento presencial das assinaturas das partes. Em qualquer caso, a apropriação da coisa ou direito só pode ser convencionada se sobre essa coisa ou direito não incidir penhor de grau superior.

O credor que se aproprie da coisa ou direito dado em penhor terá, no entanto, de restituir ao devedor a diferença entre o valor da coisa ou direito e o montante da obrigação garantida.

Esta regra não prejudica a possibilidade de as partes convencionarem que a coisa ou direito empenhado será adjudicado ao credor pelo valor determinado por tribunal, nos termos do artigo 675.º do Código Civil, ou de convencionarem a sua venda extra processual.

Este diploma entrou em vigor no dia 1 de julho de 2017.

**Deliberações abusivas
- aumento da
remuneração de
administradores**

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16 de maio de 2017

No presente acórdão, o TRP foi chamado a pronunciar-se sobre a validade das deliberações da assembleia geral de uma sociedade anónima de nomeação dos acionistas maioritários como administradores e de fixação da remuneração dos mesmos num montante correspondente a mais do dobro do anteriormente auferido pelos administradores da sociedade.

O autor, acionista minoritário da sociedade, fora administrador da mesma nas últimas décadas, não tendo sido renomeado.

A sociedade ré alegou em sua defesa que se encontravam preenchidos os requisitos previstos no n.º 1 do artigo 399.º do Código das Sociedades Comerciais, em particular, que se encontrava numa situação de saúde financeira, tendo capacidade para suportar o aumento das referidas remunerações, argumento que convenceu o tribunal de primeira instância, tendo a sociedade sido absolvida do pedido.

No entanto, em segunda instância, o TRP, muito embora não pondo em causa o respeito da deliberação pelo referido n.º 1 do artigo 399.º do Código das Sociedades Comerciais, entendeu que a mesma constituía uma deliberação abusiva, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 58.º do Código das Sociedades Comerciais, na medida em que lhe subjazia a intenção dos acionistas maioritários de melhorar os seus proveitos e de prejudicar a situação do autor.

Segundo o tribunal, não existia nenhuma razão que justificasse o aumento da remuneração dos administradores, sendo que a referida deliberação atribuía vantagens especiais excessivas aos acionistas administradores da sociedade, prejudicando o autor, acionista minoritário, que além de ter deixado de fazer parte do órgão de administração e de auferir a correspondente remuneração, viu diminuído o valor da sua participação social e dos lucros a que teria direito.

Entendeu, assim, o tribunal que a deliberação de aumento de remuneração dos administradores era abusiva, sendo, consequentemente, anulável.

Liquidação de sociedades - créditos detidos pelos sócios sobre a sociedade para efeitos do artigo 163.º do Código das Sociedades Comerciais

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14 de junho de 2017

Neste acórdão, o tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre um pedido de condenação dos antigos sócios de uma sociedade dissolvida e liquidada no pagamento de uma quantia devida em virtude de um contrato para a realização de trabalhos de construção civil celebrado com essa sociedade.

Na ação, o autor alegou que os sócios teriam recebido, em sede de liquidação da sociedade, quantias superiores à quantia que lhe era devida pela sociedade, sendo por isso responsáveis pelo pagamento dessa quantia: (i) por um lado, ao abrigo do artigo 158.º do Código das Sociedades Comerciais, na medida em que eram liquidatários e haviam declarado falsamente estarem satisfeitos todos os direitos de credores e (ii) por outro, ao abrigo do artigo 163.º do Código das Sociedades Comerciais, devendo responder pelo passivo social não satisfeito, até ao montante por si recebido na partilha.

Os antigos sócios da sociedade alegaram que eram também credores da sociedade e que, nessa medida, as quantias recebidas na liquidação da sociedade haviam sido recebidas por conta de satisfação dos seus créditos, não tendo recebido qualquer excedente social que pudesse gerar a sua responsabilidade nos termos do n.º 1 do artigo 163.º do Código das Sociedades Comerciais.

Não vingou, no entanto, este entendimento, uma vez que, segundo o TRP, os sócios estariam a privilegiar certos credores (eles próprios) em detrimento de outros, não existindo qualquer fundamento legal para que o pudessem fazer. Segundo o tribunal, não podem os sócios, por via da liquidação de uma sociedade que não tem ativo suficiente para satisfazer todos os seus credores (encontrando-se, assim, em situação de insolvência), obter o que não poderiam se tivessem cumprido a obrigação legal de apresentar a sociedade à insolvência.

Uma vez que os créditos dos sócios são qualificados como créditos subordinados no processo de insolvência, nos termos dos artigos 48.º e 49.º, n.º 2, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, o tribunal concluiu que estes não podem ter relevância para efeitos do artigo 163.º do Código das Sociedades Comerciais. Assim, as quantias que os sócios receberem em resultado da liquidação da sociedade deverão ser tidas como excedente recebido em virtude da partilha e não como satisfação dos créditos que detinham sobre a sociedade.

O TRP esclareceu ainda os requisitos para a aplicação do artigo 158.º do Código das Sociedades Comerciais: (i) a qualidade de liquidatário; (ii) a apresentação pelo liquidatário, à assembleia, de documentos onde não conste a indicação do crédito por satisfazer; (iii) a falsidade da indicação de que o crédito está satisfeito; (iv) a culpa do liquidatário na elaboração do documento com esse conteúdo; (v) a existência de partilha de bens sociais na liquidação; (vi) o nexo de causalidade entre essa situação e a insatisfação do crédito; e (vii) a existência de danos.

O tribunal veio, contudo, a declarar a ação improcedente, uma vez que o autor não logrou demonstrar a titularidade do crédito sobre a sociedade.

Representação equilibrada entre mulheres e homens - empresas do setor público empresarial e empresas cotadas em bolsa

Lei n.º 62/2017 (DR 147, série I, de 2017-08-01)

A Lei n.º 62/2017, de 1 de agosto, vem estabelecer o regime da representação equilibrada entre homens e mulheres nos órgãos de administração e de fiscalização das entidades do setor público empresarial e das empresas cotadas em bolsa.

Para o efeito, esta lei estipula a proporção mínima de pessoas de cada sexo que devem ser designadas para os órgãos de administração e fiscalização destas empresas. Concretamente:

(i) Nas empresas do setor público empresarial, e a partir de 1 de janeiro de 2018, essa proporção não pode ser inferior a 33,3%, esclarecendo-se, quanto aos órgãos de administração, que se estes integrarem administradores executivos e não executivos, a referida proporção mínima deve ser cumprida em relação a ambos; e,

(ii) Nas empresas cotadas em bolsa, essa proporção não pode ser inferior a 20%, a partir da primeira assembleia geral eletiva após 1 de janeiro de 2018, nem inferior a 33,3%, a partir da primeira assembleia geral eletiva após 1 de janeiro de 2020, esclarecendo-se também que estes limiares devem ser cumpridos relativamente à totalidade dos administradores executivos e não executivos que integrem os órgãos de administração.

Por outro lado, estes limiares mínimos não se aplicam aos mandatos em curso, aplicando-se, no entanto, à sua renovação e substituição.

Por outro lado ainda, e nos termos do regime transitório previsto nesta lei, os limiares mínimos acima mencionados aplicam-se de imediato às designações para novos mandatos que ocorram depois da sua entrada em vigor.

O incumprimento destes limiares mínimos tem como consequência, no caso das entidades do setor público empresarial, a nulidade do ato de designação para os órgãos de administração e de fiscalização, devendo ser apresentada uma nova proposta de designação conforme a esta lei no prazo de 90 dias e, no caso de empresas cotadas em bolsa, a emissão, pela CMVM, de uma declaração do incumprimento e do caráter provisório do ato de designação, dispondo a empresa em causa do prazo de 90 dias para proceder à respetiva regularização.

O incumprimento para além do referido prazo de 90 dias determina, em ambos os casos, a aplicação de uma repreensão registada ao infrator e a sua publicitação num registo público. O incumprimento por empresa cotada em bolsa por mais de 360 dias a contar da data da repreensão é, além disso, sancionado com a aplicação, pela CMVM, de uma sanção pecuniária compulsória em montante não superior ao total de um mês de remunerações do órgão em causa por cada semestre de incumprimento.

Esta lei entrou em vigor no dia 2 de agosto de 2017 e será objeto de regulamentação do Governo, que deverá definir as medidas necessárias à sua aplicação.

Registo Central do Beneficiário Efetivo

Lei n.º 89/2017 (DR 160, série I, de 2017-08-21)

Além de ter introduzido alterações a vários diplomas existentes, a Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto, aprovou o Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo («RCBE»).

O RCBE é constituído por uma base de dados, gerida pelo Instituto dos Registos e Notariado, I.P., com informação sobre a pessoa ou as pessoas singulares que, ainda que de forma indireta ou através de terceiro, detêm a propriedade ou o controlo efetivo das entidades a ele sujeitas.

As entidades sujeitas ao RCBE são, entre outras, as seguintes:

- (i) associações, cooperativas, fundações, sociedades civis e comerciais, bem como quaisquer outros entes coletivos personalizados, sujeitos ao direito português ou ao direito estrangeiro, que exerçam atividade ou pratiquem ato ou negócio jurídico em território nacional que determine a obtenção de um número de identificação fiscal em Portugal;
- (ii) representações de pessoas coletivas internacionais ou de direito estrangeiro que exerçam atividade em Portugal;
- (iii) outras entidades que, prosseguindo objetivos próprios e atividades diferenciadas das dos seus associados, não sejam dotadas de personalidade jurídica;
- (iv) instrumentos de gestão fiduciária registados na Zona Franca da Madeira (trusts);
- (v) sucursais financeiras exteriores registadas na Zona Franca da Madeira.

Excluem-se, no entanto, do âmbito de aplicação deste regime, em particular: (i) as sociedades com ações admitidas à negociação em mercado regulamentado, sujeitas a requisitos de divulgação de informações consentâneos com o direito da União Europeia ou sujeitas a normas internacionais equivalentes, que garantam suficiente transparência das informações relativas à titularidade das ações; (ii) os consórcios e os agrupamentos complementares de empresas; e, (iii) desde que verificados determinados requisitos, os condomínios, quanto a edifícios ou a conjuntos de edifícios que se encontrem constituídos em propriedade horizontal.

O Regime Jurídico do RCBE obriga, em particular, as entidades a ele sujeitas a apresentarem declarações sobre os seus beneficiários efetivos. Concretamente, obriga-as a declararem, através de formulário eletrónico a regulamentar por portaria, «*informação suficiente, exata e atual sobre os seus beneficiários efetivos, todas as circunstâncias indiciadoras dessa qualidade e a informação sobre o interesse económico nelas detido*», declaração esta que deve conter a informação

relevante sobre (i) a entidade sujeita ao RCBE; (ii) no caso de sociedades comerciais, a identificação dos titulares do capital social, com discriminação das respetivas participações sociais; (iii) a identificação dos gerentes, administradores ou de quem exerça a gestão ou a administração da entidade sujeita ao RCBE; (iv) os beneficiários efetivos; e (v) o declarante.

Estas declarações devem ser apresentadas em momentos distintos:

- (i) A declaração inicial do beneficiário efetivo é, em regra, efetuada com o registo de constituição da sociedade ou com a primeira inscrição no Ficheiro Central de Pessoas Coletivas, consoante se trate ou não de entidade sujeita a registo comercial;
- (ii) Por outro lado, a informação constante no RCBE deve ser atualizada no mais curto prazo possível, sem nunca exceder 30 dias contados a partir da data do facto que determina a alteração;
- (iii) Exige-se, além disso, uma declaração anual, feita até ao dia 15 do mês de julho (no caso das entidades que devam apresentar a Informação Empresarial Simplificada, juntamente com esta), a confirmar a *«exatidão, suficiência e atualidade da informação sobre o beneficiário efetivo»*.

De acordo com a norma transitória desta lei, a primeira declaração inicial relativa ao beneficiário efetivo deve ser efetuada no prazo a definir por portaria.

O incumprimento das regras previstas no Regime Jurídico do RCBE é cominado com várias sanções.

Em primeiro lugar, às entidades sujeitas ao RCBE que incumpram as obrigações declarativas e de retificação nele previstas é vedado, enquanto a situação de incumprimento se mantiver, nomeadamente:

- (i) Distribuir lucros do exercício ou fazer adiantamentos sobre lucros no decurso do exercício;
- (ii) Celebrar contratos de fornecimento, empreitadas de obras públicas ou aquisição de serviços e bens com o Estado, regiões autónomas, institutos públicos, autarquias locais e instituições particulares de solidariedade social maioritariamente financiadas pelo Orçamento do Estado, bem como renovar o prazo dos contratos já existentes;
- (iii) Concorrer à concessão de serviços públicos;
- (iv) Beneficiar dos apoios de fundos europeus estruturais e de investimento e públicos; e
- (v) Intervir como parte em qualquer negócio o que tenha por objeto a transmissão da propriedade, a título oneroso ou gratuito, ou a constituição, aquisição ou alienação de quaisquer outros direitos reais de gozo ou de garantia sobre quaisquer bens imóveis.

Esta lei vem esclarecer no entanto, na sua norma transitória, que estas consequências apenas relevam quanto a contratos, atos ou procedimentos celebrados, praticados ou concluídos após a data do termo do prazo para a declaração inicial do beneficiário efetivo pelas entidades que já se encontrem constituídas à data da sua entrada em vigor.

Em segundo lugar, o incumprimento ou o incumprimento injustificado das obrigações previstas no Regime Jurídico do RCBE implica a publicitação no RCBE dessa situação de incumprimento.

Em terceiro lugar, estabelece-se que quem prestar falsas declarações para efeitos de registo do beneficiário efetivo, para além de incorrer em responsabilidade criminal, nos termos do artigo 348.º-A do Código Penal, responde civilmente pelos danos a que der causa.

Além das referidas obrigações declarativas previstas no Regime Jurídico do RCBE, esta lei estabelece, para as sociedades comerciais, a obrigação de manter um registo atualizado do beneficiário efetivo, do qual devem constar os elementos de identificação (i) dos sócios, com discriminação das respetivas participações sociais; (ii) das pessoas singulares que detêm, ainda que de forma indireta ou através de terceiro, a propriedade das participações sociais; e (iii) de quem, por qualquer forma, detenha o respetivo controlo efetivo.

O incumprimento pela sociedade do dever de manter este registo atualizado constitui contraordenação punível com coima de € 1.000 a € 50.000.

Para efeitos do cumprimento deste dever, estabelecem-se obrigações para os sócios. Estes são obrigados a informar a sociedade de qualquer alteração aos elementos de identificação que devam constar do referido registo no prazo de 15 dias a contar da data da mesma, tendo a sociedade a faculdade de notificar o sócio para, no prazo máximo de 10 dias, proceder à atualização dos seus elementos de identificação. O incumprimento injustificado do dever de informação pelo sócio, após a referida notificação pela sociedade, permite a amortização das respetivas participações sociais, nos termos previstos no Código das Sociedades Comerciais.

Prevê-se igualmente que determinados dados sobre os beneficiários efetivos das sociedades e demais pessoas coletivas sujeitas ao RCBE sejam disponibilizados publicamente em página eletrónica, em termos a regulamentar por portaria.

A regulamentação prevista no Regime Jurídico do RCBE deverá ser publicada até ao dia 20 de novembro de 2017.

A presente lei entrará em vigor no dia 19 de novembro de 2017.

Deliberações do conselho de administração - impugnação judicial direta

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28 de junho de 2017

No presente acórdão, o tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber se, ou em que circunstâncias, é admissível a impugnação judicial direta de uma deliberação do conselho de administração («CA») de uma sociedade anónima.

No caso em apreço, o autor pedira que fosse decretada a invalidade das deliberações do CA por considerar que os administradores haviam sido provisoriamente nomeados em decisão judicial, com poderes de mera administração, não podendo, portanto, revogar deliberações anteriores de CA legitimamente eleito. Por seu turno, a ré invocou que o autor não podia impugnar diretamente para os tribunais as deliberações do CA.

Tal como sublinha o TRC, quanto à questão da (in)impugnabilidade judicial direta de deliberações do CA, poder-se-á seguir, em abstrato, uma de três vias, a saber: (i) defender-se que a ação anulatória não poderá ser utilizada contra deliberações tomadas pelo CA, devendo a questão ser colocada previamente perante a assembleia geral da sociedade e podendo, apenas depois, e em face do deliberado, recorrer-se à via judicial; (ii) admitir-se sempre a impugnação judicial direta das decisões do CA; ou (iii) entender-se que aquela primeira via será de adotar na generalidade das situações, admitindo-se no entanto casos em que, pela sua gravidade ou excecionalidade, não deverá ser recusada a impugnação direta das deliberações do CA.

O tribunal sufragou a terceira perspetiva (com um voto de vencido), em particular, com base num argumento de «razoável e racional utilização dos meios de impugnação judicial», concluindo que, em princípio, não são suscetíveis de impugnação judicial direta as deliberações do CA de uma sociedade anónima, devendo a sua nulidade ou anulabilidade ser submetida à apreciação da assembleia geral (artigo 412.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais) e só da deliberação desta cabendo ação judicial.

Ademais, o TRC salientou que a impugnação judicial direta pelo acionista das deliberações inválidas do CA só parece ser de não excluir relativamente a «actos e omissões que lhe impeçam ou embarcem o exercício dos direitos inerentes às suas ações e, eventualmente, comportamentos do órgão de administração que consubstanciem «usurpação» de competências próprias da assembleia geral.».

2 · JURISPRUDENCIA

Revocación de poder

Resolución de 20 de abril de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 12 de mayo de 2017)

La cuestión objeto de esta resolución es la posibilidad de revocar un poder inscrito en el Registro Mercantil por parte de otro apoderado de la misma sociedad cuyo poder no se encuentra debidamente inscrito en la hoja social.

Con fundamento en el artículo 11 del Reglamento del Registro Mercantil, la DGRN declara que el principio de tracto sucesivo se articula en un triple nivel: (i) exige la previa inscripción del sujeto inscribible para tomar razón de actos que se refieran a él; (ii) requiere la previa inscripción de un acto referido a un sujeto inscribible para que pueda procederse a la inscripción de la modificación o cancelación de dicho acto; y (iii) reclama la previa inscripción de administradores o apoderados para poder inscribir actos otorgados por ellos.

La DGRN reconoce que, dado que el Registro Mercantil es un registro de personas, la aplicación de principios registrales como el de tracto sucesivo debe ser restrictiva, sin que tenga el mismo alcance que en un registro de bienes. No obstante, recalca que esto no implica que se pueda prescindir totalmente del citado principio.

El supuesto de hecho del presente caso se encuentra expresamente regulado en el apartado tercero del artículo 11 del Reglamento del Registro Mercantil, sin que sea posible la inscripción de actos otorgados por un apoderado sin que previamente esté inscrito el poder que le habilita para hacerlo.

Por consiguiente, la DGRN desestima el recurso y confirma la nota de calificación del Registrador.

Sustitución del objeto social

Resolución de 24 de abril de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 16 de mayo de 2017)

El registrador deniega la inscripción de la sustitución del objeto social de una sociedad, ya que este incluye actividades de entrenamiento personal —«*gimnasio de rehabilitación y gestión de instalaciones deportivas, clubes deportivos y gimnasio*»— que son competencia de licenciados en Educación Física y en Ciencias de la Actividad Física y del Deporte inscritos en el colegio oficial correspondiente. Por ende, el nuevo objeto social tendría carácter profesional de conformidad con la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales. Esto implica que deberían cumplirse los requisitos fijados por ella o puntualizar que dichas actividades se realizarán en concepto de mediación o intermediación.

La sociedad profesional regulada en la citada Ley 2/2007 es aquella que se constituye en centro subjetivo de imputación del negocio jurídico que se establece con el cliente o usuario, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen de él. No se encuentran en el ámbito de aplicación de dicha Ley las sociedades de medios que buscan compartir una infraestructura y distribuir sus costes, las sociedades de comunicación de ganancias y las sociedades de intermediación que comunican al cliente, con quien mantienen la titularidad de la relación jurídica, con el profesional persona física que, vinculado a la sociedad por cualquier título (socio, asalariado, etc.), desarrolla la actividad profesional.

De conformidad con la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012 que resalta el carácter imperativo de la Ley de sociedades profesionales, la DGRN exige que, ante las dudas que puedan suscitarse en los casos en que en los estatutos sociales se haga referencia a actividades que puedan constituir el objeto o de una sociedad profesional o de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, se declare expresamente que se trata de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación. Por tanto, a falta de declaración expresa, se entenderá que se está ante una sociedad profesional encuadrada bajo la Ley 2/2007.

En el presente caso, la sociedad recurrente no tiene por objeto social la enseñanza de educación física, y el desarrollo de las actividades a que se refieren los estatutos no está atribuido en exclusiva a los licenciados en Educación Física y en Ciencias de la Actividad Física y del Deporte. Por ello, si para la realización de tales actividades no se requiere una titulación universitaria oficial ni colegiación, no puede exigirse que revistan el ropaje societario establecido en la Ley 2/2007 las entidades que tengan por objeto esas actividades que puedan ser ejercidas por quienes no tengan la titulación de licenciado en Educación Física y en Ciencias de la Actividad Física y del Deporte.

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

Constitución de una SL

Resolución de 25 de abril de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 16 de mayo de 2017)

En el presente caso el registrador niega la inscripción de una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada justificándose en la existencia de varios defectos.

El primero de ellos consiste en la falta de detalle en la descripción de las aportaciones dinerarias realizadas por los socios según lo dispuesto por el artículo 63 de la Ley de Sociedades de Capital, dado que no se especifica en qué consisten los derechos aportados por los socios a la sociedad. La DGRN confirma el defecto, pues los artículos 63 de la Ley de Sociedades de Capital y 190 del Reglamento del Registro Mercantil, de conformidad con el principio de realidad del capital social, exigen que las aportaciones no dinerarias se describan en la escritura de constitución o de aumento de capital social con sus datos registrales si los hubiere, el título de la aportación, la valoración y la numeración de las participaciones atribuidas. Por todo ello, considera la DGRN que «*es evidente que en la escritura calificada no se especifica debidamente en qué consisten esos derechos que se aportan*».

El segundo defecto se refiere a una cláusula estatutaria que dispone que la sociedad comienza sus operaciones el día del otorgamiento de la escritura fundacional, salvo que en ella se disponga otra cosa. La DGRN confirma el defecto, pues entiende que, de conformidad con el artículo 24.1 de la Ley de Sociedades de Capital, han de ser los estatutos los que fijen una fecha de inicio diferente a la del otorgamiento de la escritura.

El tercer defecto es relativo a dos preceptos estatutarios que establecen que la Junta podrá aceptar medios físicos o telemáticos de emisión de voto aun sin legitimación de firma ni firma electrónica. El registrador considera que estos preceptos incumplen lo dispuesto en el artículo 189.2 de la Ley de Sociedades de Capital, el cual establece que la emisión de voto por cualquier medio de comunicación a distancia puede hacerse siempre que se garantice debidamente la identidad de la persona que ejercite su derecho. En este caso, la DGRN revoca el defecto, afirmando que sería excesivo negar a los fundadores la posibilidad de regular la emisión de voto de una forma basada en la soberanía o libre actuación de la Junta General ante una cuestión futura. Asimismo, los estatutos prevén que, en tales casos, el voto habría de recibirse por la sociedad con un mínimo de 24 horas de antelación a la hora fijada para el comienzo de la Junta, algo que permitiría poder desplegar medidas de control con antelación suficiente. Aunque el mencionado plazo no se exige en relación con los votos emitidos por el Consejo de Administración, dado que se trata de un órgano con un número de miembros más reducido, es más fácil desplegar medidas de prevención y control.

Depósito de cuentas de una SL

Resolución de 4 de mayo de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 22 de mayo de 2017)

La presente resolución trata sobre la posibilidad de depositar las cuentas anuales de una sociedad de responsabilidad limitada en el Registro Mercantil de una determinada provincia, habiendo cierre registral en dicho Registro como consecuencia del cambio de domicilio social a otra provincia distinta.

El presente caso es resuelto por la DGRN mediante la aplicación del artículo 19 del Reglamento del Registro Mercantil, que dispone que «*cuando un sujeto inscrito traslade su domicilio a otra provincia se presentará en el Registro Mercantil de ésta certificación literal de todas sus inscripciones, a fin de que se trasladen a la hoja que se le destine en dicho Registro*», añadiendo que «*una vez expedida, el Registrador de origen lo hará constar en el documento en cuya virtud se solicitó y por diligencia a continuación del último asiento practicado, que implicará el cierre del Registro*» y, finalmente, que «*el cierre del Registro como consecuencia de la expedición de la certificación tendrá una vigencia de seis meses, transcurridos los cuales sin que se hubiese recibido el oficio del Registrador de destino acreditativo de haberse practicado la inscripción en dicho Registro, el Registrador de origen por medio de nueva diligencia procederá de oficio a la reapertura del Registro*».

Por tanto, dado que fue expedida la certificación con fines de traslado del domicilio social, tuvieron lugar todos los efectos legales que el Reglamento del Registro Mercantil contempla: el

cierre provisional por plazo de seis meses del Registro de origen para trasladar todas las inscripciones relativas a la sociedad al Registro de destino. Al haberse presentado nuevamente las cuentas en fecha posterior a dicho cierre registral, no puede efectuarse su depósito, debiendo ser presentadas en el Registro de destino.

Así, la DGRN desestima el recurso y confirma la nota de calificación del registrador.

Reducción de capital de una S.L.

Resolución de 10 de mayo de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 29 de mayo de 2017)

Se suspende la inscripción de una escritura por la que se reduce capital de una sociedad de responsabilidad limitada para devolver al socio el valor de aportaciones con amortización de determinadas participaciones sociales. El registrador considera que ha de declararse expresamente si la sociedad y el socio vendedor responderán solidariamente durante cinco años de las deudas previas o si se ha optado por dotar una reserva indisponible de conformidad con los artículos 331 y 332 de la Ley de Sociedades de Capital.

La DGRN afirma que en los casos de reducción de capital que suponga restitución de aportaciones a los socios, la Ley de Sociedades de Capital no exige ninguna manifestación por parte del administrador sobre la eventual responsabilidad de los socios que hubieren percibido alguna cantidad en concepto de restitución de aportaciones sociales en el caso de que se dote una reserva indisponible con cargo a beneficios o a reservas libres de conformidad con el artículo 332 de la Ley de Sociedades de Capital. Del mismo modo, es improcedente una calificación registral en la que, constanding la identidad de los socios preceptores, se condicione la inscripción de dicha modificación estatutaria a la constitución de una reserva especial.

Por tanto, a menos que de la escritura de reducción de capital resultaran dudas sobre cuál es el mecanismo utilizado para garantizar la tutela de los acreedores sociales, si se ha identificado a los socios beneficiados por la devolución del valor de las aportaciones sin indicar que se ha dotado la reserva especial, debe presuponerse que rige el sistema legal supletorio del artículo 331 de la Ley de Sociedades de Capital y deberá practicarse la inscripción.

La DGRN desestima el recurso al entender que es injustificado exigir una declaración que busca determinar si se ha constituido o no la reserva indisponible que excluiría la responsabilidad *ex lege* del socio beneficiado por la restitución.

Reducción de capital social de una SA

Resolución de 11 de mayo de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 29 de mayo de 2017)

Se deniega la inscripción de una reducción de capital mediante amortización de acciones propias totalmente desembolsadas por no presentar la escritura pública de permuta en virtud de la cual fueron adquiridas.

La DGRN concluye que el negocio jurídico de permuta por el que la sociedad adquiere sus propias acciones se cataloga como una adquisición derivativa de acciones regulada en los artículos 144 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital. En el Registro Mercantil, la única operación inscribible es el acuerdo de Junta en que se decide sobre la reducción de capital subsiguiente a la permuta y la amortización de las acciones propias, siendo irrelevante que la adquisición de dichas acciones por permuta sea lícita (supuestos de libre adquisición y de adquisición derivativa condicionada) o que se haya realizado con infracción de lo dispuesto respecto de la adquisición derivativa en los supuestos de libre adquisición (artículos 144 y 145 de la Ley de Sociedades de Capital), o en violación de lo dispuesto para las adquisiciones derivativas condicionadas (artículos 146 y 147 de la Ley de Sociedades de Capital).

La DGRN estima el recurso y revoca la calificación impugnada al entender que, aunque se tratase de una adquisición con infracción legal, procedería la amortización de las acciones como alternativa a su enajenación y como mecanismo para «regularizar» la situación en todo caso (sin que, no obstante, sea impedimento a que la irregularidad constituya un ilícito administrativo según lo dispuesto por el artículo 157 de la Ley de Sociedades de Capital).

Elevación a público de acuerdos sociales

Resolución de 22 de mayo de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 9 de junio de 2017)

Se deniega la inscripción de determinados acuerdos adoptados por la junta universal de una sociedad de responsabilidad limitada que fue convocada el 13 de diciembre de 2016 por correo electrónico (dándose los socios por convocados) y posteriormente desconvocada el 22 de diciembre de 2016 mediante burofax. Aun así, los socios mayoritarios se constituyeron por sí solos en Junta General y adoptaron los acuerdos cuya inscripción se solicita. Hay que tener también en cuenta que los estatutos sociales de la sociedad establecen que la convocatoria de Junta ha de efectuarse por acta notarial de remisión de documento por correo.

El registrador deniega la inscripción por, entre otros, los siguientes motivos: (i) en primer lugar, considera que, aun cuando la convocatoria y la desconocatoria de la Junta General no se han realizado en la forma dispuesta en los estatutos sociales (mediante acta notarial de remisión de documento por correo), sino por correo electrónico y burofax, respectivamente, deben admitirse ambas comunicaciones por haber sido confirmadas por los socios destinatarios, por lo que no puede celebrarse una Junta que estaba desconvocada; y (ii) en segundo lugar, la Junta se celebra en segunda convocatoria, lo cual no es admisible tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada.

En relación con el primero de los defectos, la DGRN afirma que la previsión estatutaria sobre la forma de convocatoria de la Junta General debe ser estrictamente cumplida, sin que quepa la posibilidad de utilizar de forma válida otro sistema. Sin embargo, en el presente caso la DGRN concluye que, al reconocer el socio haber recibido la comunicación de la Junta por correo electrónico, se han cumplido las garantías de información que se pretenden asegurar sobre la convocatoria y extiende esta misma conclusión a la desconocatoria. En consecuencia, admitida la desconocatoria, son nulos los acuerdos adoptados en Junta General que se celebre a pesar de mediar desconocatoria por parte del órgano competente para llevar a cabo la convocatoria.

En lo relativo al segundo defecto, la DGRN afirma que no cabe la celebración de Junta en segunda convocatoria tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada por dos razones: (i) la previsión legal para la adopción de acuerdos, que se basa en la exigencia de un determinado porcentaje de votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social, implica un *quorum* que exigiría una previsión específica para el caso de que fuese posible una segunda celebración; y (ii) aceptar una segunda reunión no prevista legalmente implica atribuir al órgano de administración unas facultades discrecionales sin distinción de *quorum* requerido y sin limitación en las fechas, lo cual es una amenaza para los derechos del socio.

La DGRN desestima el recurso y confirma la calificación impugnada.

Fusión de sociedades. Derechos de información de los trabajadores y de los acreedores

Resolución de 20 de junio de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 21 de julio de 2017)

Se deniega la elevación a público de los acuerdos sociales de fusión de la sociedad absorbente y de la sociedad absorbida por dos razones: (i) de la escritura calificada no resulta la manifestación relativa a que no han sido restringidos los derechos de información que corresponden a los representantes de los trabajadores —o, en su defecto, a los trabajadores— sobre la fusión pretendida, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo; y (ii) no se ha expresado el procedimiento por el que se ha llevado a cabo la notificación del acuerdo de fusión a los acreedores de las sociedades afectadas.

En lo que respecta al primer defecto, en la certificación del acuerdo de la Junta General de la sociedad absorbente el administrador manifiesta que han sido puestos a disposición de los socios y representantes de los trabajadores, en el domicilio social, los documentos exigidos por la Ley de Modificaciones Estructurales y que han podido examinarlos o pedir su entrega gratuita. Además, la misma certificación dispone que dicha modificación estructural no tendrá incidencia alguna sobre el empleo. Sin embargo, esta información no es objeto de certificación o manifestación por el otorgante de la escritura respecto de la sociedad absorbida, y por ello, en tal extremo la DGRN confirma parcialmente el defecto expresado por el registrador.

En relación con el segundo defecto, la DGRN repasa las distintas modificaciones legislativas que han sufrido los derechos de información y oposición de los acreedores hasta la fecha de hoy. Concluye la DGRN que la práctica de la publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual no es irrelevante a efectos de los acreedores, sino que, al contrario, en cuanto manifestación de su derecho de información, la falta de cumplimentación o su cumplimentación defectuosa puede dar lugar a la impugnación del proceso de fusión. Su trascendencia es confirmada por el artículo 43.1 de la Ley de Modificaciones Estructurales, que incluye como requisito que el anuncio o la comunicación comprenda «*el derecho de oposición que corresponde a los acreedores*». La DGRN considera que resulta de la escritura calificada que el acuerdo de fusión ha sido notificado individualmente a los acreedores y que, concretamente, en dicho título el otorgante certifica que se ha realizado la comunicación a los acreedores prevista en los artículos 43 y 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales. Por ello, la DGRN decide revocar el segundo defecto.

Depósito de cuentas anuales. Opinión denegada en el informe de auditor

Resolución de 21 de junio de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 21 de julio de 2017)

En este supuesto, se plantea la cuestión de si puede procederse al depósito de cuentas de una sociedad cuando el preceptivo informe de auditor que las acompaña contiene una opinión denegada.

La DGRN afirma que, para determinar si procede el depósito de cuentas de una sociedad obligada a auditarse, es preciso analizar si con el informe aportado se cumple o no con la finalidad prevista por la legislación de sociedades y si con él se respetan debidamente los derechos del socio cuando se ha instado su realización.

Asimismo, considera la DGRN que no puede atribuirse al informe de auditoría el valor de una resolución judicial firme sobre el hecho de que las cuentas auditadas no muestran la imagen fiel del patrimonio de la sociedad, sino el de una opinión cualificada sobre algo que en esencia es cuestionable. Por consiguiente, no toda opinión denegada tiene por qué implicar el rechazo del depósito de cuentas. Esto implica la necesidad de determinar en qué supuestos un informe de auditor con opinión denegada por existencia de salvedades es hábil a los efectos del depósito de cuentas.

Al respecto, afirma la DGRN que el informe no puede servir de soporte al depósito de cuentas cuando de él no pueda deducirse racionalmente ninguna información clara, al limitarse a expresar la ausencia de opinión sobre los extremos auditados. Al contrario, cuando del informe de auditoría pueda deducirse una información clara sobre el estado patrimonial de la sociedad, este no debe ser objeto de rechazo aun cuando el auditor no emita opinión.

La DGRN acuerda estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador, ya que del informe del auditor que acompaña a las cuentas anuales para su depósito resulta efectivamente que aquel se abstiene de emitir opinión, pero de su contenido no resulta que las limitaciones puedan llegar a cerrar el registro. La denegación de la nota del auditor se fundamentaba en varias razones que incluían una sobrevaloración de una obra ejecutada pendiente de certificar y un defecto en la periodificación de los gastos de aprovisionamiento que provocaban una sobrevaloración del resultado antes de impuestos, la no contabilización en las cuentas de una reclamación de la Tesorería General de la Seguridad Social y la falta de puesta a disposición de los auditores de los libros de actas de las reuniones de los órganos societarios de la sociedad auditada, entre otras cuestiones.

Elevación a público de acuerdos sociales

Resolución de 3 de julio de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 1 de agosto de 2017)

En primer lugar, se plantea en este supuesto si estaba o no caducado, por el transcurso del plazo, el nombramiento de los miembros del Consejo de Administración de una sociedad anónima y, en el caso de que no lo estuviera, si dicho consejo se había convertido automáticamente en comisión liquidadora como consecuencia de la disolución judicial de la sociedad. En segundo lugar, se discute si la Junta convocada por la comisión liquidadora se constituyó válida-

mente en segunda convocatoria con la concurrencia del 50 % del capital social y si acordó válidamente el traslado del domicilio social y la modificación del artículo de los estatutos sociales con el voto de la única accionista que concurrió a la Junta.

En relación con el primer defecto, considera la DGRN que, como el nombramiento de los miembros del Consejo de Administración había sido por cinco años, conforme a lo establecido en los estatutos sociales, y ese nombramiento tuvo lugar el día 10 de octubre de 2001, dicho plazo de cinco años se cumplió el día 10 de octubre de 2006, habiéndose producido por ministerio de la ley la caducidad del nombramiento el 30 de junio del siguiente año, que es cuando finalizó el plazo legalmente establecido para la celebración de la Junta General ordinaria. Todo ello, con total y absoluta independencia de que antes de esa fecha se hubiera producido la suspensión del nombramiento del nuevo Consejo de Administración. La norma estatutaria según la cual, acordada la disolución, el Consejo de Administración queda automáticamente nombrado comisión liquidadora, presupone que los administradores tienen su nombramiento vigente. Así se deduce también de la norma legal según la cual, salvo disposición contraria de los estatutos o, en su defecto, salvo nombramiento de los liquidadores en la misma Junta General que acuerde la disolución, «*quienes fueren administradores al tiempo de la disolución de la sociedad quedarán convertidos en liquidadores*» (artículo 376.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Para que la mencionada conversión se produzca, se requiere ser administrador a esa concreta fecha y, en el sistema legal español, ya no es administrador quien tenga el nombramiento caducado. Un Consejo de Administración caducado no se convierte en comisión liquidadora. Así, en el caso sobre el que versa el recurso, entiende la DGRN que la comisión liquidadora no existía y, por consiguiente, era contraria a la Ley la convocatoria de la Junta General de accionistas emitida por dicha comisión para acordar el traslado del domicilio social.

En relación con el segundo defecto, entiende igualmente la DGRN que el hecho de que la Junta se hubiera constituido con el *quorum* necesario y adoptara el acuerdo con la mayoría necesaria no significa que esa Junta se hubiera constituido válidamente y que los acuerdos en ella adoptados sean igualmente válidos, al no existir la comisión liquidadora convocante.

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

Junta general y cese de administradores

Resolución de 19 de julio de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 17 de agosto de 2017)

Se discute en este caso la procedencia de la denegación de inscripción de un acuerdo de cese de consejeros adoptado en una «prórroga» de la Junta General de una sociedad anónima celebrada en emplazamiento distinto al de la sesión originaria y con la asistencia de los socios mayoritarios representantes del 65 % del capital social, con posterioridad el cierre del acta notarial de la Junta General y en un supuesto en que los estatutos sociales inscritos exigen, para acordar el cese de consejeros, un *quorum* reforzado del 68 %.

La DGRN confirma la calificación negativa del registrador, ya que considera que no se ha acreditado la prórroga de la Junta General por no constar en el acta notarial la suspensión de la sesión para su continuación en sesión posterior y el nombramiento de secretario para la redacción del acta correspondiente. Además, entiende la DGRN innecesario pronunciarse sobre la conformidad a Derecho de la exigencia estatutaria de un *quorum* reforzado para el cese de administradores en una sociedad anónima, puesto que, al estar inscritos los estatutos que la contienen, está amparada por la presunción de validez del contenido del Registro Mercantil y produce efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad.

Disolución y extinción de una SL

Resolución de 30 de agosto de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 21 de septiembre de 2017)

Se suspende la inscripción de la escritura de disolución y liquidación de una sociedad de responsabilidad limitada debido a que, según resulta del Registro, la sociedad ha quedado extinguida y todos sus asientos cancelados en virtud de auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil. Dicha decisión judicial declaró la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa de la

sociedad, acordó su extinción y dispuso la cancelación de su inscripción en los registros públicos y el cierre de las hojas registrales a los efectos concursales. El recurrente alega que, si bien la sociedad está extinguida por resolución judicial en procedimiento concursal, no por ello carece de personalidad jurídica residual y puede y debe realizar determinados actos respecto de operaciones de liquidación y de sus relaciones con socios y terceros.

La DGRN acuerda estimar el recurso al entender que, en este supuesto, el concurso se ha declarado y concluido sin pasar por el trámite intermedio de la apertura de la liquidación, por lo que, al haber relaciones jurídicas pendientes, la liquidación societaria complementaria, fuera del concurso, no debe quedar al margen del Registro Mercantil. A estos efectos, el cierre de la hoja registral, por su propia configuración, debe admitir posibles asientos posteriores como los solicitados por el recurrente. En efecto, el nombramiento de liquidador es una vicisitud posterior a la cancelación que interesa a terceros y, sin duda, las operaciones de liquidación reflejadas en la escritura calificada constituyen otras vicisitudes de la sociedad que interesan también al liquidador, en cuanto comportan un efectivo cumplimiento de su cometido, de suerte que está justificado su reflejo registral *post mortem*. Por lo demás, tal constancia registral tiene claro apoyo en la aplicación analógica de lo establecido en el artículo 248, apartados 1 y 2, del Reglamento del Registro Mercantil, respecto de la inscripción, no obstante la cancelación efectuada, del valor de la cuota adicional de liquidación que hubiera correspondido a cada uno de los antiguos socios en caso de activo sobrevenido.

PROCESAL CIVIL *

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Resolución alternativa de litigios en materia de consumo

Ley 7/2017, de 2 de noviembre, 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 (BOE de 2 de noviembre de 2017)

A través de la Ley 7/2017 se incorpora al Derecho español la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, que garantiza la existencia de entidades de resolución alternativa establecidas en España que cumplan con los requisitos, garantías y obligaciones exigidas ella.

De esta forma, los consumidores que residan en España o en cualquier Estado miembro de la Unión Europea podrán resolver sus litigios de consumo con empresarios establecidos en España acudiendo a entidades de resolución alternativa de calidad, previamente acreditadas por la autoridad competente e incluidas en un listado nacional de entidades acreditadas, el cual será trasladado a la Comisión Europea para que sea incluido en el listado único de entidades notificadas por los diferentes Estados miembros de la Unión Europea.

La Ley se estructura en un título preliminar y tres títulos: un título I, relativo a la acreditación de las entidades de resolución alternativa para su posterior inclusión en el listado nacional de enti-

* Esta sección ha sido coordinada por Eduardo Trigo Sierra y Antonio José Moya Fernández, y en su elaboración han participado Guillermo García Berdejo, Sonia Borges Fernández, Miguel Ángel Cepero Aránguez, José Adrián Jareño Torrente, Javier Sánchez-Lozano Velasco, Jorge Azagra Malo, Efrén Pérez Borges, Alba Solano Avelino, Nuria Rodríguez, Jorge Viñuelas González, Mandy Goyos Ball, Linda Guerra Henríquez, Mariana de la Rosa Riera, Álvaro Rifá Brun, Xuan Wu Zhuo, Laura Salas Gómez, Jorge Ruiz Jiménez, David García Martín, Miguel Moratinos López y Luís Bertolo Rosa, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona y Lisboa).

dades acreditadas; un título II, donde se recogen las obligaciones que asumen estas entidades acreditadas; y un título III, donde se recoge, entre otras cuestiones, la obligación de información que afecta a todos los empresarios (estén o no adheridos a las entidades de resolución).

Respecto de su ámbito de aplicación, de acuerdo con su artículo 3, la 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 prestación 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, a los que se refiere el artículo 37.4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, 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 u oficinas y servicios de información y de atención al cliente.
- (iv) Los litigios entre empresarios.
- (v) Los intentos o actuaciones realizadas en el marco de un procedimiento judicial con el fin de intentar solucionar el litigio objeto de este.
- (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:

- (i) procedimientos con resultado vinculante y
- (ii) 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 para obtener la reparación de sus derechos.
- (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:

- 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.
- Las entidades de resolución alternativa sólo pueden gestionar procedimientos cuya aceptación sea voluntaria para las partes, excepto que una norma establezca para estas su aceptación obligatoria.
- Los procedimientos de resolución alternativa se caracterizan por su independencia, imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad.
- 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.
- No resulta obligatorio para las partes actuar en el procedimiento asistidas por abogado o asesor jurídico.
- Los procedimientos deben ser gratuitos para los consumidores.
- 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 la fecha en que conste en soporte duradero que se ha recibido la documentación completa y necesaria para tramitar el procedimiento.
- 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, este empresario estará 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.

Finalmente, debe señalarse que la Ley modifica:

- El apartado 1 del artículo 63 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

- Los apartados 3 y 4 del artículo 21 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- El Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.
- La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Sucesión de las personas con vecindad civil catalana que mueren sin herederos testamentarios o legales

Decreto 145/2017, de 26 de septiembre, de las actuaciones administrativas y de gestión del régimen de autonomía económica de la sucesión intestada a favor de la Generalitat de Catalunya (BOGC de 29 de septiembre de 2017)

El 29 de septiembre de 2017 se publicó en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* el Decreto 145/2017, por el que se desarrolló reglamentariamente el régimen previsto en diversas leyes autonómicas —particularmente, en el Libro Cuarto del Código Civil catalán— en materia de sucesión de las personas con vecindad civil catalana que mueren sin herederos testamentarios o legales. En estos casos, las leyes autonómicas instituyen *ex lege* como heredera legal a la Generalitat, como institución representativa de la comunidad social en la que falleció el causante y como organismo competente para destinar el caudal relicto a finalidades de vivienda social o para su reparto entre entidades e instituciones de carácter asistencial y cultural.

El Decreto reviste suma importancia normativa no solo por el incremento estadístico de los fallecimientos en los que el causante carece de herederos testamentarios o legales, sino porque viene a colmar una ausencia de regulación sobre esta materia, arrastrada desde la aprobación del Libro Cuarto del Código Civil catalán. Además, incorpora novedades relevantes, como las que supuso la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, que modificó la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas en el sentido de que la declaración de herederos *ab intestato* se efectúa mediante un acto administrativo y no por resolución judicial.

En esencia, el Decreto pivota en tres grandes bloques normativos:

(i) Para empezar, se *instaura un procedimiento administrativo reglado* para los casos en los que una persona con vecindad civil catalana fallece sin herederos testamentarios o legales. Así, se regula de forma prolija que la Dirección General de Patrimonio de la Generalitat, previa finalización de los actos preliminares que han de conducir a constatar que alguien ha fallecido sin herederos de ningún tipo, se abrirá un procedimiento administrativo con etapas tasadas. En particular, se prevé que se adopte una resolución por la que la Generalitat se instituya heredera del caudal relicto del causante, que la Administración autonómica proceda a inventariar los bienes del causante y que, en última instancia, se pueda aceptar en el plazo de un año tal herencia, siempre a beneficio de inventario.

(ii) En segundo lugar, se *regulan los órganos que administrarán el caudal relicto* durante el procedimiento administrativo, entre los que destaca la Junta de Herencias, que es un órgano colegiado y mixto, representativo de la propia Administración catalana, de los entes locales. Dicho órgano tendrá por objeto no solo el seguimiento del procedimiento administrativo que debe concluir con la aceptación de la herencia y la tutela de los bienes susceptibles de ser incorporados al patrimonio de la Generalitat, sino también la adopción de decisiones tales como la liquidación de esos bienes o la asignación directa de los bienes a alguna finalidad concreta (por ejemplo, vivienda).

(iii) Finalmente, se *establecen criterios para la asignación de los recursos* incorporados al patrimonio de la Generalitat a las distintas finalidades sociales previstas en el propio Decreto. En particular, si bien la administración catalana dispone de discrecionalidad para decidir sobre el destino de los diferentes bienes y derechos integrantes del caudal relicto, el propio Decreto establece que tendrán preferencia en la asignación aquellas finalidades u organismos que reviertan en el municipio del causante o, subsidiariamente, en los de la comarca en la que falleció; y solo en ausencia de los dos anteriores, en instituciones de naturaleza cultural.

Además de todo ello, se prevé que los beneficiarios de todos o alguno de los bienes integrantes del caudal relicto deban rendir cuentas periódicamente a la Junta de Herencias del uso que se ha dado a los bienes asignados, llevando de este modo la Administración un control y seguimiento de correcta distribución de los bienes heredados entre los distintos órganos.

Jurisdicción voluntaria *Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE de 29 de junio de 2017)*

Con el fin de aclarar que la intención de la reforma introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria es favorecer la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad, evitando así cualquier sombra de duda sobre su capacidad para contraer matrimonio, a través de la Ley 4/2017, de 28 de junio se modifica la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, que a su vez modifica el artículo 56 del Código Civil. Del mismo modo, se modifica la disposición final cuarta para adaptar la reforma del artículo 58 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil.

Contratos de crédito inmobiliario *Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOCG de 17 de noviembre de 2017)*

El proyecto de ley tiene una doble finalidad: (i) incorporar parcialmente al derecho español 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, que establece un régimen específico de protección de los consumidores en materia de crédito inmobiliario; e (ii) introducir una serie de previsiones que potencien la seguridad jurídica, la transparencia y el equilibrio entre las partes en los contratos de préstamo o crédito con garantía inmobiliaria.

El proyecto de ley pivota en torno a tres grandes ejes.

— En primer lugar, establece normas de transparencia que se imponen a los operadores del mercado hipotecario, completando y mejorando el marco vigente.

En particular, como norma de principio, se establece que, en la actividad de concesión, intermediación o prestación de servicios de asesoramiento sobre el préstamo, los profesionales se obligan a actuar de forma honesta, imparcial, transparente y profesional, respetando los derechos e intereses de los prestatarios.

Para lograr esta actuación profesionalmente honesta, se obliga a los operadores del mercado crediticio a contar con información objetiva del prestatario y sobre sus preferencias, objetivos y grado de solvencia. Además, se obliga a suministrar información completa y veraz sobre el préstamo de que se trate, indicándose con antelación suficiente (7 días) las variables necesarias para la comprensión de la operación, tales como la identidad del prestamista, el importe nominal del préstamo, la duración del contrato, el calendario de amortización y los tipos de interés aplicables. A tal efecto, se habilita la creación de una *Ficha Europea de Información Normalizada* y de una *Ficha de Advertencias Estandarizadas* que debe permitir al usuario de los servicios financieros comprender y comparar fácilmente la información suministrada sobre el préstamo. Asimismo, deberán entregarse al prestatario 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 una copia del proyecto del contrato, que debe incluir un desglose de los gastos e impuestos devengados.

De acuerdo con el Proyecto de Ley, 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. Es más, el notario no autorizará la escritura si no se ha otorgado el acta, y los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles no la inscribirán si no consta la reseña del acta.

Asimismo, el Proyecto de Ley regula el contenido de la cláusula de vencimiento anticipado, el cual solo se produciría cuando concurren conjuntamente las siguientes circunstancias (no se admite pacto en contrario):

- (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 dos por ciento del capital concedido si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de nueve plazos mensuales. Si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo, las cuotas vencidas y no satisfechas deben equivaler al cuatro por ciento del capital concedido. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales;
- (iii) el requerimiento de pago al deudor en el que se le concede un plazo de al menos 15 días para el cumplimiento, advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.

El Proyecto de Ley establece, además, que el interés de demora será el triple del interés legal del dinero, sin que quepa pacto en contrario.

- En segundo lugar, se regula el régimen jurídico de los intermediarios de crédito inmobiliario y se establece un régimen sancionador para los incumplimientos de las obligaciones previstas en el proyecto de ley. Así, en el marco de la potestad inspectora y sancionadora del Banco de España, se establece que ese supervisor estará facultado para exigir el cumplimiento de los requisitos de transparencia informativa previstos en el proyecto de ley, pudiéndose incluso llegar a acordar la suspensión de la actividad crediticia del operador infractor.
- Y, finalmente, se introducen disposiciones que regulan aspectos que van más allá de la propia Directiva que se transpone, con el objetivo de reforzar la protección de las personas físicas y el proceso de contratación y ejecución de este tipo en operaciones de crédito inmobiliario. En ese sentido, se articulan disposiciones legales que regulan la forma que deben revestir los contratos de préstamo o crédito garantizados mediante hipoteca inmobiliaria (que deberán tener siempre una forma escrita, normalizada y acreditativa del cumplimiento de las obligaciones de transparencia con antelación suficiente para poder tener por debidamente informado al prestatario, garante o fiador) o la creación de registros nacionales de operadores del mercado hipotecario, a los efectos de reforzar las actividades de control (y en su caso sancionadoras) llevadas a cabo por los poderes públicos.

[Portugal]

Código da Insolvência e Recuperação de Empresas – Alteração

Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho (DR 125, Série I, de 30 de junho de 2017)

O Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho, introduziu alterações muito relevantes no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

Destacam-se, em primeiro lugar, as alterações referentes ao Processo Especial de Revitalização cujo âmbito de aplicação ficou expressamente circunscrito às empresas. As pessoas singulares passaram a ter ao seu dispor um novo Processo Especial para Acordo de Pagamento (regulado nos artigos 222.º-A a 222.º-I do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

Os requisitos para dar início a um Processo Especial de Revitalização tornaram-se substancialmente mais exigentes. Doravante, é necessário uma declaração assinada por credores que representem pelo menos 10% dos créditos não-subordinados no sentido de que pretendem encetar negociações com vista à revitalização da empresa. Além disso, o requerimento inicial do Processo Especial de Revitalização tem, agora, de ser acompanhado por dois documentos: (i) uma declaração, subscrita por Revisor Oficial de Contas ou Técnico Oficial de Contas, a atestar que a empresa não se encontra em situação de insolvência atual e (ii) uma proposta de plano de recuperação (ainda que sujeita a posteriores alterações por força das negociações com os credores).

A fase de aprovação do plano de recuperação também sofreu alterações muito significativas. A empresa tem até ao último dia do prazo das negociações para depositar no tribunal a versão preliminar do plano de recuperação. A partir desse momento, os credores dispõem de cinco dias para alegar o que tiverem por conveniente (nomeadamente, fundamentos para a não homologação do plano). Findo esse prazo, a empresa pode introduzir alterações no plano. A versão final do plano está sujeita a publicação no portal Citius. Após a publicação, os credores dispõem de 10 dias para votar por escrito.

A nova lei clarifica que o devedor não pode recorrer ao Processo Especial de Revitalização durante dois anos caso o plano de recuperação não seja homologado pelo juiz.

Relativamente à fase de cumprimento do plano, remete-se agora expressamente para as regras aplicáveis ao plano de insolvência, o que significa que as moratórias e os perdões de dívida previstos no plano de recuperação ficam sem efeito se o devedor incumprir os pagamentos nele previstos e não pagar os valores em dívida e respetivos juros de mora no prazo de 15 dias após ter sido interpelado para o efeito.

Posto isto, relativamente ao processo de insolvência, existem três alterações que merecem destaque.

A primeira prende-se com a influência do devedor e/ou dos credores na escolha do administrador de insolvência. Doravante, o tribunal pode ter em conta as sugestões do devedor e/ou dos credores nos casos em que a insolvência diga respeito a uma empresa em atividade e nos casos em que o processo envolva grande complexidade.

A segunda inovação consiste na publicação online da lista dos bens que compõem a massa insolvente, tornando esta informação acessível a todos interessados.

Finalmente, a terceira inovação reporta-se à venda dos bens em insolvência, a qual passa a ser realizada através de leilão eletrónico. Apenas em situações devidamente justificadas poderá o administrador da insolvência proceder à venda de bens do insolvente por outro meio (proposta por carta fechada, negociação particular, etc.).

Estas alterações entraram em vigor no dia 1 de julho de 2017 e aplicam-se de imediato, inclusive a processos pendentes, salvo exceções pontuais e legalmente previstas.

2 · JURISPRUDENCIA

[Espanña]

**Societario.
Determinación del
dies a quo de la acción
social de
responsabilidad e
irretroactividad de las
normas que regulan
el régimen de
responsabilidad de los
administradores**

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 2018

El supuesto en cuestión trae causa de una acción de responsabilidad social formulada por una sociedad mercantil contra sus anteriores administradores, quienes habrían realizado una operación inmobiliaria compleja para la transmisión de varias fincas en beneficio propio, ocasionando un correlativo perjuicio patrimonial para la sociedad.

Tras estimarse parcialmente la demanda en segunda instancia, todos los afectados interpusieron sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación ante el Tribunal Supremo, que estimó los recursos de casación formulados por dos de los exadministradores demandados, estableciendo a este respecto dos cuestiones de interés sobre la aplicación del régimen de responsabilidad social.

La primera de ellas es la relativa al plazo de prescripción y a su cómputo. En este sentido, uno de los recurrentes había impugnado la errónea determinación del *dies a quo* por parte de la Audiencia Provincial, que había considerado, con base en el artículo 1969 del Código Civil, que la acción solo se había podido ejercitar cuando los demandados perdieron la titularidad de la mayoría del capital social en favor de un nuevo socio de referencia que había impulsado el ejercicio de la acción.

Consideran la parte recurrente y el Tribunal que esta interpretación es incorrecta porque podría convertir la acción en imprescriptible en aquellos casos en que los administradores afectados fuesen socios mayoritarios de la sociedad y no aceptasen vender su participación a un tercero. Además, la regla especial que debe aplicarse a tales casos es el artículo 949 del Código de Comercio, que establece como *dies a quo* el momento del cese en el ejercicio de la administración, sin que tampoco sea necesario que hayan cesado en el cargo todos los administradores demandados, pues nada impide ejercitar una acción de responsabilidad contra un administrador cesado pese a que se mantengan en sus cargos los restantes administradores contra los que se vaya a ejercitar la acción. De lo contrario, la acción de responsabilidad contra el administrador cesado podría pervivir indefinidamente mientras no cesaran el resto de administradores susceptibles de ser demandados.

La segunda cuestión interesante que plantea la sentencia es la relativa al régimen transitorio aplicable en materia de responsabilidad de administradores. Los concretos hechos enjuiciados en el supuesto analizado tuvieron lugar en el año 1988, por lo que se habría aplicado retroactivamente el régimen de responsabilidad del administrador social introducido en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y establecido en el actual Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

La Sala considera que no procede aplicar con efecto retroactivo una regulación novedosa que supone la limitación de derechos individuales —cuando la propia norma no establece un régimen transitorio específico al respecto—, vulnerando de esta manera los artículos 2.3 del Código Civil y 9.3 de la Constitución Española. En este sentido, aunque el Alto Tribunal reconoce que las normas interpretativas o aclaratorias constituyen una excepción a la regla *tempus regit actum*, considera que la nueva regulación de la responsabilidad de los administradores no puede considerarse incluida dentro de dicha excepción, pues supone una modificación sustancial del régimen anterior con el fin de adaptar el Derecho interno a las Directivas comunitarias vigentes en la materia. Así las cosas, teniendo en cuenta que todas las actuaciones a las que se refiere la demanda tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del nuevo régimen de responsabilidad, nuestro Alto Tribunal declara que no cabe su aplicación al caso. Y ello con independencia de que los efectos de aquellas conductas perduren tras su entrada en vigor.

Societario. Escisión de empresa utilizada en fraude de acreedores. Existe un abuso de la personalidad jurídica diferenciada que da lugar al levantamiento del velo societario

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de diciembre de 2017

La sentencia analiza la procedencia de condenar a una sociedad beneficiaria de una escisión parcial al cumplimiento de obligaciones contraídas por la sociedad originaria, actualmente en liquidación y vacía de contenido patrimonial.

Expuestos los antecedentes de la controversia, el Alto Tribunal comienza su razonamiento acogiendo parcialmente la argumentación de la parte recurrente. Y lo hace criticando que la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida descansase en una subrogación en el derecho de crédito o en una novación subjetiva de la obligación con motivo de la escisión de parte de la sociedad deudora, ya que en el procedimiento no quedó acreditada la existencia de ninguno de estos supuestos.

No obstante, la sentencia concluye que lo anterior carece de efectos prácticos, ya que concurren los requisitos jurisprudenciales para considerar que se produjo un abuso de la personalidad societaria en fraude de acreedores, resultando por tanto procedente acordar el levantamiento del velo societario y condenar a la empresa resultante de la escisión al pago de la deuda contraída por la sociedad original, a pesar de no haber sido la primera parte del contrato.

El razonamiento del Tribunal Supremo centra su atención en la actuación del administrador y socio mayoritario de la sociedad originaria, que fue quien formalizó el contrato de obras cuyo cumplimiento era objeto de litigio y quien se comprometió al pago. Asimismo, tras abandonar su cargo de liquidador en la sociedad originaria, constituyó la sociedad escindida para continuar con la actividad de explotación de aquella, lo que quedó acreditado con (i) la transmisión de una licencia administrativa a la sociedad escindida para desarrollar la actividad de la sociedad originaria y (ii) los pagos efectuados por la sociedad escindida a antiguos proveedores de la sociedad originaria para continuar con la explotación económica de un local.

Consumo y acciones colectivas. La subrogación de un consumidor en un préstamo concertado entre una entidad de crédito y una sociedad mercantil no libera a la entidad crediticia de los deberes de información que le son predicables

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2018

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por un consumidor en el seno de un procedimiento en el que ejercitaba la acción de nulidad de una cláusula suelo. La particularidad del caso radica en el hecho de que el consumidor, en lugar de contratar el préstamo directamente con la entidad crediticia, se subrogó en un préstamo concedido a una sociedad mercantil.

La sentencia mantiene que la asunción por el consumidor de la posición de prestatario sustituyendo a la sociedad mercantil no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar información suficiente que le permita comprender el significado y trascendencia de las cláusulas.

El Alto Tribunal justifica la nulidad de la cláusula suelo sobre la base de los siguientes argumentos:

- (i) De acuerdo con el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de abril de 2017, una persona física que asume contractualmente la posición de una sociedad mercantil en un préstamo puede considerarse consumidor.
- (ii) Sobre la base de lo anterior, el Tribunal procede a someter la cláusula suelo a los controles propios de las condiciones generales de la contratación desarrollados por la doctrina jurisprudencial, concluyendo que esta no supera el doble control de transparencia.
- (iii) Finalmente, tras constatarse la falta de transparencia —formal y material— de la cláusula, el Tribunal la califica como abusiva, por causar un grave desequilibrio en las prestaciones del contrato en perjuicio del consumidor.

Consumo y acciones colectivas. La mera referenciación de un contrato a un tipo oficial como el Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH) no implica falta de transparencia o abusividad

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de diciembre de 2017

Mediante esta resolución, el Tribunal Supremo confirma la validez y transparencia de la cláusula IRPH. La Sala Primera, constituida en Pleno, estima el recurso de casación formulado por una entidad financiera contra la sentencia de apelación, que confirmó la de primera instancia, por la que se declaró la nulidad de la cláusula IRPH y la subsistencia del contrato de préstamo hipotecario con interés cero.

La Sala considera, en primer lugar, que la cláusula de interés variable puede considerarse, según el caso, como una condición general de la contratación y analiza los caracteres de los préstamos bancarios a tipo variable y del tipo de referencia IRPH. Tras esta parte introductoria, el Alto Tribunal concluye que la cláusula de interés variable referenciada al IRPH supera el control de transparencia. Ello, fundamentalmente, sobre la base de que (i) el índice IRPH es un índice oficial definido legalmente cuyo control no corresponde a los órganos judiciales civiles, sino a la Administración pública, y (ii) por el carácter esencial de la cláusula IRPH, «no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica».

Esta sentencia contiene, asimismo, el voto particular de dos magistrados del Tribunal Supremo que defienden que la cláusula IRPH no supera el control de transparencia. Pese a ello, consideran que el recurso de casación interpuesto por la entidad financiera debería estimarse parcialmente sustituyendo el IRPH por el euribor, en vez de dejar el contrato de financiación bancaria con interés cero, como se resolvió en primera y segunda instancia.

Civil General. Responsabilidad civil por daños ocasionados en un edificio como consecuencia de obras de demolición y cimentación de edificios colindantes. Corresponsabilidad del propietario del edificio ex artículo 1907 del Código Civil

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de diciembre de 2017

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación presentado por los miembros de la comunidad de propietarios de un inmueble situado en Madrid, que reclamaron a la constructora, a los arquitectos y a las entidades aseguradoras los daños ocasionados como consecuencia de la ruina y demolición de un edificio colindante.

Los propietarios presentaron demanda en ejercicio de acciones de responsabilidad civil extracontractual ex artículos 1902 y 1907 CC, en la que reclamaban el pago de una indemnización por importe total de 939.774,66 euros. Los daños en las viviendas de los actores, que no eran determinantes de su ruina, se ocasionaron a partir de las obras de demolición y posterior construcción que se habían efectuado en un edificio colindante.

En primera instancia se estimó íntegramente la demanda. Los codemandados apelaron y en segunda instancia se revocó en parte la sentencia de instancia y se moderó la responsabilidad de los demandados al entenderse que, en la causación de los daños producidos, había coexistido también culpa de los actores. En particular, el tribunal de apelación consideró que los daños eran culpa (i) en un 75 % de las propias deficiencias de cimentación y estructura existentes en el edificio siniestrado, y (ii) en un 25 % de las labores de demolición y cimentación de las fincas colindantes a las de los demandantes.

Los demandantes interpusieron recurso de casación en el que alegaban, entre otras cuestiones, (i) que no concurrían los requisitos para la aplicación de corresponsabilidad de los actores en la ruina y demolición del edificio, y (ii) que la determinación de las cuotas de responsabilidad era desproporcionada.

El Alto Tribunal, sin embargo, desestimó íntegramente el recurso de casación. Para ello, efectúa un análisis sobre (i) la adecuación o eficiencia de la causa física o material para generar el nexo del resultado dañoso imputado a los actores en la resolución de la Audiencia Provincial, y (ii) la proporción de la responsabilidad.

El Tribunal Supremo considera, a partir de la prueba practicada ante el tribunal *a quo*, que a la causa fundamental de la ruina del edificio —sus propias deficiencias— contribuyó indudablemente la obra de demolición de las fincas colindantes. De conformidad con el artículo 1907 CC, el propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él si tal ruina sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias. Por ello, se aprecia correcto el coeficiente de corresponsabilidad aplicado, sin que la moderación efectuada por la Audiencia Provincial resulte «*ilógica o arbitraria*» para poder ser objeto de revisión en casación.

Restitución de las cantidades cobradas por la aplicación de la cláusula suelo desde que se produjo la reclamación extrajudicial (por haberse podido ser en la demanda) y no desde que se aplicó la cláusula nula.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2017

La sentencia objeto de análisis trae causa de la demanda interpuesta por un matrimonio contra una entidad financiera derivada de un préstamo con garantía hipotecaria por un importe de 120.000 euros, posteriormente ampliado en 83.000 euros adicionales. La escritura pública del préstamo hipotecario incluyó una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés pactado de un 3,50 % anual, así como una cláusula que fijó el interés moratorio en el 18 % anual. Los prestatarios formularon una demanda contra la entidad financiera, en la que solicitaron la nulidad de las indicadas cláusulas, así como la restitución de las cantidades abonadas por la aplicación de la primera desde el 11 de marzo de 2011 (fecha de la reclamación extrajudicial). La sentencia de primera instancia estimó la demanda, si bien condenó a la entidad prestamista a devolver las cantidades cobradas como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo, con sus intereses, desde la fecha de cobro, y no desde la fecha fijada en la demanda. El recurso de apelación de la entidad demandada fue estimado solo en cuanto a la imposición de las costas en la primera instancia.

La entidad financiera interpuso un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación. El primero se fundó en la pretendida infracción de los artículos (i) 48.1 y 2 de la LEC, relativos a la apreciación de oficio de la falta de competencia objetiva; (ii) 225.1 de la LEC, relativo a la nulidad de los actos procesales; y 218 de la LEC, alegando una incongruencia *ultra petita*, y subsidiariamente *extra petita* de la sentencia *a quo* (ex artículo 469.1.1.º, 2.º de la LEC, respectivamente)

Por su parte, el recurso de casación se amparó en el artículo 477.2.3.º de la LEC, por la supuesta vulneración de la sentencia *a quo* de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre el efecto restitutorio de la declaración de nulidad de la cláusula suelo establecido en las sentencias del Alto Tribunal de 9 de mayo de 2013 y de 25 de mayo de 2015.

Por lo que al recurso por infracción procesal se refiere, la Sala concluye que el órgano jurisdiccional *a quo* era el competente para el conocimiento de la demanda, teniendo en cuenta el momento en el que los actores interpusieron la demanda: con posterioridad a la reforma del artículo 86ter de la LOPJ.

En cuanto a la incongruencia *ultra petita*, o subsidiariamente *extra petita*, la Sala estima el motivo. Recuerda que la congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes oportunamente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir. Subraya que una cosa es que la restitución de las prestaciones sea un efecto *ex lege* de la declaración de nulidad, como sostiene la sentencia recurrida (art. 1303 CC), y otra es que dicho efecto no pueda modularse en función del principio dispositivo. De esta manera, si la propia parte solicitante de la nulidad circunscribe su reclamación a un lapso temporal más corto, el tribunal queda vinculado por dicha limitación de los efectos, conforme a los arts. 216 y 218.1 de la LEC.

Por último, desestima el recurso de casación por considerar que la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013 se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CE.

Concursal. Extensión al plano registral de la previsión contenida en el artículo 155.4 de la Ley Concursal relativa a la necesaria obtención de la conformidad del acreedor privilegiado especial a la venta del bien sobre el que recae su garantía real por un precio inferior a su crédito

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 2017

En el supuesto enjuiciado por la sentencia se produjo, en el seno de una liquidación concursal, la venta a favor de un tercero de un inmueble incluido en una unidad productiva de la concursada. La transmisión se realizó por un precio de venta muy inferior a los créditos reconocidos con privilegio especial que gozaban de garantía real sobre el referido inmueble. A pesar de que se produjo la transmisión sin obtener la conformidad de los acreedores hipotecarios, el Juzgado acordó expedir un mandamiento de cancelación de las hipotecas.

El mandamiento de cancelación fue presentado a inscripción en el Registro de la Propiedad por el adquirente del inmueble, si bien el registrador acordó suspender la calificación por no haberse hecho constar en el mandamiento de cancelación la conformidad con la venta de los acreedores hipotecarios en los términos previstos en el artículo 155.4 de la Ley Concursal.

El adquirente interpuso un recurso gubernativo frente a la calificación negativa del registrador de la propiedad, que fue resuelto desfavorablemente mediante resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de fecha 18 de noviembre de 2013, motivo por el que el adquirente inició un procedimiento de juicio verbal, en el que se dictó sentencia que volvió a confirmar la calificación dada por el registrador de la propiedad, si bien fue recurrida ante la Audiencia Provincial de Lugo, que, estimando el recurso, consideró que procedía la cancelación de las hipotecas sobre el inmueble transmitido.

La Audiencia Provincial afirma que, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, el registrador no puede revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación de la hipoteca, sin perjuicio de que deba comprobar si han intervenido todas las personas afectadas por la inscripción. Para justificar que los acreedores privilegiados habían intervenido en el proceso de liquidación en el que se aprobó la transmisión, la Audiencia Provincial señaló que el plan de liquidación fue aprobado judicialmente con el conocimiento de estos, sin que la oferta de compra del inmueble hubiera sido mejorada.

Frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lugo, se alzó en casación uno de los acreedores hipotecarios. El Tribunal Supremo estima el recurso y considera que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 155.4 de la Ley Concursal, resultaba necesaria la aceptación del acreedor hipotecario para que pudiera autorizarse la realización del bien hipotecado, dado que el precio ofrecido era inferior al crédito garantizado con hipoteca. Señala también que esta regla debía operar tanto si la transmisión de la unidad productiva que incluía el bien hipotecado se hacía con arreglo a las reglas legales supletorias del artículo 149 de la Ley Concursal como si se realizaba conforme a un plan de liquidación.

Respecto de la facultad del Registro de la Propiedad de denegar la inscripción del mandamiento de cancelación, el Tribunal Supremo considera que, en la medida en que la cancelación de la hipoteca supone la extinción del derecho del acreedor hipotecario, y esta cancelación es consecuencia de una venta o enajenación directa, el registrador puede revisar si, al haberse optado por esta forma de realización, en el mandamiento o el auto que autorizó la transmisión consta-

ban cumplidos los requisitos del artículo 155.4 de la Ley Concursal. La resolución señala que esta función revisora debe hacerse en el marco de la función calificadora que con carácter general le confieren al registrador los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario. Así, concluye señalando que, si bien esta función revisora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación de las hipotecas, sí puede comprobar que el referido mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos cuya cancelación se ordena por el tribunal.

Concursal. La cláusula contenida en un convenio de acreedores en virtud de la cual estos pierden su derecho a cobrar el crédito en caso de que no comuniquen su número de cuenta en un plazo determinado es válida y conforme a Derecho

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de septiembre de 2017

En el supuesto de autos, el convenio de acreedores aprobado judicialmente contenía una cláusula mediante la cual los acreedores se obligaban a comunicar al deudor, en el plazo de tres meses, la cuenta corriente en la que querían que se les hicieran efectivos los pagos derivados de dicho convenio. El incumplimiento por parte de los acreedores de esta previsión determinaba su renuncia automática a recibir dichos pagos de la concursada.

En aplicación de esta cláusula, la concursada no abonó a uno de los acreedores su crédito, por no haber cumplido con su obligación de indicar la cuenta corriente receptora de los pagos. Ante esta situación, el acreedor concursal interpuso demanda instando la declaración de incumplimiento del convenio por impago de su crédito y la apertura de la fase de liquidación.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda interpuesta, pero concedió a la concursada un plazo de subsanación de un mes para que efectuase el pago, bajo la advertencia de que, si no lo hacía, se podría declarar incumplido el convenio. La Audiencia Provincial, por su parte, desestima el recurso interpuesto por la concursada frente a la anterior resolución al entender que, aunque no fue expresamente planteada por las partes, el Juzgado Mercantil hace una interpretación clarificadora del asunto y no incurre en incongruencia, porque rechaza lo pretendido por el acreedor demandante.

El Tribunal Supremo estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la concursada al considerar que tanto el Juzgado Mercantil como la Audiencia Provincial incurren en incongruencia *extra petita*, por lo que decide (i) confirmar la desestimación de la demanda y (ii) suprimir el plazo de subsanación otorgado por el Juzgado por considerar que dicho pronunciamiento excedía del objeto de enjuiciamiento.

Entrando en el fondo del asunto, y siguiendo su doctrina contenida en sus sentencias núm. de 8 de abril de 2016, de 10 de enero de 2017 y 15 de marzo de 2017, el Alto Tribunal entiende que la cláusula del convenio objeto de controversia es plenamente válida, por cuanto (i) ni los acreedores, ni el juez —de oficio— advirtieron que incumpliera los límites que el artículo 100 de la Ley Concursal establece para el contenido del convenio de acreedores; (ii) no infringe ninguna norma de carácter imperativo; y (iii) no ha sido rechazada por el juez —de oficio— ni por ningún acreedor.

Concursal. Efectos de la resolución de un contrato de tracto único por incumplimiento del concursado: obligación de restituir las cantidades entregadas a cuenta por el comprador con cargo a la masa

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 2017

En el caso de referencia, dos particulares suscribieron un contrato de compraventa con una promotora inmobiliaria, interesados en adquirir una vivienda todavía sin edificar. Sin embargo, antes de la construcción y entrega de la vivienda, la empresa promotora fue declarada en concurso de acreedores.

En el seno del concurso, la administración concursal incluyó en la lista de acreedores del informe concursal un crédito contingente a favor de los compradores cuya calificación no fue objeto de impugnación en ese momento procesal. No obstante lo anterior, en una fase más avanzada del concurso, los particulares interpusieron una demanda contra la promotora solicitando la resolución del contrato de compraventa con fundamento en el incumplimiento de la obligación de construcción y entrega de la vivienda y, como consecuencia de ello, el reconocimiento a su favor de un crédito contra la masa.

El Juzgado Mercantil dictó sentencia por la que estimó las pretensiones de los compradores y les reconoció un crédito restitutorio contra la masa, extremos que fueron igualmente confirmados por la Audiencia Provincial.

Frente a la sentencia de apelación, la promotora concursada interpuso recurso de casación alegando la infracción de los artículos 84.1 y 84.2.6.^º de la Ley Concursal, por entender que el crédito de los compradores no debía ser calificado contra la masa, por cuanto el incumplimiento del contrato de compraventa fue previo a la declaración de concurso. En este punto, debe precisarse que la recurrente se limitó a discutir la calificación del crédito, pero no la resolución del contrato de compraventa.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación por considerar que, al margen de la cuestión sobre si procede o no resolver el contrato de compraventa por un incumplimiento previo a la declaración del concurso —extremo no discutido en la *litis*—, la consecuencia de la resolución en contratos de tracto único debe ser la generación de un crédito restitutorio de la parte *in bonis* contra la masa.

Por último, debe señalarse que el Tribunal Supremo razona que la falta de impugnación por parte de los compradores del informe concursal no impide que se les reconozca un crédito contra la masa tras la resolución del contrato. Este razonamiento —que parece ser contrario a los efectos de cosa juzgada analizados en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 julio de 2016— se construye sobre la premisa de que en un concurso complejo, con miles de contratos de compraventa afectados, no deviene exigible a los compradores particulares la realización de un examen previo relativo a la calificación de su concreto crédito.

Concursal. El crédito surgido por la condena en costas a la concursada en un pleito iniciado por ella antes de su declaración en concurso de acreedores y concluido después tiene la consideración de crédito contra la masa conforme al artículo 84.2.3.^º LC.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2017

La sociedad demandante interpuso demanda de procedimiento ordinario frente a un tercero y, con carácter previo a la celebración del juicio, dicha sociedad fue declarada en concurso de acreedores. El procedimiento ordinario finalizó con sentencia desestimatoria con condena en costas a favor del demandado.

El demandado solicitó la inclusión en la masa pasiva del concurso de un crédito contra la masa derivado de la condena en costas recaída a su favor en el marco del procedimiento ordinario. Sin embargo, ello fue negado por la administración concursal, reconociéndole en su lugar un crédito concursal ordinario.

Como consecuencia de lo anterior, se interpuso el correspondiente incidente concursal que fue desestimado en primera y segunda instancia, interponiéndose recurso de casación.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación al considerar que la condena en costas deriva de un procedimiento iniciado por la concursada antes de su declaración de concurso, que continuó en interés del concurso —a pesar de que podría haber sido terminado mediante desistimiento, teniendo en cuenta que la concursada era la demandante— o transacción, y que finalizó con una sentencia desestimatoria en primera instancia dictada con posterioridad a la declaración de dicho concurso (sin perjuicio de que la determinación de su cuantía quedara pendiente de la posterior tasación).

Lo anterior implica que resulte de aplicación el artículo 84.2.3.^º de la Ley Concursal y que el crédito derivado de las costas deba ser considerado como crédito contra la masa.

Concursal. El régimen de prelación de pagos de créditos contra la masa (artículo 84.3 LC) no varía hasta la comunicación de insuficiencia de masa activa prevista en el artículo 176bis.2 LC.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de septiembre de 2017

La Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) interpuso demanda incidental en la que se opuso a la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa alegando la infracción del orden de prelación en el pago de los créditos contra la masa realizado por la administración concursal en fase de liquidación.

La TGSS sostenía la preferencia de los créditos de los que era titular respecto de otros créditos de vencimiento posterior abonados por la administración concursal, toda vez que, al no haberse producido la comunicación del artículo 176bis.2 de la Ley Concursal, el régimen de prelación

aplicable para el pago de créditos contra la masa era el previsto en el artículo 84.3 de la Ley Concursal en lugar del contemplado en el artículo 176bis.2 de la Ley Concursal.

La demanda fue desestimada en ambas instancias. Tanto el Juzgado Mercantil como la Audiencia Provincial entendieron que, a pesar de que la administración concursal no había comunicado al Juzgado la situación de insuficiencia de masa activa, dicha situación era manifiesta, resultando por tanto de aplicación el orden de prelación previsto en el artículo 176bis.2 de la Ley Concursal.

La TGSS interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo con base en un único motivo: la infracción del artículo 176bis.2 de la Ley Concursal, debido a que el orden de prelación de pagos previsto en dicho precepto únicamente resulta de aplicación desde el momento en que la administración concursal realiza la comunicación de insuficiencia de masa activa, debiendo regir hasta ese momento el orden de prelación previsto en el artículo 84 de la Ley Concursal.

La Sala Primera estima en parte el recurso de casación y concluye que el régimen de prelación previsto en el artículo 176bis.2 de la Ley Concursal únicamente resulta de aplicación desde que se efectúa la comunicación de insuficiencia de masa activa.

Concursal. La competencia para conocer de las acciones patrimoniales ejercitadas frente al concursado no corresponde de manera exclusiva ni excluyente al juez del concurso durante la vigencia del convenio de acreedores

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de mayo de 2017

El demandante presentó demanda ante los juzgados de primera instancia frente a una sociedad mercantil, en ejercicio de una acción de resolución de un contrato de arrendamiento financiero de vehículo, que había sido incumplido antes de la declaración de concurso de la demandada. Al tiempo de la presentación de la demanda, en el concurso de la demandada ya se había aprobado judicialmente el convenio de acreedores.

A pesar de que la Audiencia Provincial consideró «*más que dudosa la posibilidad*» de que un Juzgado de Instancia conociera de las acciones patrimoniales ejercitadas frente a una sociedad declarada en concurso, entró a conocer del fondo del asunto y estimó el recurso de apelación interpuesto por la concursada y por sus dos avalistas.

El Tribunal Supremo desestima los recursos de casación e infracción procesal interpuestos frente a la sentencia de la Audiencia Provincial. La Sala determina que la competencia para conocer de la acción patrimonial ejercitada contra la concursada tras la aprobación del convenio concursal no es —*ex* artículo 8 de la Ley Concursal— exclusiva y excluyente del juez del concurso. Según el Alto Tribunal, una interpretación sistemática de la Ley Concursal (artículos 50, 133.2, 143.2 en relación con los arts. 141.3 y 4 y 147) excluye la atribución de la competencia prevista en su artículo 8 desde que adquiere firmeza la sentencia aprobatoria del convenio y hasta su declaración de cumplimiento o hasta la apertura de la fase de liquidación.

[Portugal]

Reclamação da Nota de Custas de Parte – Depósito do Valor da Nota

Acórdão n.º 280/2017 – Tribunal Constitucional (DR 126, Série I, de 3 de julho de 2017)

O Tribunal Constitucional declarou inconstitucional, com força obrigatória geral, a norma constante do n.º 2 do artigo 33.º da Portaria n.º 419-A/2009, de 17 de abril, na redação da Portaria n.º 82/2012, de 19 de março, que condicionava a reclamação da nota justificativa de custas de parte ao depósito prévio da totalidade do valor da nota.

No entender do Tribunal Constitucional, a imposição, pela citada Portaria, da necessidade de depósito da totalidade do valor da nota justificativa de custas de parte para que dela se pudesse reclamar junto do tribunal consubstancia uma restrição inadmissível do direito fundamental de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, consagrado no artigo 20.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, e viola a reserva de competência legislativa da Assembleia da República, (artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição).

PROCESAL PENAL*

1 · JURISPRUDENCIA

[España]

El derecho a la presunción de inocencia impide condenar penalmente a una persona jurídica en ausencia de una base fáctica relativa a la ausencia de medidas de control eficaces para evitar la actividad delictiva en cuestión. La casación de sentencias absolutorias con base en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal solo procede en casos de valoración probatoria absolutamente arbitraria en la instancia

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo n.º 668/2017, de 11 de octubre de 2017

La Sala Segunda del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona. La Sala confirma la absolución de una sociedad de responsabilidad limitada y de su administrador único del delito contra el medio ambiente y del delito de lesiones de los que se les acusaba, por contaminación acústica.

La sentencia reviste un gran interés, fundamentalmente, por dos razones. Se trata, en primer lugar, de una de las sentencias más recientes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la que se reseñan los hitos fundamentales de la incipiente jurisprudencia de la Sala en esta materia. En segundo lugar, la sentencia recoge también el estado actual de la doctrina de la Sala Segunda en lo que se refiere a los límites a la revisión casacional de sentencias absolutorias.

(i) Responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En esta sentencia, en el marco del análisis de la eventual responsabilidad penal de la sociedad de responsabilidad limitada por un delito contra el medio ambiente (artículos 31 bis y 328 del Código Penal), la Sala Segunda del Tribunal Supremo aprovecha para sintetizar su jurisprudencia, partiendo de la base de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas sigue un sistema basado en la autorresponsabilidad. De acuerdo con este sistema, la persona jurídica responde penalmente de su propio injusto, diferente del de la persona física integrante de la organización cuyo delito opera como presupuesto inicial de la responsabilidad penal de aquella. En el ámbito de las garantías propias del proceso penal, la Sala Segunda recuerda que, como ya expuso en su sentencia 966/2016 de 16 de marzo, el derecho a la presunción de inocencia impide rebajar el estándar constitucional respecto de las personas jurídicas, de modo que corresponde a las acusaciones la prueba de la inexistencia o ineficacia de tales medidas de vigilancia y control, fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Aplicando esta doctrina al caso concreto, la Sala llega a concluir que *«en ausencia de todo hilo argumental [por parte de las acusaciones] encaminado a hacer valer una base fáctica relativa a la ausencia de medidas de control eficaces para evitar la actividad de contaminación sonora»*, no cabe condenar penalmente a la persona jurídica.

(ii) Revisión de sentencias absolutorias en casación.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo recoge en esta sentencia el estado actual de su doctrina en relación con este segundo punto, concordante ya con la del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De acuerdo con la Sala, esta doctrina parte de dos premisas: por un lado, la improcedencia de arbitrar en sede casacional un trámite de audiencia del acusado absuelto; por otro, la posible contravención de sus derechos de defensa, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, si se revoca el pronunciamiento absolutorio sin haber presenciado las pruebas personales practicadas durante el plenario.

De tales premisas la Sala extrae diferentes conclusiones respecto de la revisión de sentencias absolutorias por cada uno de los motivos por infracción de ley contemplados en el artículo 849

* Esta sección ha sido coordinada por Ismael Clemente, y en su elaboración han participado Pablo López Ferrer, Elisa Llop Cardenal, Marta Barceló Moyano y Marta Pantaleón Díaz, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La casación de la sentencia absolutoria por la vía del artículo 849.1 no plantea, en este sentido, problema alguno, en la medida en que deja inalterado el relato de hechos probados. Por el contrario, la revisión casacional de la sentencia absolutoria con base en el artículo 849.2 solo podrá hacerse sin vulnerar los derechos del acusado absuelto «*en aquellos casos en que la valoración probatoria asumida en la instancia resulte absolutamente arbitraria, ajena a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y, en fin, alejada del canon constitucional de valoración racional de la prueba*», único supuesto en que procederá la anulación del pronunciamiento absolutorio.

La relación entre los delitos de fraude a la Administración y cohecho pasivo es de concurso real de delitos y no de concurso de normas

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo n.º 807/2017, de 11 de diciembre

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la expresidenta del Consell Insular de Mallorca contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 2 de marzo de 2017, que resolvió el recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal del Jurado, que la condenó por un delito de cohecho pasivo.

En la sentencia de instancia se declaró probado por el Tribunal del Jurado que la expresidenta y otros dos cargos del Consell Insular de Mallorca solicitaron a una empresa promotora la entrega de cuatro millones de euros para asegurar que la adjudicación del concurso —consistente en la enajenación de una finca propiedad del Consell Insular— se haría a favor de esa empresa. El responsable de la empresa cedió a estas exigencias para poder obtener el contrato.

El motivo casacional que despierta mayor interés se interpone por infracción de los principios de *non bis in idem*, legalidad penal y culpabilidad, pues, según la recurrente, se le habría condenado por unos hechos que ya habrían sido objeto de una condena previa. La Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Baleares de 23 de julio de 2013 condenó a la expresidenta por los delitos de prevaricación, fraude a la Administración y revelación de información confidencial. Así, según la recurrente, la relación entre los delitos de fraude a la Administración y de cohecho (1.ª y 2.ª condena) debe ser de concurso de normas y no de concurso real de delitos, pues se basan en los mismos hechos y en el mismo concierto para delinquir. Por ello, considera que la pena impuesta en el procedimiento anterior por el delito de fraude a la Administración debería haberse tenido en cuenta en el procedimiento actual, minorando la pena por el delito de cohecho.

El Tribunal Supremo recuerda la diferencia entre el concurso de normas y el concurso de delitos, siendo aplicable el primero cuando se realiza una sola acción que vulnera un mismo bien jurídico y es subsumible en varios tipos penales, mientras que el segundo se aplica cuando se realiza una sola acción que vulnera varios bienes jurídicos (concurso ideal) o cuando se realizan varias acciones que son contempladas como delitos distintos (concurso real). Por ello, para resolver esta cuestión, el Tribunal debe analizar si en el caso concreto ha existido una conducta única tanto desde el punto de vista fáctico (se trata del mismo hecho natural) como desde el punto de vista jurídico (lesiona el mismo bien jurídico).

El Tribunal analiza los hechos probados de ambos procedimientos y concluye que son distintos e independientes por las siguientes razones: (i) en los hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 23 de julio de 2013 solo se hace mención a los actos administrativos y gestiones realizadas para la enajenación irregular de la finca (el mero acuerdo para defraudar a la Administración), sin que se recoja la posible solicitud y posterior percepción de una dádiva; (ii) ambos delitos son de mera actividad: el concierto defraudatorio ya supone la consumación del delito de fraude de la Administración y la mera solicitud de una dádiva es suficiente para que quede consumado del delito de cohecho pasivo; y, (iii) por último, el Tribunal concluye que ninguno de los elementos típicos de los delitos integra el tipo del otro, es decir, que no existe un tipo penal «*mixtura entre el delito de fraude y el de cohecho*», por lo que existe un claro deslinde entre una conducta y la otra.

A su vez, el Alto Tribunal descarta que los delitos de fraude a la Administración y cohecho protejan el mismo bien jurídico. El delito de fraude a la Administración protege principalmente el patrimonio de la Administración frente a los riesgos que el incumplimiento de los deberes del cargo puede generar en él. En cambio, el delito de cohecho atiende a la tutela de los principios

de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas y de legalidad en la actuación administrativa.

Por todo lo anterior, el Tribunal concluye que no es posible aplicar el concurso de normas en este caso, siendo necesario aplicar las dos normas penales en juego para cubrir el desvalor jurídico-penal de los hechos y sin que ello suponga una doble valoración de un mismo hecho.

Trámite de conclusiones definitivas: El art. 788.4.º de la LECrim admite la ampliación de la acusación a delitos heterogéneos, siempre que no se hayan modificado los hechos objeto de acusación

Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 709/2017, de 27 de octubre de 2017

El Alto Tribunal estimó parcialmente el recurso de casación del Ministerio Fiscal, en el que se solicitaba la anulación de la sentencia de instancia, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, y la retroacción al acto de juicio, a efectos de poder ampliar la acusación a un delito heterogéneo respecto del que había sido objeto de acusación durante el trámite de conclusiones definitivas, de acuerdo con el art. 788.4.º de la LECrim.

Durante el acto de juicio oral, en el trámite de conclusiones definitivas, el Ministerio Fiscal solicitó al tribunal *a quo* que, conforme al artículo 788.4.º de la LECrim, se tuviera por ampliado el objeto del proceso penal —inicialmente restringido a la acusación por un delito de prevaricación (artículo 404 CP)— a la comisión de un delito continuado de falsedad en documento público, en concurso con el delito de prevaricación. Esta solicitud se fundamentó sobre la base del relato de los hechos objeto de acusación, sin que hubiera modificación alguna con respecto a lo expuesto en el escrito de calificaciones provisionales.

En primera instancia, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla denegó la ampliación de la acusación a un delito de falsedad. Dicha decisión se fundamentó en una interpretación teleológica de la norma, basada en que el artículo 788.4.º de la LECrim tiene por fin permitir cambios únicamente de carácter cualitativo en la calificación delictiva respecto a lo dispuesto en el escrito de calificaciones provisionales. Según dicha interpretación, este trámite permite modificar la calificación jurídica provisional, apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y modificar la participación en los hechos punibles; pero no permite, en cambio, ampliar la tipificación penal de los hechos respecto al contenido del auto de apertura de juicio oral, mucho menos tratándose de delitos heterogéneos. En tal caso, mediante esta actuación sorpresiva —según el parecer del Tribunal Superior de Justicia—, se vulneraría el derecho de defensa de los acusados.

El quid de la cuestión se centra, por tanto, en determinar el mecanismo de configuración del objeto procesal. En este sentido, el Tribunal Supremo respalda la petición del Ministerio Fiscal, ya que (i) las conclusiones definitivas son las que condicionan el contenido de la sentencia, siempre y cuando mantengan la identidad esencial de los hechos sobre los que recae la acusación y que fueron sometidos a enjuiciamiento; y (ii) las conclusiones definitivas pueden ser más graves o distintas a las provisionales, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, sin que se produzca quiebra del principio acusatorio, ya que son estas conclusiones definitivas las que fijan definitivamente el objeto de la acusación. En el presente caso, el Alto Tribunal consideró que el Ministerio Fiscal no interesó modificación alguna de los hechos objeto de acusación, ya que en sus conclusiones provisionales ya se describían entre los hechos delictivos conductas susceptibles de ser tipificadas como un delito continuado de falsedad documental, encontrándose, por tanto, en el supuesto descrito en el artículo 788.4.º de la LECrim, al tratarse de un cambio de «la tipificación penal de los hechos», pero sin variación de estos hechos.

Así, el Tribunal Supremo concluye que no existe base para denegar el cambio de tipificación, al encontrarse dentro del supuesto del artículo 788.4 de la LECrim. Asimismo, descarta que ello sea susceptible de vulnerar el derecho de defensa del acusado, toda vez que su representación podrá interesar un aplazamiento para preparar tanto alegaciones que desvirtúen esta nueva calificación delictiva como para proponer la práctica de prueba complementaria a tal efecto, de conformidad con lo dispuesto en el precepto reseñado.

PROPIEDAD INTELECTUAL*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Nuevo sistema de regulación de la compensación equitativa por copia privada

Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada (BOE de 4 de julio de 2017)

Con anterioridad a la publicación del Real Decreto-ley 12/2017, la regulación de la compensación equitativa por copia privada preveía su financiación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Este sistema, muy alejado del tradicional sistema de canon que había regido en nuestro ordenamiento, fue introducido por la disposición adicional 10.^a del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, y se consolidó mediante la modificación que la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, introdujo en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril («TRLPI»).

Recientes pronunciamientos judiciales habían declarado la incompatibilidad entre el sistema de compensación por copia privada con cargo a presupuestos y el artículo 5.2 b) de la Directiva 2001/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (la «Directiva 2001/29/CE»). En concreto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») de 9 de junio de 2016, dictada en el asunto EGEDA (C-470/14) [vid. *AJUM* n.º 44, pp. 76-80], declaró que el art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE se opone a un sistema de compensación equitativa por copia privada sufragado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, en la medida en que ello no permita asegurar que el coste de dicha compensación equitativa sea soportado por los usuarios de copias privadas. Por su parte, la STS, Sala 3.^a, de 10 de noviembre de 2016 [vid. *AJUM* n.º 45, pp. 255-257], anuló el Real Decreto 1657/2012, por el que se desarrollaba el sistema de compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, al entender que carecía de fundamento legal, ya que tras la Sentencia del TJUE en el asunto EGEDA la disposición adicional 10.^a del Real Decreto-ley 20/2011 debía considerarse incompatible con la Directiva 2001/29/CE.

El Real Decreto-ley 12/2017 retorna, pues, en líneas generales, al anterior modelo basado en el pago de un importe a satisfacer por los fabricantes y distribuidores de equipos, aparatos y soportes de reproducción, si bien con importantes matices que derivan de la propia evolución que el sistema de canon ha sufrido en el ámbito de la UE como consecuencia de otras decisiones del TJUE, como la del asunto Padawan (C-467/08), Stichting de Thuiskopie (C-462/09), VG Wort (C-457/11 a C-460/11) Copydan (C-463/12), o Repobel (C-572/13). En lo fundamental, se vuelve a establecer como sujetos acreedores de la compensación a los autores y editores de libros o publicaciones asimiladas, a los productores de fonogramas y de videogramas, así como a los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas o videogramas. Y como deudores aparecen los fabricantes en España de equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción, en tanto actúen como distribuidores comerciales, así como los adquirentes de los mismos fuera del territorio español para su distribución comercial o utilización dentro de este. El sistema está concebido para que el importe de la compensación se

* Esta sección ha sido coordinada por Agustín González García y elaborada por Rafael Sánchez Aristi, Teresa García-Barrero, Victoria García Verón y Manuel Rozas, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

vaya repercutiendo, primero por los sujetos deudores a los distribuidores mayoristas y minoristas, y posteriormente por parte de estos al usuario final.

Como novedad respecto del sistema de canon tradicional, el Real Decreto-ley 12/2017 contempla un sistema de excepciones (sic) y reembolsos, en virtud del cual se contemplan una serie de supuestos exceptuados *ex ante* del pago de la compensación junto con la posibilidad de reclamar también *ex post* su reembolso en aquellos casos en que no se hubiera aplicado la excepción. Las excepciones más relevantes son las relativas a las adquisiciones de equipos, aparatos y soportes de reproducción por parte de entes pertenecientes al sector público, así como las realizadas por personas jurídicas o físicas que actúen como consumidores finales y que justifiquen el destino exclusivamente profesional de los equipos, aparatos o soportes materiales adquiridos.

A fin de gestionar las excepciones y reembolsos, remitir a las entidades de gestión de los acreedores las relaciones periódicas de equipos, aparatos y soportes sobre los que haya nacido la obligación de pago de la compensación, y comunicar a los deudores la facturación del canon de manera unificada, se prevé la creación de una persona jurídica por parte de las entidades de gestión concernidas, que actuará en representación de todas ellas.

La disposición final primera del Real Decreto-ley 12/2017 prevé que en el plazo máximo de un año desde su entrada en vigor se apruebe un real decreto de desarrollo, el cual deberá determinar aplicando el procedimiento y los criterios contenidos en los nuevos apartados 4 y 5 del artículo 25 del TRLPI, los equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa, las cantidades que los deudores deberán abonar por este concepto a los acreedores y la distribución de dicha compensación entre las distintas modalidades de reproducción. En el ínterin, la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 12/2017 contiene una relación de las cantidades que deberá satisfacer cada sujeto deudor de la compensación sobre los diferentes equipos, aparatos y soportes gravados.

No es completamente nítida la relación en que se encuentra esa previsión sobre el futuro real decreto de desarrollo con el sistema ordinario de determinación de la cuantía y distribución de la compensación, el cual, con arreglo al artículo 25.4 TRLPI —tal y como este ha sido redactado por el propio Real Decreto-ley 12/2017— se basa en la aprobación de una Orden del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales, a propuesta de los Ministerios de Educación, Cultura y Deporte y de Energía, Turismo y Agenda Digital, y previo informe a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

Finalmente, cabe apuntar lo controvertible que puede resultar la previsión contenida en la disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley 12/2017, en virtud de la cual, y salvo casos de liquidación y pago indebidos ocasionados por errores materiales o aritméticos, se entenderá que no procede la devolución del importe abonado o repercutido por la aplicación del régimen de compensación equitativa por copia privada a los fabricantes, distribuidores, mayoristas o minoristas y compradores finales por cantidades devengadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2011, y conforme a la normativa entonces vigente.

Directiva de la Unión Europea sobre medidas de fomento del acceso a obras y prestaciones protegidas a personas ciegas, con discapacidad visual y otras dificultades para acceder a textos impresos

Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre, sobre ciertos usos permitidos de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos, y por la que se modifica la Directiva 2001/29/CE 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 (DOUE de 20 de septiembre de 2017)

El 30 de abril de 2014 la Unión Europea firmó el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso (el «Tratado de Marrakech»). Este Tratado incluye medidas destinadas a facilitar el acceso a libros —incluidos los electrónicos, diarios, periódicos, revistas y otros tipos

de textos escritos, notaciones, incluidas partituras, y otros materiales impresos, también en formato audio, tanto digital como analógico— a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso.

Mediante la presente Directiva se da cumplimiento de manera armonizada a las obligaciones que debe cumplir la Unión en virtud del referido Tratado de Marrakech, con el fin de garantizar que las correspondientes medidas se apliquen de forma coherente en todo el mercado interior. A razón de lo anterior, se establece una excepción imperativa a los derechos que han sido armonizados mediante el Derecho de la Unión y que sean pertinentes para los usos y las obras a los que es aplicable el Tratado de Marrakech. Dichos derechos incluyen, en particular, los derechos de reproducción, comunicación al público, puesta a disposición del público, distribución y préstamo, así como los derechos de autor y *sui generis* sobre bases de datos.

Los usos permitidos por la Directiva incluyen la producción sin ánimo de lucro de ejemplares en formato accesible, tanto por los beneficiarios (o por una persona en su nombre) como por las llamadas «entidades autorizadas» (entidades públicas o sin ánimo de lucro dedicadas a atender las necesidades educativas o pedagógicas de los beneficiarios). Asimismo, la excepción prevista en la presente Directiva abarca la posibilidad de que las entidades autorizadas comuniquen, pongan a disposición, distribuyan o presten, sin ánimo de lucro, un ejemplar en formato accesible a un beneficiario o a otra entidad autorizada para uso exclusivo de un beneficiario. La Directiva obliga a los Estados miembros a garantizar que los ejemplares en formato accesible producidos por las entidades autorizadas establecidas en su territorio puedan circular y estar accesibles para los beneficiarios y las entidades autorizadas de otro Estado miembro.

Los Estados miembros pueden establecer sistemas de compensación en relación con los usos permitidos, pero solo podrán repercutir esa compensación a las entidades autorizadas establecidas en su territorio, lo que excluye la posibilidad de exigir pago alguno a los beneficiarios o a las entidades autorizadas establecidas en otros Estados miembros o en terceros países parte del Tratado de Marrakech.

Reglamento sobre el intercambio transfronterizo de obras y prestaciones en formato accesible para personas ciegas, con discapacidad visual u otras discapacidades para acceder a textos impresos

Reglamento (UE) 2017/1563 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre, sobre el intercambio transfronterizo entre la Unión y terceros países de ejemplares en formato accesible de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos (DOUE de 20 de septiembre de 2017)

Este Reglamento se aprobó a la vista de los antecedentes acabados de señalar consistentes en la firma por parte de la Unión Europea del Tratado de Marrakech y la aprobación de la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre, sobre ciertos usos permitidos de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos, y por la que se modifica la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información («Directiva 2017/1564»).

El Reglamento 2017/1563 tiene por objeto garantizar que los ejemplares en formato accesible que se hayan producido en cualquier Estado miembro con arreglo a la Directiva 2017/1564 puedan ser distribuidos, comunicados o puestos a disposición de los beneficiarios o una entidad autorizada, en terceros países que sean parte en el Tratado de Marrakech. Y, a la inversa, que los beneficiarios y entidades autorizadas establecidos en un Estado miembro puedan importar, obtener o acceder, para después utilizar, ejemplares en formato accesible de una obra u otra prestación que hayan sido distribuidos, comunicados o puestos a disposición de los beneficiarios o las entidades autorizadas por parte de una entidad autorizada en un tercer país que sea parte en el Tratado de Marrakech.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Caso *The Pirate Bay*. La puesta a disposición y gestión en Internet de una plataforma de intercambio de obras protegidas que permite a los usuarios localizar dichas obras e intercambiarlas en una red entre pares puede constituir un acto de comunicación al público

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2017 (as. C-610/15)

Mediante esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») se pronuncia acerca de una petición de cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de relativos aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (la «Directiva 2001/29»). La cuestión se plantea en el seno de un litigio que enfrenta, por una parte, a Stichting Brein, una fundación que defiende los intereses de titulares de derechos de autor y, por la otra, a Ziggo BV y XS4ALL, que son los dos mayores proveedores de acceso a Internet del mercado neerlandés, como consecuencia de las solicitudes presentadas por Stichting Brein para que se ordene a estos últimos bloquear los nombres de dominio y las direcciones IP de la plataforma de intercambio en línea «The Pirate Bay» (en lo sucesivo, «TPB»).

Estas solicitudes, que habían sido estimadas en primera instancia, fueron rechazadas en apelación, debido a que el tribunal apreció, en primer lugar, que son los destinatarios de los servicios de las demandadas en el litigio principal, y no TPB, quienes cometen las infracciones de los derechos de autor y, en segundo lugar, que el bloqueo solicitado no era proporcional al fin perseguido, a saber, la defensa de los derechos de autor. Stichting Brein interpuso recurso de casación ante el órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal Supremo de los Países Bajos, que plantea al TJUE si existe comunicación al público en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29 por parte del administrador de un sitio web que no almacena obras protegidas, pero en el que se indexan y clasifican los metadatos relativos a obras protegidas que se encuentran en los ordenadores de los usuarios, de manera que los usuarios puedan localizar las obras protegidas a través de dichos metadatos y puedan cargar y descargar tales obras.

En su sentencia, el TJUE reitera su ya asentada jurisprudencia sobre el artículo 3.1 de la Directiva 2001/29 y los conceptos de «comunicación» y de «público». Por lo que se refiere a la noción de «acto de comunicación», el TJUE recuerda que incluye cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación, bastando con que la obra se ponga a disposición de un público, sin que sea decisivo que las personas que componen dicho público hagan o no uso de esa posibilidad. Por lo tanto, cualquier acto mediante el que un sujeto proporcione a los destinatarios de su servicio, con pleno conocimiento de causa, acceso a obras protegidas, puede constituir un «acto de comunicación» en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29.

El TJUE considera que, aunque las obras que se ponen a disposición de los usuarios de una plataforma de intercambio en línea hayan sido subidas, no por los administradores de la plataforma, sino por sus usuarios, dichos administradores, mediante la puesta a disposición y la gestión de una plataforma de tales características, intervienen con pleno conocimiento de causa proporcionando acceso a las obras protegidas, ya que dicha gestión comprende ofrecer un motor de búsqueda o indexar y catalogar en dicha plataforma los ficheros *torrents* que permiten a los usuarios localizar las obras y compartirlas en una red entre pares (*peer-to-peer*). De este modo, no puede estimarse que los administradores de estas plataformas en línea realicen una «mera puesta a disposición» de instalaciones necesarias para facilitar o efectuar una comunicación en el sentido del considerando 27 de la Directiva 2001/29.

Sobre la base de lo anterior, el Tribunal concluye que, de no existir la puesta a disposición y la gestión de la plataforma TPB por parte de los administradores, las obras no podrían ser compartidas por los usuarios o, al menos, su intercambio en Internet resultaría mucho más complejo, por lo cual dichos administradores desempeñan un papel ineludible en la puesta a disposición de las obras intercambiadas por los usuarios de TPB.

Por lo que se refiere a la noción de «público», el TJUE observa que debe tenerse en cuenta no solo el número de personas que tienen acceso a la obra de manera simultánea, sino también sucesiva, y recuerda que existe un público «nuevo» cuando dicho público no haya sido tomado

en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial. En el caso sometido a su conocimiento, el TJUE considera que los usuarios de la plataforma TPB eran un número considerable e indeterminado de personas, al tiempo que tales usuarios podían acceder, mediante los ficheros *torrents*, a contenidos que habían sido subidos a Internet sin contar con la autorización de los titulares de derechos.

En virtud de todo lo expuesto, el TJUE declara que el concepto de «comunicación al público» del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, comprende la puesta a disposición y la gestión en Internet de una plataforma de intercambio que, al indexar metadatos relativos a obras protegidas y proporcionar un motor de búsqueda, permite a los usuarios de esa plataforma localizar dichas obras e intercambiarlas en una red entre pares (*peer-to-peer*).

A efectos de examinar si una entidad de gestión de derechos de autor aplica precios no equitativos, es adecuado comparar sus tarifas con las aplicables en los Estados vecinos y otros Estados miembros, corregidas mediante el índice de paridad del poder adquisitivo derivado del producto interior bruto

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2017 (as. C-177/16)

La sentencia resuelve una serie de cuestiones prejudiciales suscitadas a raíz de un litigio acaecido entre la Agencia de Asesoría sobre Derechos de Autor y Comunicación/Asociación Letona de Autores (en lo sucesivo, «AKKA/LAA») y el Consejo de Competencia de Letonia en relación con una multa impuesta por dicho Consejo a la AKKA/LAA debido a un abuso de posición dominante. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»), párrafo segundo, letra a).

La AKKA/LAA, única entidad autorizada en Letonia para expedir licencias para la ejecución pública de las obras musicales cuyos derechos de autor gestiona, y que ya había sido sancionada en 2008 por el Consejo de la Competencia letón al considerar que había incurrido en abuso de posición de dominio por aplicar tarifas excesivas adoptó en 2011 nuevas tarifas por las que el mencionado Consejo de la Competencia incoó un nuevo procedimiento. Con ocasión de este nuevo procedimiento, el Consejo de la Competencia comparó las tarifas aplicadas en Letonia por el uso de obras musicales en comercios y centros de servicio con las aplicadas en mercados vecinos y en otros Estados miembros. Al considerar que los cánones en vigor en Letonia no eran equitativos en algunos segmentos, en los que claramente eran más elevados que en los países vecinos, el Consejo de la Competencia impuso en 2013 a la AKKA/LAA multa por abuso de posición dominante. La resolución fue impugnada ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo Regional de Letonia, que falló anulando parcialmente la resolución. La AKKA/LAA y el Consejo de la Competencia interpusieron sendos recursos de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de Letonia, el cual decidió plantear ciertas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE»).

En respuesta a dichas cuestiones, el TJUE resuelve estableciendo que el comercio entre los Estados miembros puede verse afectado por la cuantía de los cánones fijados por una sociedad de gestión de los derechos de autor que tiene un monopolio, por lo que el artículo 102 TFUE resulta de aplicación.

Por otra parte, el TJUE admite que, a efectos de examinar si una entidad de gestión de derechos de autor aplica precios no equitativos, es adecuado comparar sus tarifas con las aplicables en los Estados vecinos y otros Estados miembros, corregidas mediante el índice de paridad del poder adquisitivo derivado del producto interior bruto («índice PPA»), siempre que los Estados de referencia hayan sido seleccionados según criterios objetivos, apropiados y comprobables y que la base de las comparaciones efectuadas sea homogénea. Asimismo, la Sala afirma que procede realizar una comparación entre distintos segmentos de usuarios y no solo entre la tarifa media de todos aquellos, si existen indicios de que el carácter excesivo de los cánones afecta a dichos segmentos. En relación con las tarifas comparadas, el TJUE señala que la diferencia entre ellas debe considerarse notable si es significativa y persistente. De este modo, tal diferencia constituirá un indicio de abuso de posición dominante e incumbirá a la sociedad de gestión de derechos de autor en posición dominante demostrar que sus precios son equitativos, basándose en elementos objetivos que incidan en los costes de gestión o en la remuneración de los titulares de los derechos.

Finalmente, el TJUE afirma que, en aquellos casos en los que se demuestra la existencia de un abuso de posición de dominio mediante la imposición de precios abusivos, las remuneraciones

destinadas a los titulares de los derechos deben incluirse en el volumen de negocio de la sociedad de gestión de que se trate para determinar el importe de la multa aplicable por dicha conducta anticompetitiva, siempre y cuando tales remuneraciones formen parte del valor de las prestaciones efectuadas por esa sociedad y la inclusión sea necesaria para garantizar el carácter efectivo, proporcionado y disuasorio de la sanción impuesta.

Riesgos legales de servicios de grabación de programas de televisión en la nube

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de noviembre de 2017 (as. C-265-16)

La sentencia trae causa de un litigio que enfrenta, por una parte, a VCAST, prestador de un servicio de videograbación en la nube que ofrece a sus clientes almacenar en un espacio en la nube emisiones de organismos de televisión transmitidas por vía terrestre, y, por otra, a una cadena de televisión italiana cuyas emisiones estaban siendo almacenadas a través de dicho sistema. VCAST permite a sus usuarios elegir una emisión o franja horaria concreta, para a continuación captar la señal de televisión seleccionada mediante sus propias antenas y grabar la emisión en cuestión en un espacio de almacenamiento en la nube indicado por el usuario. El referido espacio de almacenamiento es contratado por los usuarios con otro proveedor distinto de VCAST.

En este contexto, se plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») la cuestión de la compatibilidad con el Derecho de la Unión de una normativa nacional que permite ofrecer a los particulares servicios de videograbación remota, en su modalidad denominada *cloud computing*, de copias privadas de obras protegidas, mediante una intervención activa del prestador del servicio en la grabación, todo ello sin el consentimiento del titular de los derechos.

En respuesta a la cuestión planteada, el TJUE observa que VCAST no se limita a gestionar la reproducción remota de las emisiones elegidas por sus usuarios, sino que proporciona también acceso a las emisiones de televisión al dejar grabadas las emisiones en los lugares de almacenamiento en la nube indicados por cada cliente. Es decir, su servicio tiene una doble funcionalidad, pues proporciona la reproducción y la puesta a disposición de las obras y prestaciones a las que atañe, y esta segunda actividad no está amparada por el límite de copia privada.

Por lo demás —observa el TJUE—, los clientes de VCAST conforman un «público» en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal porque se realiza en condiciones técnicas específicas, usando un diferente modo de transmisión y alcanzando a un conjunto de personas distinto respecto de la transmisión original efectuada por el organismo de radiodifusión. De este modo, la transmisión de VCAST y la transmisión originaria hecha por los organismos de televisión son actos de comunicación al público diferentes, y cada uno de ellos debe ser autorizado por los titulares de derechos concernidos.

La conclusión a la que llega el TJUE, por lo tanto, es que el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, se opone a una normativa nacional que permite a una empresa ofrecer a los particulares un servicio de videograbación remota en la nube de copias privadas de obras protegidas por derechos de autor, mediante un sistema informático, interviniendo activamente en la grabación de tales copias, sin la autorización del titular de los derechos.

[España]

No toda aportación a una obra arquitectónica es susceptible de protección al amparo de la normativa de propiedad intelectual

Sentencia 253/2017 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 26 de abril de 2017

La sentencia objeto de análisis trae causa de una demanda interpuesta por un arquitecto con la finalidad de obtener el reconocimiento de su coautoría sobre un proyecto en el que había participado junto con otros dos arquitectos, los cuales se habían atribuido en exclusiva la autoría. El Tribunal Supremo, casando la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, declara que la participación del demandante en el proyecto arquitectónico (un hotel) no revistió la singularidad necesaria para ser objeto de derechos de propiedad intelectual.

El Alto Tribunal analiza los requisitos que han de reunir los distintos elementos de una obra arquitectónica para resultar protegibles por la propiedad intelectual. Así, precisa que el carácter funcional de la mayoría de estas obras condiciona en gran medida sus características, restringiendo por ello la libertad creativa del arquitecto y sus posibilidades de originalidad. El Tribunal precisa que cuando un proyecto arquitectónico responde a exigencias técnicas o funcionales, o al cumplimiento de determinada normativa urbanística, el proyecto no queda protegido por derechos de autor en aquella parte impuesta por esas exigencias ajenas a la propia creatividad del autor. Por ello, concluye que las obras arquitectónicas requieren de un grado superior de singularidad al exigible en otras categorías de obras protegidas por la propiedad intelectual.

La sentencia dispone que, a la vista de los hechos probados, las aportaciones del demandante no revisten la suficiente originalidad como para dotarle de la condición de coautor de la obra resultante, dado que responden principalmente a exigencias meramente técnicas y funcionales, carentes de ese reforzado grado de singularidad —así como individualidad y distinguibilidad— exigible en las obras arquitectónicas. En efecto, en el contrato suscrito entre los tres arquitectos se acordó el reparto de tareas, dejando a los dos arquitectos demandados, entre otros elementos, el diseño de la fachada, que era el elemento que poseía carácter singular, en el que, sin embargo, el actor no había participado.

En virtud de lo expuesto, se alcanza la conclusión de que en aquellas obras en las que se distinguen con claridad unos elementos que revisten originalidad y otros que no, los autores de las partes calificadas de singulares obtendrán la protección de la normativa de propiedad intelectual, mientras que aquellos que hayan elaborado las partes carentes de originalidad no gozarán de esta protección, sin perjuicio de los derechos de naturaleza contractual que les correspondan en virtud del trabajo realizado.

Alcance de la cesión de derechos de explotación de obras fotográficas y meras fotografías en el marco de un contrato de arrendamiento de obra

Sentencia 190/2017 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 19 de abril de 2017

La sentencia resuelve el recurso de apelación interpuesto por la sociedad que había realizado unas fotografías por encargo de otra (la contratista) contra la resolución del Juzgado de lo Mercantil desestimatoria de la demanda interpuesta contra la sociedad que las había encargado y editado (la comitente). Las cuestiones debatidas se refieren a la calificación como obras fotográficas o meras fotografías de las imágenes tomadas por la apelante por encargo de la apelada, y el alcance de la cesión de los derechos de explotación sobre ellas en el marco de esa relación de encargo.

En la demanda, la contratista solicitaba que se declarara que ella era la propietaria de las diapositivas entregadas con objeto del encargo, y que se condenara a la empresa editorial comitente a restituírselas, tanto si habían sido efectivamente publicadas como si no, a fin de hacer viable la explotación de las fotografías por parte de la contratista. Asimismo, pedía que se determinara que la cesión de las fotografías efectuada por la editorial para su publicación en otros medios era ilícita y que se condenara a la demandada a indemnizar tomando como referencia el precio de las cesiones realizadas.

La Audiencia distingue entre los diferentes tipos de fotografías realizadas en virtud del encargo, y llega a la conclusión de que solo las que denomina «de portada de revista e ilustración» cabía entender que se trataba de verdaderas obras fotográficas, puesto que en ellas se proporcionaba la temática genérica, sin concretas instrucciones acerca de los objetos que deban ser fotografiados o la forma en que habrían de serlo, dejando un rango de posibilidades prácticamente ilimitado en cuanto al modo de expresar o transmitir el mensaje perseguido. La Audiencia recuerda que la aportación creativa puede apreciarse en una fotografía a través de elementos tales como la composición, la pose, el encuadre o la forma en la que ha quedado fijada la imagen.

El resto de fotografías realizadas en el marco del encargo debían reputarse meras fotografías, y eran estas precisamente las que habían constituido objeto de esas cesiones a terceros que la demandante reclamaba que fuesen declaradas ilícitas.

Pues bien, la sentencia señala que en el caso de las meras fotografías no rigen las restricciones a la cesión de los derechos de explotación recogidas en los capítulos I y II del título V del libro I del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril. De este modo, el alcance de la transmisión de los derechos sobre las instantáneas que cabía calificar como meras fotografías debía entenderse sometido por entero

a la autonomía de la voluntad. Y con base en el análisis realizado, y a falta de un acuerdo documentado, la sentencia estima que en el caso de autos se produjo una transmisión total de los derechos de explotación sobre las meras fotografías, y que, por consiguiente, la comitente podía efectuar válidamente las controvertidas cesiones sobre tales fotografías.

PROTECCIÓN DE DATOS, COMUNICACIÓN Y TECNOLOGÍA*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Real Decreto sobre la comercialización de los derechos de explotación audiovisuales del fútbol profesional

Real Decreto 2/2018, de 12 de enero, por el que se dictan determinadas normas de desarrollo del Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional.

El Real Decreto 2/2018, en desarrollo del Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional, tiene por objeto principal regular las contribuciones de las entidades participantes en el Campeonato Nacional de Liga a la promoción del deporte y al desarrollo del fútbol aficionado, así como las especialidades de la función arbitral del Consejo Superior de Deportes en esta materia.

Los clubes y entidades participantes en el Campeonato Nacional de Liga, en cualquiera de sus categorías, deben aportar un porcentaje de los ingresos que obtengan por la comercialización conjunta de los derechos de explotación de los contenidos audiovisuales para contribuir a: a) la sostenibilidad financiera de aquellas entidades deportivas que desciendan de categoría; b) el desarrollo del fútbol aficionado; c) la protección social de los deportistas de alto nivel; d) la promoción de la participación de deportistas españoles en competiciones internacionales; e) la protección social de los deportistas en el ámbito del fútbol aficionado; y f) el apoyo a las asociaciones o sindicatos de futbolistas, árbitros, entrenadores y preparadores físicos en la modalidad deportiva de fútbol.

De esta forma, y entre otros, cada uno de los clubes y entidades participantes en el Campeonato Nacional de Liga deberán destinar un 3,5% de los ingresos que obtengan por la comercialización conjunta de los derechos de explotación de los contenidos audiovisuales, a la constitución de un Fondo de Compensación del que podrán beneficiarse las entidades deportivas que, disputando la competición de fútbol profesional, desciendan de categoría (el 90% se destinará a los equipos que desciendan de Primera a Segunda División, y el 10% a aquellos que desciendan de Segunda División). Asimismo, deberán entregar un 1% a la Real Federación Española de Fútbol (que será íntegramente distribuido entre las federaciones de ámbito autonómico). Por último, destinarán al Consejo Superior de Deportes (i) hasta un 1%, para la protección social de los deportistas de alto nivel y financiación de ayudas a deportistas que participen en competiciones internacionales, así como (ii) hasta un 0,5%, para la protección social en el fútbol femenino y en la Segunda División B.

Asimismo, se regula la función arbitral del Consejo Superior de Deportes en las materias previstas en los artículos 5 y 6 Real Decreto-ley 5/2015, en relación con los criterios de reparto de los ingresos y las obligaciones entre las entidades participantes en el Campeonato Nacional de Liga. En concreto se detalla el procedimiento de designación de los árbitros, el procedimiento arbitral y los efectos del laudo arbitral.

* Esta sección ha sido elaborada por Santiago de Ampuero Castellanos, Laia Reyes Rico y Daniel García Juárez, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

Real Decreto por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital

Real Decreto 903/2017, de 13 de octubre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital.

El Real Decreto 903/2017 completa y desarrolla la estructura orgánica básica de los órganos superiores y directivos del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital hasta el nivel de subdirección general, actualizando sus funciones.

Se designan como órganos superiores y directivos del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital a (i) la Secretaría de Estado de Energía, (ii) la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital, (iii) la Secretaría de Estado de Turismo y (iv) la Subsecretaría de Energía, Turismo y Agenda Digital.

Entre otras cuestiones, se modifica la organización de la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital (SESIAD), y de la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información (dependiente de la SESIAD). El Real Decreto incorpora nuevas funciones y se eliminan las menciones a organismos suprimidos (la Fundación Centro Nacional de Referencia de Aplicación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones).

En relación con las funciones, cabe destacar la asunción por parte de la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información de, entre otras, las siguientes: (i) registro de operadores, (ii) las funciones relacionadas con la numeración, direccionamiento y denominación, (iii) la gestión del registro público de numeración, (iv) las actuaciones contra el tráfico no permitido y el tráfico irregular con fines fraudulentos en redes y servicios de comunicaciones electrónicas, y (v) la gestión y liquidación de la tasa general de operadores y de la tasa de numeración.

[Portugal]

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 8 de junho de 2017, a Opinião 2/2017 sobre o tratamento de dados no âmbito laboral (a “Opinião”).

A Opinião vem complementar duas outras publicações do Grupo de Trabalho do Artigo 29 emitidas, respetivamente, em 2001 e 2002 sobre os tratamentos de dados pessoais no contexto laboral e sobre a monitorização das comunicações eletrónicas no local de trabalho, tendo em conta que as novas tecnologias permitem uma monitorização mais sistemática dos dados pessoais dos trabalhadores, criando desafios à privacidade e à proteção dos dados.

Esta Opinião faz uma nova avaliação do equilíbrio entre os interesses legítimos dos empregadores e as expectativas razoáveis de privacidade dos trabalhadores, destacando os riscos que surgem no âmbito das novas tecnologias e fazendo um juízo de proporcionalidade num conjunto de cenários devidamente identificados. Por outro lado, a Opinião pretende também chamar a atenção para as obrigações adicionais que impendem sobre os empregadores no âmbito do Regulamento, designadamente no que diz respeito às avaliações de impacto e à aplicação dos princípios da proteção de dados desde a conceção e por defeito.

A Opinião identifica nove diferentes cenários de tratamentos de dados pessoais no contexto laboral onde as novas tecnologias têm, ou podem ter, o potencial de originar elevados riscos para a privacidade dos trabalhadores. Estes incluem tratamentos de dados pessoais resultantes: (i) do processo de recrutamento, (2) de processos de verificação de risco (in-employment screening), (3) da monitorização da utilização das tecnologias de informação no local de trabalho, (4) da monitorização da utilização das tecnologias de informação fora do local de trabalho, (5) do controlo de horário e acesso, (6) de sistemas de videovigilância, (7) do controlo de veículos utilizados pelos trabalhadores, (8) da divulgação de dados dos trabalhadores a entidades terceiras, e (9) de transferências internacionais de dados.

As principais conclusões que merecem destaque são as seguintes:

(i) Para a maior parte dos tratamentos de dados no contexto laboral, o consentimento não pode ser o fundamento de legitimidade, devido ao desequilíbrio de poder entre empregadores e trabalhadores. Os fundamentos de legitimidades válidos neste contexto podem ser a execução do contrato de trabalho ou o tratamento de dados para cumprir com obrigações legais.

(ii) Para poder tratar dados pessoais dos trabalhadores com base no interesse legítimo, deve considerar-se que o tratamento é estritamente necessário para uma finalidade legítima e proporcional à necessidade do negócio. Deve realizar-se um teste de proporcionalidade antes da implementação de qualquer ferramenta de monitorização.

(iii) No contexto do recrutamento, os empregadores podem recolher dados pessoais dos candidatos a emprego apenas na estrita medida em que tal recolha seja necessária e relevante para o desempenho das funções. Os empregadores também devem ser capazes de justificar o seu interesse legítimo quando consultam os perfis dos candidatos nas redes sociais, levando em linha de conta se esses perfis estão relacionados com a atividade profissional ou apenas com finalidades privadas.

(iv) Os trabalhadores devem ser informados sobre a existência de qualquer monitorização e as suas respetivas finalidades. As políticas relacionadas com a monitorização no local de trabalho devem ser claras e facilmente acessíveis.

(v) O tratamento de dados pessoais no contexto laboral deve ser proporcional aos riscos que o empregador enfrenta. Por exemplo, se for possível bloquear sites, em vez de monitorizar permanentemente todas as comunicações, deve dar-se preferência ao bloqueio.

(vi) No que diz respeito às políticas de Bring Your Own Device, os empregadores devem implementar medidas para evitar a monitorização permanente do dispositivo, na medida em que o tratamento de dados nesse contexto pode ser ilegal caso seja possível captar dados relacionados com a vida privada familiar do trabalhador.

(vii) O empregador deve informar os trabalhadores sobre a utilização de GPS nos veículos, que recolhe dados sobre o veículo e sobre o trabalhador que utiliza o veículo (por exemplo, localização de GPS e comportamento de condução) e oferecer uma possibilidade opt-out (por exemplo, possibilidade de desligar temporariamente a localização), quando o uso do veículo pra fins privados é permitido. Para além disso, os mecanismos de recolha de informação para prevenir acidentes não devem ser utilizados para monitorizar o desempenho do trabalhador.

(viii) Os empregadores devem levar em consideração o princípio da minimização de dados ao decidir sobre a implementação de novas tecnologias. As informações devem ser armazenadas pelo tempo mínimo necessário e apagadas quando deixarem de ser necessárias, sendo que o empregador deve ter um prazo de retenção especificamente estipulado.

(ix) A utilização de soluções cloud resultará, na maior parte dos casos, em transferências internacionais de dados dos trabalhadores. Todas as transferências para países terceiros podem ocorrer apenas quando é assegurado um nível de proteção adequado e os dados partilhados fora do EEE e acedidos por outras entidades dentro da organização devem permanecer limitados ao mínimo necessário para as finalidades previstas.

Propriedade Industrial - Arbitragem necessária. Inconstitucionalidade

Acórdão n.º 251/2017 - Tribunal Constitucional (DR 130 série II de 2017-07-07)

No presente acórdão, o TC foi chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade das normas resultantes da interpretação conjugada do artigo 2.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, (“Lei 62/2011”) e dos artigos 35.º, n.º 1, e 101.º, n.º 2, do Código da Propriedade Industrial (“CPI”) no sentido de que *“em sede de arbitragem necessária instaurada ao abrigo daquele diploma legal, a parte não se pode defender, por exceção, mediante invocação da invalidade de patente, com meros efeitos inter partes”*.

Na sequência da decisão do acórdão do TRL de 4 de fevereiro, que julgou improcedente a inconstitucionalidade da norma jurídica, no que respeita à incompetência material do tribunal

arbitral necessário para conhecer a invalidez de uma patente europeia com mero efeitos *inter partes*, a recorrente apresentou junto do TC um recurso de inconstitucionalidade ao qual foi concedido provimento.

O processo de obtenção de uma Autorização de Introdução no Mercado (“AIM”) de medicamentos genéricos na pendência de patentes poderá dar a origem a conflitos entre o requerente dessa mesma AIM, no exercício da sua liberdade de iniciativa económica, e o titular da patente, a quem é conferido o direito exclusivo de exploração comercial da invenção protegida por aquele direito de propriedade industrial. Neste sentido, a Lei 62/2011 prevê um mecanismo de arbitragem necessária destinada a resolver litígios relacionados com direitos de propriedade industrial, quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos, tornando o processo de entrada no mercado deste tipo de medicamentos mais célere.

Ainda que nos termos do artigo 35.º, n.º 1, do CPI a declaração de nulidade ou a anulação de uma patente só possa resultar de uma decisão judicial, no entender do TC as normas objeto de fiscalização terão de ser analisadas à luz (i) da tutela jurisdicional dos interesses em conflito; (ii) da admissibilidade constitucional do fim prosseguido pela norma objeto de fiscalização; e (iii) da proporcionalidade da norma restritiva.

Pese embora o TC reconheça que a existência de uma única via processual e de um único tribunal destinado a conhecer das invalidez de patentes visa acautelar o risco de proliferação de decisões contraditórias, tal não poderá implicar uma restrição do direito de defesa de tal forma que ponha em causa o direito a uma tutela jurisdicional efetiva. Ao impedir que se invoque, perante um tribunal arbitral, a invalidez de uma patente, com meros efeitos *inter partes*, poderiam ocorrer “danos irreversíveis ou gravosos à proteção da patente, equivalentes ao sacrifício imposto ao direito de defesa do requerente de AIM. Efetivamente, afastar esta possibilidade pode ter como consequência, ainda que apenas por vezes, impedir um agente económico de exercer a sua liberdade de iniciativa com base numa patente nula ou inválida – o que dificilmente encontra justificação”.

Nessa medida, concluiu o TC que a necessidade de proteção deste direito absoluto, oponível *erga omnes*, “não justifica a restrição do direito de defesa a este nível, podendo ser alcançada por outras vias”.

Dados pessoais - Criação de um Grupo de Trabalho

Despacho n.º 7456/2017, de 24 de agosto (DR 163 série II de 2017-08-24)

Foi publicado, no passado dia 24 de agosto, o Despacho n.º 7456/2017, que vem criar formalmente um Grupo de Trabalho com o objetivo de preparar a legislação portuguesa para a aplicação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (“RGPD”). Nos termos do referido Despacho, competirá ao Grupo de Trabalho (i) proceder à realização de uma consulta pública, a decorrer até 30 de setembro de 2017, (ii) identificar as regras de segurança no tratamento de dados pessoais, decorrentes do RGPD, e apresentar as diferentes alternativas sobre a arquitetura institucional necessária à operacionalização do RGPD, bem como (iii) apresentar uma anteproposta de lei até 31 de dezembro de 2017.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

El TJUE se pronuncia sobre el carácter de servicio de comunicación audiovisual de un canal de vídeos en YouTube

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de febrero de 2018, en el asunto C.132/17.

El Tribunal Supremo Civil y Penal de Alemania planteó al TJUE una cuestión prejudicial sobre si *una persona que mantiene un canal de vídeos en el servicio de internet YouTube desde el cual los usuarios de Internet pueden visualizar breves vídeos publicitarios de nuevos modelos de turismo explota un servicio de comunicación audiovisual tal y como se define en la Directiva de servicios de comunicación audiovisual (Directiva 2010/13/UE).*

En el presente caso, una empresa automovilística disponía de dicho canal para publicitar un modelo de automóvil que no incluía determinada información sobre los vehículos al pretender ampararse en una excepción de la normativa alemana solo aplicable en el supuesto de que se considerase que ese servicio constituía un «servicio de comunicación audiovisual» en el sentido de la Directiva.

El TJUE parte de la definición de servicio audiovisual como el *servicio cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio de comunicación y cuya principal finalidad es proporcionar programas, con objeto de informar, entretener o educar al público en general*. El TJUE sostiene que, en el presente caso, la cadena de videos promocionales no puede considerarse que tiene como objeto principal la prestación de programas con el fin de informar, de entretener o de educar al público en general. Y añade que el fin del video es promocional y, aunque pueda considerarse que cumple los criterios y características del servicio de comunicación audiovisual, su finalidad promocional es suficiente para excluir al mismo del ámbito de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual.

El TJUE concluye que *la definición de «servicio de comunicación audiovisual» no abarca ni una cadena de videos, como la controvertida en el litigio principal, en la que los usuarios de Internet pueden consultar videos cortos promocionales de modelos de turismos nuevos, ni ninguno de esos videos considerado por separado*.

El Tribunal Supremo permite el uso de sobreimpresiones y transparencias publicitarias en programas televisivos de entretenimiento bajo ciertas condiciones

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 26 de febrero de 2018.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por una televisión frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, que había desestimado el recurso contra la resolución de la CNMC, por la que se impuso una sanción por un importe total de 460.840€, derivada de la comisión de cuatro infracciones tipificadas como graves en el artículo 58.5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual («LGCA»).

La CNMC y la Audiencia Nacional consideraron que los mensajes publicitarios emitidos en varios programas de entretenimiento en algunos de los canales habían infringido (i) el principio de separación, consagrado en los artículos 14.2 de la LGCA y 4.1 de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual (Directiva 2010/13/UE), y (ii) el principio de integridad, recogido en los artículos 14.4 de la LGCA y 20.1 de la Directiva 2010/13/UE. Ambas —CNMC y Audiencia Nacional— entendieron que para que se pueda considerar diferenciado el mensaje publicitario del programa de televisión, este último debe interrumpirse para emitir el mensaje publicitario y así evitar cualquier solapamiento entre las imágenes y sonidos de ambas emisiones, de forma que no impida la visión del programa o el desarrollo de su línea argumental.

Sin embargo, el Tribunal Supremo sostiene que ni la normativa comunitaria ni la nacional exigen que entre el comienzo o final del programa y el bloque publicitario exista una separación o lapso temporal, permitiéndose sobreimpresiones o transparencias como forma de tránsito entre la publicidad y el contenido del programa, siempre que se respeten los principios de identificación, diferenciación e integridad.

Sentado lo anterior, el Tribunal Supremo rechaza que la publicidad emitida infringiera los mencionados preceptos nacionales y comunitarios, así como que aquél incurriera en la infracción prevista en el artículo 58.5 de la LGCA, al entender que no se vulneraron los principios de identificación, diferenciación e integridad, por las siguientes razones. En primer lugar, sostiene que era evidente para cualquier telespectador medio que se trataba de un mensaje comercial publicitario, en la medida que las sobreimpresiones ocupaban una gran parte del centro de la pantalla o una franja inferior de la pantalla, apareciendo, en ocasiones, el término «publicidad» (*—principio de identificación—*). En el mismo sentido, señala que las sobreimpresiones se emitían al comienzo o final de los programas, antes de que se iniciase su contenido editorial, mientras en el fondo de la pantalla se enfocaba el escenario con los espectadores asistentes aplaudiendo, sin que el anuncio interrumpiese el hilo argumental del programa, el cual no había comenzado o ya había finalizado (*—principio de integridad—*). Por último, argumenta que, a la vista del formato elegido, el mensaje publicitario estaba suficientemente diferenciado, por medios acústicos y ópticos, del contenido editorial del programa (*—principio de diferenciación—*).

3 · OTROS

[España]

La CNMC revisa y regula los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales (Mercado 2/2014)

Resolución por la cual se aprueba la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales (mercado 2/2014), la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la comisión europea y al organismo de reguladores europeos de comunicaciones electrónicas (ORECE).

Mediante la presente resolución, la CNMC lleva a cabo la cuarta revisión de los mercados de terminación de llamadas vocales al por mayor en redes móviles individuales (6 años después de la tercera revisión). La CNMC considera que el mercado de referencia, por sus características, justifica la imposición de obligaciones específicas y, por ello, es susceptible de una regulación *ex ante* en la medida que no es realmente competitivo.

La CNMC considera que los siguientes operadores tienen un poder significativo en los mercados de referencia y les impone ciertas obligaciones: Telefónica Móviles España, S.A.U.; Vodafone España, S.A.U. y Vodafone Enabler España, S.L.; Orange Espagne, S.A.U. y Orange España Virtual, S.L.U.; Xfera Móviles, S.A. y Más móvil Ibercom, S.A.; Aire Networks del Mediterráneo, S.L.U.; Digi Spain Telecom, S.L.; Euskaltel, S.A., R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A., R Cable y Telecomunicaciones Coruña, S.A. y Telecable de Asturias S.A.U.; Ingenium Outsourcing Services, S.L.U.; Lycamobile, S.L.; Procono, S.A. y SCN Truphone, S.L.

En líneas generales se mantienen algunas obligaciones (obligaciones de acceso, no discriminación, etc.), incluyendo tanto a operadores móviles con red (OMR) como a operadores móviles virtuales completos (OMV), así como se acuerda rebajar el precio de terminación de las llamadas telefónicas en una red móvil en más de un 40%.

La Agencia Española de Protección de Datos ha publicado un informe en el que examina la incidencia en el ámbito de la investigación biomédica del nuevo Reglamento General de Protección de Datos (UE) 2016/679

Informe del Gabinete Jurídico de la AEPD núm. 73667/2018

La Agencia Española de Protección de Datos (la «AEPD») ha publicado un informe en el que, ante la preocupación manifestada en diversos foros por las sociedades científicas, examina la incidencia en el ámbito de la investigación biomédica del nuevo Reglamento General de Protección de Datos (UE) 2016/679 (el «RGPD»).

Los tratamientos de muestras biológicas con fines de investigación biomédica se regulan en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (la «Ley 14/2007»). De acuerdo con los arts. 4, 5, 58.1 y el art. 60 de la Ley 14/2007, el tratamiento de muestras biológicas exige, como regla general, el consentimiento del sujeto fuente salvo: (i) que no sea posible la identificación del sujeto fuente porque la información esté «codificada», previo dictamen favorable del Comité Ético de Investigación, o (ii) en el caso de que se trate de una investigación relacionada con la inicial. Además, la citada norma exige la adopción de garantías adicionales (a saber, la seudonimización de los datos, la minimización de los datos y contempla la limitación de la finalidad con la que los datos pueden ser tratados, art. 60.2 de la Ley 14/2007).

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, el art. 60.2. de la Ley 14/2007 exige que cuando los datos sean tratados con una finalidad distinta (i.e., para otras líneas de investigación) a la finalidad con la que fueron recabados inicialmente se obtenga un nuevo consentimiento de los sujetos de ensayo (i.e., de acuerdo con el principio de limitación del tratamiento). El citado principio invoca que la finalidad con la que se pueden tratar los datos es limitada. Es decir, los datos son recabados con unos fines determinados, explícitos y legítimos y no pueden ser tratados posteriormente de manera incompatible a la finalidad con la que éstos fueron recabados. Respecto a estas exigencias establecidas en la Ley 14/2017 y la posible incidencia que podría tener el RGPD sobre dicho marco legal se ha pronunciado la AEPD recientemente. El Informe del Gabinete Jurídico 073667/2018 ha concluido que para que el consentimiento prestado con fines de investigación científica sea inequívoco y específico no es necesario que el mismo sea prestado para la realización de una investigación concreta, si no que será suficiente que el consentimiento pueda ser prestado para una rama amplia de investigación, como por ejemplo, la investigación onco-

lógica, o incluso para ámbitos más extensos. Ello, en contraposición a la interpretación más restrictiva del consentimiento incluida en el art. 60 de la Ley 14/2007, que exige que éste sea prestado para una «investigación concreta» (y, por lo tanto, si las muestras se destinasen a otras líneas de investigación el sujeto fuente debería otorgar un nuevo consentimiento). Asimismo, la AEPD propone a los comités de ética de las correspondientes investigaciones a ser más tolerantes a la hora de aplicar la excepción (recogida en el art. 58.2 de la Ley 14/2007) que exonera de la obligación de recabar el consentimiento de los sujetos de ensayo para utilizar dichas muestras con fines de investigación científica cuando se trate de «muestras biológicas codificas».

La AEPD ha publicado guías en materia de análisis de riesgos y evaluación de impacto

Guía de Análisis de Riesgo y la Guía de Evaluación de Impacto en la Protección de Datos. 28 de febrero 2018

El nuevo RGPD establece, en sus arts. 35 y 36, la obligación de llevar a cabo análisis de riesgos y evaluaciones de impacto (*privacy impact assessments*, las «PIAs») para aquellos tratamientos que supongan un riesgo significativo para los derechos de las personas (p.ej., cuando se traten datos de salud o datos biométricos o se grabe a gran escala y de forma sistematizada una zona de acceso público).

Para facilitar la tarea de la ejecución de dicho análisis del riesgo en relación con los tratamientos que se lleven a cabo y el proceso de identificar los riesgos y afrontar y gestionar éstos antes de que se materialicen, la AEPD ha publicado recientemente una guía sobre cómo se deben llevar a cabo las PIAs y una guía para realizar los análisis de riesgos.

La autoridad europea de protección de datos ha publicado una guía sobre el perfilado y las decisiones automatizadas individuales

Guidelines on automated individual decision-making and profiling for the purposes of Regulation 2016/679

El Grupo de Trabajo del Artículo 29, que reúne a todas las autoridades de protección de datos de la UE, ha adoptado y publicado una guía (la «**Guía de Perfilado**») sobre el perfilado y decisiones automatizadas individuales (*Guidelines on automated individual decision-making and profiling for the purposes of Regulation 2016/679*), si bien esta guía todavía está pendiente de ser revisada de acuerdo con la consulta pública a la que ha estado expuesta.

De acuerdo con el Reglamento General de Protección de Datos (UE) 2016/679 (el «**RGPD**») y con la Guía de Perfilado, el perfilado es «*toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física*».

Por tanto, tal y como indica el Grupo del Artículo 29 en su Guía de Perfilado, para que estemos ante una actividad de perfilado deben concurrir tres elementos: (i) existencia de un tratamiento automatizado; (ii) que éste sea llevado a cabo sobre datos personales; y (iii) que se realice con el objetivo de evaluar aspectos personales de una persona física.

Asimismo, el Grupo del Artículo 29 considera que el RGPD regula las siguientes formas de perfilado: (i) perfilado general; (ii) toma de decisiones basada en la elaboración de perfiles; y (iii) toma de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles. La diferencia entre los supuestos (ii) y (iii) reside en si la decisión es adoptada por un humano o por un algoritmo (sin que exista intervención humana alguna).

El Grupo del Artículo 29 ha desarrollado a través de su Guía de Perfilado los requisitos legales y garantías que deberán ser adoptadas para realizar actividades de perfilado. A continuación se enumeran los principales requisitos a cumplir y garantías a adoptar conforme al RGPD:

- (i) Realizar una evaluación de impacto con carácter previo al tratamiento. Esta evaluación será necesaria tanto en actividades de perfilado y decisiones que se basen —con carácter exclusivo o no— en tratamientos automatizados.
- (ii) Reforzar el deber de información, en particular se debe informar a los afectados acerca de: (a) la elaboración de perfiles (incluyendo información acerca de la lógica aplicada y de la importancia y las consecuencias del tratamiento para el interesado) y, en su caso,

- de (b) la existencia de decisiones automatizadas. Entre otras recomendaciones, el Grupo del Artículo 29 propone la utilización de (a) sistemas de información por capas (*layered notices*); (b) técnicas interactivas que permitan garantizar la transparencia de los algoritmos; e (c) iconos estandarizados.
- (iii) Adoptar garantías específicas para cumplir con los principios de limitación de la finalidad, minimización de datos, exactitud y limitación del plazo de conservación.
 - (iv) Mayor información en relación con el derecho de acceso. Asimismo, cuando un afectado ejercita su derecho de acceso se le debería informar acerca de: (a) la elaboración de perfiles (incluyendo información acerca de la lógica aplicada y de la importancia y las consecuencias del tratamiento para el interesado) y de (b) la existencia de decisiones automatizadas.
 - (v) El perfilado genera para las entidades la obligación de otorgar a los titulares de los datos un derecho de oposición si el perfilado se quiere fundamentar en la existencia de un interés legítimo empresarial (salvo que exista interés legítimo imperioso). Además, si el perfilado se realiza con determinadas finalidades (marketing directo) el derecho de los titulares de los datos a oponerse se convierte en un derecho absoluto y sin excepciones posibles. Este derecho ha de presentarse de forma clara y separada de cualquier otra información. El ejercicio de este derecho implicará necesariamente la cancelación de los datos.
 - (vi) Adopción de garantías adicionales cuando se trate de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado, entre otras: (a) establecimiento de controles regulares que aseguren la calidad de sus sistemas, concretamente que los interesados están siendo tratados de forma legítima y no son discriminados; (b) implementación de sistemas que auditen los algoritmos utilizados para verificar que no están ofreciendo resultados discriminatorios o injustificados; (c) determinación de periodos concretos de retención de datos; (d) utilización de técnicas de anonimización u seudonimización; (e) en determinados supuestos, establecimiento de mecanismos interactivos que permitan solicitar intervención humana, remitir consultas, solicitar la revisión de las decisiones, etc.; y (f) adhesión a códigos de conducta y sistemas de certificación o creación de consejos de revisión ética que analicen los potenciales beneficios y perjuicios que una determinada actividad de perfilado podría tener en la sociedad.

La AEPD publica un informe sobre el RGPD y, en particular, sobre el interés legítimo, el derecho de portabilidad y el tratamiento de datos para cumplir con obligaciones de prevención de blanqueo de capitales

Informe del Gabinete Jurídico de la AEPD núm. 0195/2017

En su Informe 0195/2017, la AEPD analiza (entre otras cuestiones como la aplicación del interés legítimo a diversos tratamientos o el derecho de portabilidad en el ámbito de las entidades financieras) la aplicabilidad del interés legítimo como causa legitimadora y habilitante del envío de comunicaciones comerciales. En estos casos podría procederse a realizar marketing directo a personas físicas sin necesidad de haber recabado previamente su consentimiento. En este sentido, la AEPD indica que deberían cumplirse los siguientes requisitos para que resultase de aplicación dicho interés legítimo a las acciones de marketing mediante medios postales o llamadas telefónicas no automatizadas:

- (i) Haber cumplido con las obligaciones de transparencia e información establecidas en el RGPD.
- (ii) Haber establecido un procedimiento sencillo para el ejercicio del derecho de oposición.
- (iii) Que el destinatario de las comunicaciones comerciales fuese y continuase siendo cliente de la entidad.
- (iv) Que la información comercial versase sobre productos o servicios similares a los previamente contratados por los clientes.

Reglas similares se aplican al envío de marketing directo por medios electrónicos como consecuencia de la aplicación de normas específicas previstas esta vez en el artículo 21 de la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. No obstante, si las acciones de marketing se van a basar en perfilados complejos, dichos tratamientos se deberían basar en el consentimiento inequívoco de los afectados, ya que la AEPD ha manifestado en su «Código de buenas prácticas de big data» que los tratamientos de marketing basados en perfilados complejos no se pueden basar en el interés legítimo.

SALUD Y ALIMENTACIÓN*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Limitaciones a la venta a distancia de los dispositivos susceptibles de liberar nicotina y de los envases de recarga; equiparación de la publicidad, la promoción y el patrocinio de estos dispositivos a los de los productos de tabaco

Real Decreto-ley 17/2017, de 17 de noviembre, por el que se modifica la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, para transponer la Directiva 2014/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014 (BOE de 18 de noviembre de 2017)

El Real Decreto-ley modifica varios artículos de la Ley 28/2005, con la finalidad de equiparar la regulación de los dispositivos susceptibles de liberar nicotina (como los cigarrillos electrónicos) y los envases de recarga (conjuntamente, los «Productos»), y en menor medida la de los productos a base de hierbas para fumar, con la regulación de los productos de tabaco, particularmente en relación con su publicidad, promoción y patrocinio. A tales efectos:

(i) Se prohíben, en relación con los Productos:

- Las comunicaciones comerciales que tengan por fin o por efecto (directo o indirecto) su promoción, con la excepción de las publicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales de su comercio y de las publicaciones impresas y publicadas en terceros países, cuando dichas publicaciones no tengan por destino principal el mercado de la Unión Europea.
- Las comunicaciones comerciales que tengan por fin o por efecto directo su promoción en la radio, así como toda forma de contribución pública o privada a programas de radio que tenga por objeto o efecto (directo o indirecto) su promoción.
- Toda forma de contribución pública o privada a cualquier acto, actividad o individuo que tenga por objeto o por efecto (directo o indirecto) su promoción y que implique a varios Estados miembros, o tenga lugar en varios Estados miembros, o surta efectos transfronterizos de cualquier otro modo.
- Las comunicaciones comerciales audiovisuales.

(ii) Se prohíbe:

- La comercialización del tabaco de uso oral.
- La venta y suministro de productos de tabaco por cualquier otro método que no sea la venta directa personal o a través de máquinas expendedoras que guarden las condiciones señaladas en la Ley 28/2005 (a estos efectos, se modifica el artículo 4 de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria).

(iii) Se incluyen como infracciones graves las siguientes:

- La comercialización del tabaco de uso oral.
- El incumplimiento de los requisitos reglamentariamente exigidos en materia de comunicación de la información por parte de los fabricantes e importadores de productos de tabaco, de los Productos y de productos a base de hierbas para fumar.
- El incumplimiento de los requisitos reglamentariamente exigidos en materia de registro de los fabricantes, importadores y distribuidores de los Productos y productos a base de hierbas para fumar.

* Esta sección ha sido coordinada por Teresa Paz-Ares, y en su elaboración han participado Santiago Puente y Alejandro Abad, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez.

- El incumplimiento de los requisitos reglamentariamente exigidos en materia de presentación y comercialización por parte de los fabricantes e importadores de productos a base de hierbas para fumar.
 - El incumplimiento de los requisitos reglamentariamente exigidos en materia de fabricación, presentación, comercialización, calidad y seguridad de los Productos.
 - La venta a distancia transfronteriza de los Productos.
- (iv) Se incluye como infracción muy grave:
- La publicidad, promoción y patrocinio de los Productos que no estén permitidas.

Supresión de la necesidad de prescripción y de la prohibición de publicidad al público de productos de autodiagnóstico para la detección del VIH

Real Decreto 1083/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 1662/2000, de 29 de septiembre, sobre productos sanitarios para diagnóstico «in vitro», con objeto de regular la venta al público y la publicidad de los productos de autodiagnóstico para la detección del VIH (BOE de 30 de diciembre de 2017)

El Real Decreto modifica el apartado 6 del artículo 13 del Real Decreto 1662/2000 para exceptuar los productos de autodiagnóstico para la detección del VIH de la obligación de prescripción. Estos productos se suman así a los productos para el diagnóstico del embarazo y de la fertilidad y a los productos de autodiagnóstico para la determinación de la glucemia, también exceptuados en dicho apartado desde la entrada en vigor del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios.

Asimismo, el Real Decreto modifica el apartado 8 del artículo 25 del Real Decreto 1662/2000 para exceptuar los productos de autodiagnóstico para la detección del VIH de la prohibición de publicidad dirigida al público. Esta excepción ya se aplicaba, y se mantiene, para los productos de autodiagnóstico del embarazo y de la fertilidad.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

Resolución unilateral de contrato de distribución de productos sanitarios en exclusiva por tiempo indefinido; aplicación analógica de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de mayo de 2017

Esta sentencia resuelve sendos recursos de casación contra la sentencia dictada en el recurso de apelación 723/2013 por la Audiencia Provincial de Madrid, interpuestos por un fabricante de productos sanitarios, Gebrüder Martin GMBU CO.KG (el «Fabricante»), y su distribuidor en España, Maffinter Med, S.L. (el «Distribuidor»), respectivamente.

El caso se suscita a raíz de la resolución unilateral por el Fabricante, con dos meses de antelación, de un contrato verbal de distribución en exclusiva en España del año 1993, de duración indefinida y sin cláusula de preaviso, de materiales de cirugía maxilofacial con el Distribuidor. La resolución motivó la demanda del Distribuidor contra el Fabricante, en la que solicitó una indemnización por diversos conceptos: (i) por clientela, (ii) por falta de preaviso razonable, (iii) por valoración de las existencias mantenidas para el cumplimiento del contrato, (iv) por inversiones no amortizadas y (v) por los *bonus* impagados de acuerdo con los objetivos del año 2010.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, considerando que el Distribuidor tenía derecho a la indemnización por los conceptos (i) y (ii), y que el Fabricante debía hacerse cargo de las existencias mantenidas por el Distribuidor, si bien a precio de coste y no de venta. En segunda instancia, la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación del Distribuidor y estimó en parte el del Fabricante, sosteniendo que el Distribuidor no había asumido una obligación de mantener en depósito una determinada cantidad de existencias, de modo que el Fabricante no debía quedar obligado a su recompra.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación del Fabricante, fundado en tres motivos:

(i) Frente a la alegación del Fabricante de que no existe razón para la aplicación analógica del artículo 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia (la «LCA»), relativo a la indemnización por clientela, puesto que la regulación específica de los productos sanitarios objeto de distribución proscribía las prácticas de captación y fidelización de clientela por los agentes o distribuidores, el Tribunal Supremo sostiene que no puede descartarse, con carácter general, dicha aplicación analógica, y ello esencialmente sobre la base de que *«no consta que la comercialización de los citados productos sanitarios fuese realizada sólo con hospitales públicos, ni que la contratación fuese llevada a cabo exclusivamente por la vía del concurso público»*.

(ii) Con respecto a la denuncia del Fabricante de la aplicación analógica indebida del artículo 25 de la LCA, relativo al preaviso en la extinción de contratos de agencia por tiempo indefinido, el Tribunal Supremo se remite, entre otras, a sus sentencias 239/2010, de 30 de abril, y 130/2011, de 15 de marzo, en las que destaca que la buena fe y *«el deber de lealtad [...] exige que la parte que pretende desistir unilateralmente sin causa preavise a la contraria incluso cuando no está así expresamente previsto, de conformidad con lo establecido en el artículo 1258 CC»*, debiendo ser el preaviso *«de al menos seis meses, por analogía con lo regulado en el art. 25 LCA, que aunque no resulte directamente de aplicación, sirve de referencia para determinar prudencialmente la antelación del preaviso en un supuesto como el presente»*.

(iii) Finalmente, ante la alegación del Fabricante de un incumplimiento del Distribuidor por tratar de condicionar sus decisiones comerciales, el Tribunal Supremo rechaza la aplicabilidad de la jurisprudencia relativa a la *exceptio non adimpleti contractus*, toda vez que ésta requiere de un incumplimiento de una obligación básica del contrato, *«no bastando cualquier incumplimiento de la prestación, ni el mero incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias»*.

Por otro lado, el Tribunal Supremo, tras estimar el recurso extraordinario por infracción procesal del Distribuidor, estima en parte su recurso de casación, basado en dos motivos:

(i) En primer lugar, el Distribuidor denuncia una infracción del artículo 28.3 de la LCA y de la jurisprudencia que lo interpreta, por cuanto la indemnización por clientela debió calcularse en función de los ingresos brutos del Distribuidor. Este motivo es desestimado por el Tribunal, que se remite para ello a sus sentencias 356/2016, de 30 de mayo, y 137/2017, de 1 de marzo, en las que manifestó que *«en el contrato de distribución, para establecer la cuantía de la indemnización por clientela, ha de utilizarse como criterio orientador el establecido en el citado art. 28 LCA, pero calculado, en vez de sobre las comisiones percibidas por el agente, sobre los beneficios netos obtenidos por el distribuidor»*.

(ii) En segundo término, el Distribuidor se refiere a la infracción del artículo 1258 del Código Civil, en relación con los artículos 1101 y 1106, motivo que es estimado por la Sala. En particular, el Tribunal recuerda que el principio de buena fe, como fuente de integración normativa del contrato, *«colma obligacionalmente las lagunas que presente la reglamentación contractual de las partes»*, lo que permite concluir en este caso que el Distribuidor viene legitimado para exigir al Fabricante el pago de las existencias mantenidas por el Distribuidor. Contribuye a esta conclusión el hecho de que el Fabricante no negara que el Distribuidor asumió una obligación de mantenimiento de cierto *stock*, así como la larga duración de la relación negocial entre las partes y el escaso preaviso con el que se comunicó la resolución unilateral del contrato.

Se desestima recurso contencioso-administrativo instado contra la Orden SSI/2160/2015, de actualización del sistema de precios de referencia de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud

Sentencia del Tribunal Supremo 1235/2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de julio de 2017

En esta sentencia el Tribunal Supremo decide sobre el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Sanofi Pasteur, MSD, S.A. contra la resolución del Ministro de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad de 15 de febrero de 2016, que confirmaba en reposición la Orden SSI/2160/2015, por la que se procede a la actualización del sistema de precios de referencia de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud. La intención de Sanofi, en su recurso, era que se declarara la nulidad de la Orden o que, al menos, se dejase sin efecto en lo que respecta a la constitución de una serie de conjuntos de referencia en los que se incluían presentaciones de medicamentos de dicho laboratorio.

Sanofi alega, en esencia, infracción del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, y del Real Decreto 177/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el sistema de precios de referencia y de agrupaciones homogéneas de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, y determinados sistemas de información en materia de financiación y precios de los medicamentos y productos sanitarios. Sin embargo, el Tribunal Supremo no acoge ninguna de las alegaciones de Sanofi y desestima su recurso.

(i) En primer lugar, Sanofi objeta que la «vía de administración» que caracteriza a los conjuntos no es la misma y, por tanto, un grupo de presentaciones, aunque tengan idéntico principio activo, no pueden pasar a formar parte del mismo conjunto si no presentan la concreta vía de administración que caracteriza a dicho conjunto según la Orden.

Efectivamente, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios había autorizado el uso de las presentaciones de Sanofi únicamente a través de la vía intramuscular y excepcionalmente por vía subcutánea, tal y como figuraba en sus respectivas fichas técnicas.

Sin embargo, remitiéndose a sus sentencias anteriores de 9 y 21 de marzo de 2017, el Tribunal entiende que sí que existe fundamento científico y técnico para establecer como una vía de administración idéntica la «vía parenteral» que comparten las presentaciones de los conjuntos objeto del recurso. Y ello porque, aun cuando en la autorización de comercialización de dichos medicamentos (y, por tanto, en su ficha técnica) se fije específicamente y con todo detalle la vía de administración concreta (esto es, la vía intramuscular y subcutánea), *«esta precisión puede no ser la misma que cuando se forman los conjuntos de referencia, que constituyen simplemente un sistema de control del gasto farmacéutico»*. Así, *«la idéntica vía de administración se cumple, para la exclusiva fijación de los conjuntos de referencia, mediante la vía parenteral, sin que las especificidades de los modos subcutáneo o intramuscular tengan sustantividad propia, a tenor de lo sustanciado en este recurso, para ser consideradas vías de administración diferentes»*.

(ii) El Tribunal descarta también la pretendida vulneración del principio de confianza legítima alegada por la recurrente. El principio de protección de la confianza legítima *«comporta el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones»*. Teniendo esto en cuenta, y de nuevo citando jurisprudencia anterior, el Tribunal declara que *«la protección de la confianza legítima no abarca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular»*, debiendo su violación ser apreciada por los tribunales cuando éstos constaten *«que el poder público utiliza de forma injustificada y abusiva sus potestades normativas, adoptando medidas desvinculadas de la persecución de fines de interés general, que se revelen inadecuadas para cumplir su objetivo y que sorprendan las expectativas legítimas de los destinatarios de la norma, lo que no cabe apreciar en la formulación de los conjuntos de referencia contenidos en la Orden impugnada»*.

(iii) Asimismo, Sanofi defiende que era aplicable a este supuesto lo dispuesto en el artículo 3.4 del Real Decreto 177/2014, ya que algunas presentaciones no estaban siendo comercializadas en el momento en que se dictó la Orden y, por tanto, no debieron ser tenidas en cuenta a efectos de los conjuntos aprobados por ella. El Tribunal entiende, sin embargo, que a estas presentaciones en concreto sería de aplicación el artículo 5.3 y no el 3.4 del Real Decreto 177/2014, puesto que la Orden se refería a *«presentaciones cuya inclusión en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud ya ha sido acordada formalmente»*, pero *«no se producirá hasta un momento posterior a la fecha de entrada en vigor y de aplicación de la Orden»*.

(iv) Por último, Sanofi discute el precio de referencia establecido en un conjunto en concreto para una de sus presentaciones, para el que se había tenido en cuenta el «Precio Industrial de Referencia Ponderado», previsto en el artículo 4.4 del Real Decreto 177/2014. La recurrente alega que este sistema de cálculo se había aplicado erróneamente, fijando un precio inferior al de la anterior Orden SSI/1225/2014 y que era incluso inferior al precio de transferencia inter-compañía, que se veía incrementado al tratarse de una vacuna y requerir cadena en frío. El Tribunal, de nuevo, no comparte esta postura y entiende, por un lado, que

la aplicación de la media ponderada puede revisarse (en línea con la obligación de proceder a la actualización del sistema de precios de referencia anualmente, según el artículo 5 del Real Decreto 177/2014); y, por otro, que la recurrente no aporta prueba suficiente para demostrar que el precio fijado por la Orden no garantiza la viabilidad económica de la fabricación de dicha presentación ni que, en definitiva, se produzca la erosión de precios alegada.

TRANSPORTE, MARÍTIMO Y LOGÍSTICA*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Transporte ferroviario. Espacio ferroviario único

Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2177 de la Comisión, de 22 de noviembre de 2017 relativo al acceso a las instalaciones de servicio y a los servicios ferroviarios conexos (DOUE L 307/1 de 23 de noviembre de 2017).

Este Reglamento aplicable a partir del 1 de junio de 2019, establece las normas sobre el procedimiento y los criterios que deben seguirse para el acceso a los servicios prestados en las instalaciones de servicios recogidas en los puntos 2, 3 y 4 del anexo II de la Directiva 2012/34/UE.

Contempla la posibilidad de eximir de la aplicación de todas o parte de dichas normas a los explotadores de instalaciones de servicios de menor importancia estratégica para el funcionamiento del mercado, según los requisitos del artículo 2 del Reglamento. La exención podrá revocarse cuando dejen de cumplirse los requisitos del artículo 2 del Reglamento.

Además de las normas y criterios de prioridad para otorgar el acceso a las instalaciones de servicio, el Reglamento establece un procedimiento de coordinación para intentar conseguir la compatibilización de todas las solicitudes mediante la negociación y la coordinación con los candidatos considerados. También contempla una serie de alternativas viables cuando el proceso de coordinación resulte insuficiente.

[España]

Marítimo. Construcción de buques

Real Decreto 874/2017, de 29 de septiembre, por el que se regula el apoyo oficial en forma de subvención al tipo de interés de los créditos para la construcción de buques (BOE 269 de 6 de noviembre de 2017)

Al igual que preveía el Real Decreto 442/1994, de 11 de marzo derogado por esta norma, este Real Decreto regula el apoyo oficial en forma de subvención al tipo de interés de los créditos concedidos por entidades de crédito a armadores nacionales o extranjeros, a astilleros y a terceros para la construcción o transformación de buques en astilleros españoles.

Podrán ser beneficiarias las entidades financieras que concedan créditos a los armadores nacionales o extranjeros, a astilleros y a terceros, para la construcción o transformación de buques en astilleros españoles para la construcción de buques de casco metálico de más de 100 GT, que dispongan de la autorización administrativa.

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

En el supuesto de operaciones de financiación de contratos de construcción de buques que, habiendo sido presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto, no hayan podido ser atendidas al amparo del anterior Real Decreto 442/1994, de 11 de marzo, las entidades financieras podrán reiterar la solicitud de ayuda de acuerdo con las normas del presente Real Decreto siempre que se cumplan sus requisitos. El plazo para dicha reiteración será de cuatro meses a contar desde la entrada en vigor de este Real Decreto.

Real Decreto 873/2017, de 29 de septiembre, por el que se regula la concesión de ayudas al sector de construcción naval en materia de investigación, desarrollo e innovación (BOE 269 de 6 de noviembre de 2017).

Con el fin de potenciar la capacidad competitiva del sector de la construcción naval y la diferenciación tecnológica de productos y procesos, esta norma regula la concesión directa de ayudas al sector en España en materia de investigación, desarrollo e innovación. Las actividades a las que se refiere este Real Decreto deberán desarrollarse en territorio español.

Podrán ser beneficiarios de las ayudas al sector naval en materia de I+D+i las empresas del sector naval (astilleros) autorizadas en España para la construcción de buques de casco metálico de más de 100 GT.

Las ayudas solicitadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma, y anteriores a 1 de enero de 2017, se regirán por la normativa vigente al tiempo de su solicitud. Las ayudas solicitadas a partir de 1 de enero de 2017, se regirán por este Real Decreto.

Buques. Inspección y control

Resolución de 12 de junio de 2017, de la Dirección General de la Marina Mercante, por la que se publica la lista de organizaciones de inspección y reconocimiento de buques autorizadas por la Administración Marítima Española (BOE 160 de 6 de julio de 2017).

El Real Decreto 877/2011, de 24 de junio, sobre reglas y estándares comunes para las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques y para las actividades correspondientes de la Administración marítima tiene por objeto establecer las condiciones y requisitos que deben cumplir las organizaciones y sociedades de clasificación de buques para ser reconocidas por la Comisión Europea y ser autorizadas por la Administración marítima para efectuar en su nombre las funciones de inspección, reconocimiento y certificación de los buques de su propio pabellón, en cumplimiento de los convenios internacionales y de las normas de carácter nacional sobre seguridad en el mar y prevención de las contaminación marítima.

En virtud del artículo 9.5 del citado Real Decreto 877/2011, la Dirección General de la Marina Mercante debe publicar en el Boletín Oficial del Estado, con carácter periódico, la lista de organizaciones autorizadas. Mediante la Resolución de 12 de junio de 2017, la Dirección General de la Marina Mercante resuelve comunicar a las organizaciones que, hasta la fecha, han sido autorizadas para realizar las tareas de inspección de buques en nombre de la Administración marítima, y ordena publicar tal resolución en el Boletín Oficial del Estado en cumplimiento con el referido artículo 9.5 del Real Decreto 877/2011.

Puertos. Galicia

Ley 6/2017, de 12 de diciembre, de puertos de Galicia (DOG 236 de 14 de diciembre de 2017)

La presente Ley 6/2017 tiene por objeto establecer la organización portuaria de Galicia y el régimen jurídico de los puertos e instalaciones portuarias que son competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia, que comprende la determinación, planificación, construcción, gestión y utilización del dominio público portuario, la prestación de servicios en los puertos, así como las medidas de policía portuaria y el régimen sancionador.

A tal efecto, esta Ley regula, entre otros aspectos, (i) la totalidad de los puertos e instalaciones portuarias de Galicia, excluidos los calificados de interés general; (ii) la ejecución de obras y la ampliación o construcción de nuevos puertos; y (iii) las competencias que en materia de puertos corresponden a la Administración autonómica.

La Ley será de aplicación a: (i) los puertos marítimos situados en la Comunidad Autónoma de Galicia que no hayan sido calificados de interés general y que se enumeran en el Anexo a la Ley; (ii) las instalaciones marítimas, que no constituyan instalaciones menores según la normativa de costas, que formen parte de un puerto de competencia autonómica o estén adscritas a él; (iii) las instalaciones portuarias; (iv) los puertos deportivos y zonas portuarias de uso náutico-deportivo; (v) los espacios pesqueros y destinados a usos náutico-deportivos ubicados en el recinto portuario de los puertos de interés general que hayan sido segregados de aquellos puertos y adscritos a la Comunidad Autónoma, de conformidad con lo previsto en la legislación de puertos del Estado y de la Marina Mercante; y (vi) las marinas interiores marítimo-terrestres que se integren en la zona de servicio de un puerto.

Además, la Ley también será de aplicación a los puertos e instalaciones fluviales y lacustres, en cuanto no se oponga a su propia naturaleza y a la legislación del dominio público hidráulico.

En relación con el régimen de transitoriedad que prevé la Ley, lo más destacado es que: (i) las concesiones y autorizaciones sobre bienes adscritos que supongan ocupación del dominio público portuario vigentes a la entrada en vigor de esta ley seguirán sujetas a las mismas condiciones en las cuales se otorgaron, salvo en lo que atañe a las tasas que sean de aplicación, que se adaptarán a lo dispuesto en Ley y en la legislación autonómica; y (ii) las personas que estén desarrollando actividades industriales, comerciales o de servicios al público en el ámbito de un puerto con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, podrán seguir desarrollando su actividad en las mismas condiciones anteriores, si bien deberán adaptarse a las disposiciones que establezcan los pliegos generales que regulen su actividad en un plazo de seis meses a partir de la publicación de dichos pliegos.

Transporte aéreo. Aeronaves pilotadas por control remoto

Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el Real Decreto 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el Real Decreto 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea (BOE 316 de 29 de diciembre de 2017).

El Real Decreto 1036/2017 tiene por objeto establecer el régimen jurídico aplicable a las aeronaves civiles pilotadas por control remoto («RPA») a las que no es aplicable el Reglamento (CE) 216/2008, así como a las operaciones y actividades realizadas por ellas.

A tal efecto, este Reglamento regula, entre otros aspectos, (i) la identificación, las organizaciones de diseño y producción, y el mantenimiento de las RPAs; (ii) las condiciones para su utilización en el espacio aéreo; y (iii) los requisitos para operar y pilotar las citadas aeronaves.

Transporte ferroviario. Circulación ferroviaria

Real Decreto 1011/2017, de 1 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 664/2015, de 17 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Ferroviaria (BOE 8 de 9 de enero de 2018)

Este Real Decreto modifica el Reglamento de Circulación Ferroviaria aclarando su contenido y supliendo las carencias detectadas, entre otros aspectos, en sus definiciones y descripción de señales.

Una de las novedades más relevantes es la modificación del régimen transitorio del Real Decreto 664/2015 con la finalidad de incrementar la seguridad en la circulación ferroviaria. Así, a partir del 30 de abril de 2019 no se admitirá en la red ferroviaria la circulación bajo el sistema analógico ASFA (Anuncio de Señales y Frenado Automático), sino que deberá sustituirse por el sistema digital. También se contempla la obligación para los administradores de infraestructuras —con excepción de los puertos— de elaborar un Plan de Mejora de los Equipamientos de Seguridad en la red con objeto de minimizar los riesgos derivados del factor humano.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

Fijación de las cantidades a indemnizar a los perjudicados por el caso del Prestige

Auto número 1056/2017 de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección primera, de 15 de noviembre de 2017

Tras la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 14 de enero de 2016, que condena al capitán del buque «Prestige» por un delito contra el medioambiente en la modalidad agravada de deterioro catastrófico, y se declara la responsabilidad civil del Capitán, del Club de Protección e Indemnización, del Fondo Internacional de Indemnización de Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos (FIDAC), conforme a los límites expresamente establecidos en el propio Convenio, y la responsabilidad subsidiaria de la sociedad propietaria del buque; la Audiencia Provincial de La Coruña por vía de ejecución de sentencia ha determinado las cantidades que procede indemnizar a los perjudicados.

Entre otras, la Sala ha fijado la indemnización que corresponde al Estado Español en aproximadamente 1.574 millones de euros, al Estado Francés en la suma de 61 millones de euros y a la Xunta de Galicia en 1,8 millones de euros. Frente a este auto cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Contratación de transporte terrestre. Acción directa del transportista efectivo frente al cargador en una cadena de subcontratación. La acción directa como garantía para el transportista efectivo.

Sentencia número 644/2017 del Tribunal Supremo, sala de lo civil, de 24 de noviembre de 2017

La Sala analiza la acción directa regulada por la Disposición Adicional sexta de la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres por medio de la cual se otorga al transportista efectivo acción directa contra el cargador principal y todos los que le hayan precedido en la cadena de subcontratación, en caso de impago del precio del transporte por quien lo hubiese contratado. En particular, la sentencia analiza si el cargador demandado responde sólo hasta la cantidad que adeude al porteador intermedio, de forma consistente con el régimen general establecido en el art. 1597 CC para los contratos de obra, o si, por el contrario, habrá de hacerlo aún cuando ya hubiese pagado el precio del transporte al intermediario, es decir, pudiéndose ver obligado a abonar dos veces el precio del mismo transporte (sin perjuicio de la eventual acción de repetición).

La Sala concluye que la acción directa es un instrumento jurídico novedoso, con precedentes en el Derecho comparado (Código de Comercio francés y Decreto legislativo 286/2005, sobre transporte de mercancías italiano), que incorpora una garantía adicional de pago para el transportista efectivo, constituyendo al cargador principal y a los subcontratistas intermedios en garantes solidarios del pago del precio al transportista final, aunque ya hubieran pagado al subcontratista al tiempo de recibir la reclamación del transportista efectivo. La Sala argumenta lo anterior comparando el proyecto de Ley con la redacción finalmente aprobada, en la cual se eliminó precisamente una limitación en línea con el art. 1597 CC.

Por tanto, la Sala entiende que la acción directa se constituye como «norma propia y específica del contrato de transporte terrestre», que existe con independencia de que el reclamado hubiera o no satisfecho al operador con el que hubiera contratado. Atiende además a una interpretación finalista (art. 3 CC) de la norma, entendiéndose que debe servir de garantía a los transportistas finales, normalmente empresas de menor tamaño y parte más débil de la cadena de transporte. La Sala termina concluyendo que la única forma para el cargador de no ser objeto de esta acción es, en atención a lo expuesto, prohibir la subcontratación del transporte.

TRIBUTARIO*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

— *Real Decreto 1070/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifican el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el RD 1065/2007, de 27 de julio, y el RD 1676/2009, de 13 de noviembre, por el que se regula el Consejo para la Defensa del Contribuyente (BOE de 30 de diciembre de 2017)*

— *Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio (BOE de 30 de diciembre de 2017)*

— *Real Decreto 1072/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento General del Régimen Sancionador Tributario aprobado por el Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre (BOE de 30 de diciembre de 2017)*

— *Real Decreto 1073/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento general de desarrollo de la LGT, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo (BOE de 30 de diciembre de 2017)*

— *Real Decreto-ley 20/2017, de 29 de diciembre, por el que se prorrogan y aprueban diversas medidas tributarias y otras medidas urgentes en materia social (BOE de 30 de diciembre de 2017)*

[Portugal]

Obrigatoriedade de publicação dos dados sobre transferências e envio de fundos para países, territórios e regiões com regime de tributação privilegiada

Lei n.º 14/2017 (DR 85, SÉRIE I, de 3 de maio de 2017)

A referida Lei procedeu à alteração da Lei Geral Tributária («LGT»), determinando a obrigatoriedade da publicação anual pela Autoridade Tributária e Aduaneira («AT») do valor total e destino das transferências e envio de fundos para países, territórios e regiões com regime de tributação privilegiada.

Esta obrigação da AT veio a ser objeto de regulamentação através da Portaria n.º 256/2017, de 14 de agosto de 2017.

Acordo entre a República Portuguesa e a Federação de São Cristóvão e Neves sobre Troca de Informações em Matéria Fiscal

Resolução da Assembleia da República n.º 78/2017 (DR 94, SÉRIE I, de 16 de maio de 2017)

Decreto do Presidente da República n.º 37/2017 (DR 94, SÉRIE I, de 16 de maio de 2017)

Os atos em referência procederam à aprovação e ratificação do Acordo entre a República Portuguesa e a Federação de São Cristóvão e Neves sobre Troca de Informações em Matéria Fiscal, assinado em Basseterre, em 29 de julho de 2010.

O Acordo em apreço deverá entrar em vigor após a notificação de que foram cumpridos os procedimentos internos de cada parte necessários para esse efeito.

* Esta sección ha sido coordinada por Jesús López-Tello y Miguel Bastida Peydro, y en su elaboración ha participado Susana Estevão Gonçalves y Catarina Fernandes, del Área de Fiscal de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

Convenção entre Portugal e Andorra para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento

Aviso n.º 54/2017 (DR 98, SÉRIE I, de 22 de maio de 2017)

O presente diploma tornou público o cumprimento das formalidades constitucionais de aprovação da Convenção entre a República Portuguesa e o Principado de Andorra para evitar a dupla tributação e evitar a evasão fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento, assinada em Nova Iorque, em 27 de setembro de 2015.

A referida Convenção entrou em vigor em 23 de abril de 2017.

Imposto do Selo («IS») - Titular do interesse económico nas taxas relativas a operações de pagamento baseadas em cartões

Lei n.º 22/2017 (DR 99, SÉRIE I, de 23 de maio de 2017)

A presente Lei procedeu à alteração do CIS, clarificando que nas operações de pagamento com cartões, sujeitas a IS nos termos da verba 17.3.4. da Tabela Geral do Imposto do Selo, consideram-se titulares do interesse económico, devendo, consequentemente suportar o encargo do imposto: «*as instituições de crédito, sociedades financeiras ou outras entidades a elas legalmente equiparadas e quaisquer outras instituições financeiras a quem aquelas forem devidas*».

Esta alteração entrou em vigor no dia 24 de maio de 2017.

Regime de Comunicação de Informações Financeiras («RCIF»)

Portaria n.º 169/2017 (2017DR 101, SÉRIE I, de 25 de maio de 2017)

A referida Portaria procedeu à alteração do anexo à Portaria n.º 302-A/2016, de 2 de dezembro, que aprovou a estrutura e conteúdo do ficheiro a utilizar, pelas instituições financeiras reportantes, para efeitos do cumprimento das suas obrigações de comunicação à AT das informações relativas às «*contas do EUA sujeitas a comunicação*» e dos nomes das «*instituições financeiras não participantes*» caso tenham efetuado pagamentos a essas instituições financeiras, bem como o montante total dos pagamentos efetuados a cada uma dessas instituições financeiras, no âmbito do RCIF aprovado pelo artigo 239.º da Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro.

Esta alteração entrou em vigor no dia 26 de maio de 2017.

Balcão único dos Tribunais Administrativos e Fiscais

Portaria n.º 178/2017 (DR 104, SÉRIE I, de 30 de maio de 2017)

A Portaria em apreço cria o Balcão Único dos Tribunais Administrativos e Fiscais com vista a possibilitar o acesso de qualquer cidadão a informações e certidões relativas a processos pendentes nestes tribunais, a entrega de peças processuais ou documentos em suporte físico, quando admissível, e a consulta de processos.

A referida Portaria entrou em vigor no dia 1 de junho de 2017 e estabelece que o Balcão Único funcionará apenas no Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra durante um período experimental que terminará no final do ano de 2017. Apenas após aquela data, e em função das conclusões do período experimental, este modelo de organização da secretaria será estendido a todos os tribunais.

Imposto sobre Veículos («ISV») - Cumprimento eletrónico das obrigações declarativas

Decreto-Lei n.º 53/2017 (DR 105, SÉRIE I, de 31 de maio de 2017)

O referido Decreto-Lei procedeu à desmaterialização das formalidades declarativas dos sujeitos passivos em sede de ISV, passando a estabelecer que a declaração aduaneira de veículos («DAV») a apresentar pelos sujeitos passivos, para efeitos de introdução no consumo e liquidação do imposto incidente sobre os veículos que não possuam matrícula nacional, passa a ser: «*exclusivamente processada por transmissão eletrónica de dados, com exceção da declaração que respeite à transformação de veículos, alteração do número de chassis ou da cilindrada, bem como a outros factos geradores de imposto que ocorram em momento posterior à atribuição da matrícula nacional*» ao invés do anterior sistema em que a DAV era emitida pelas alfândegas e levantada presencialmente pelos sujeitos passivos.

O Decreto-Lei em referência eliminou, igualmente, a obrigação relativa à Declaração Complementar de Veículo para efeitos de liquidação do imposto incidente sobre os veículos que possuam matrícula nacional.

As alterações introduzidas pelo presente Decreto-Lei entraram em vigor no dia 1 de julho de 2017, com algumas exceções expressamente previstas no referido Decreto-Lei.

Imposto sobre o rendimento das pessoas singulares («IRS») - Declaração de Títulos de Compensação Extrassalarial

Portaria n.º 180/2017 (DR 105, SÉRIE I, de 31 de maio de 2017)

A Portaria em referência aprova o novo modelo da Declaração Modelo 18 (Declaração de Títulos de Compensação Extrassalarial, para cumprimento da obrigação prevista no artigo 126.º, n.º 2, do Código do Imposto sobre o rendimento das pessoas singulares («CIRS»), de comunicação à AT da identificação fiscal das entidades adquirentes de títulos de compensação extrassalarial e respetivos montantes discriminados por tipo de compensação, aplicável às operações realizadas a partir de 1 de janeiro de 2016.

Estão abrangidos por esta declaração, entre outros, os vales refeição.

A referida Portaria estabelece que a Declaração Modelo 18, relativa ao ano de 2016, poderá ser entregue até 31 de julho de 2017.

IVA - Tax free - Sistema eletrónico de comunicação dos dados dos viajantes e das respetivas aquisições

Portaria n.º 185/2017 (DR 106, SÉRIE I, de 1 de junho de 2017)

A Portaria em apreço procedeu à regulamentação do Decreto-Lei n.º 19/2017, de 14 de fevereiro, o qual estabeleceu um sistema eletrónico de comunicação, em tempo real, dos dados dos viajantes que adquiram bens em Portugal e das respetivas aquisições, com vista a agilizar o procedimento de verificação dos pressupostos 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.

Assimetrias híbridas que envolvam países terceiros

Diretiva 2017/952, de 29 de maio de 2017 (JOUE L 144/2017, de 7 de junho)

A Diretiva em referência procedeu à alteração da Diretiva 2016/1164, que aprovou o «pacote antielisão fiscal» na sequência das conclusões da OCDE sobre o *Base Erosion and Profit Shifting* («BEPS»), no que respeita às assimetrias híbridas com países terceiros.

Atendendo a que a Diretiva 2016/1164 abrangia exclusivamente assimetrias híbridas entre os sistemas de tributação dos Estados-Membros, a presente Diretiva vem regular também as situações de assimetrias híbridas - que resultem de duplas deduções, de conflitos na qualificação de instrumentos financeiros, pagamentos e entidades, ou da imputação de pagamentos -, que envolvam países terceiros de modo a «estabelecer regras que neutralizem as assimetrias híbridas de uma forma tão abrangente quanto possível».

Declaração de Operações Transfronteiras (Modelo 38)

Portaria n.º 191/2017 (DR 115, SÉRIE I, de 16 de junho de 2017)

A Portaria em apreço aprovou um novo modelo de Declaração de Operações Transfronteiras (Modelo 38), na qual passaram a estar incluídos dois novos campos relativos ao número total e ao valor total dos registos e esclareceu que devem ser reportadas «*não apenas as transferências individuais superiores a 12 500 euros mas também as operações fracionadas que no seu conjunto excedam aquele montante*» que tenham como destinatário entidade localizada em país, território ou região com regime de tributação mais favorável.

O novo Modelo de Declaração Modelo 38 será utilizado para comunicação de operações relativas a transferências e envios de fundos efetuados a partir de 1 de janeiro de 2016.

Convenção entre Portugal e San Marino para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento

Aviso n.º 61/2017 (DR 122, SÉRIE I, 27 de junho de 2017)

O presente diploma tornou público o cumprimento das formalidades constitucionais de aprovação da Convenção entre a República Portuguesa e a República de San Marino para evitar a dupla tributação e evitar a evasão fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento, assinada em San Marino, em 18 de novembro de 2010.

A referida Convenção entrou em vigor em 3 de dezembro de 2015.

Compensação de dívidas tributárias com créditos não tributários

Portaria n.º 201-B/2017, 30 de junho (DR 125, 1.º SUPLEMENTO, SÉRIE I, de 30 de junho de 2017)

A Portaria em apreço estabelece os procedimentos a adotar para efeitos da compensação, prevista no artigo 90.º-A do CPPT, de dívidas tributárias com créditos não tributários sobre a administração central direta do Estado, que tenham sido reconhecidos por decisão judicial transitada em julgado e sejam certos, exigíveis e líquidos.

A referida Portaria entrou em vigor no dia 1 de julho de 2017.

Convenção entre Portugal e o Vietname para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento

Aviso n.º 68/2017, 4 de julho (DR 127, SÉRIE I, de 4 de julho de 2017)

O presente diploma tornou público o cumprimento das formalidades constitucionais de aprovação da Convenção entre a República Portuguesa e a República Socialista do Vietname para evitar a dupla tributação e evitar a evasão fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento, assinada em Lisboa, em 3 de junho de 2015.

A referida Convenção entrou em vigor em 9 de novembro de 2016.

Imposto sobre o valor acrescentado («IVA») - Importação de bens - Opção por inclusão na declaração periódica

Portaria n.º 215/2017, de 20 de julho (DR 139, SÉRIE I, de 20 de julho de 2017)

A referida Portaria regulamenta a forma e prazo de exercício da opção, prevista no artigo 27.º, n.ºs 8 e 9, do Código do Imposto sobre o valor acrescentado («CIVA»), pelo pagamento do IVA devido pelas importações de bens, mediante a sua inclusão na declaração periódica do IVA juntamente com o imposto devido pelas restantes operações tributáveis, com vista a permitir a entrega ao Estado apenas do valor positivo da diferença entre o imposto liquidado e o imposto dedutível.

A Portaria em apreço produzirá efeitos a partir de 1 de março de 2018. Não obstante, foram introduzidas regras transitórias aplicáveis por referência aos bens elencados no Anexo C do CIVA (excetuando os óleos minerais) com efeitos 1 de setembro de 2017.

Portaria n.º 221/2017, de 21 de julho (DR 140, SÉRIE I, de 21 de julho de 2017)

A Portaria em apreço aprovou novos modelos da declaração periódica de IVA e do anexo R e respetivas instruções de preenchimento, de modo a contemplar as importações de bens constantes do Anexo C (com exclusão dos óleos minerais) do CIVA relativamente aos quais tenha sido exercida, pelo sujeito passivo, a opção pela inclusão na declaração periódica do IVA.

Os novos modelos aplicam-se por referência aos períodos de imposto que se iniciaram a partir de 1 de setembro de 2017.

Despacho normativo n.º 7/2017, de 8 de agosto (DR 152, SÉRIE II, de 8 de agosto de 2017)

O Despacho em referência procede à alteração das instruções de preenchimento da Relação de Fornecedores e da Relação de Clientes, ambas a apresentar pelos sujeitos passivos em caso de pedido de reembolso do IVA, de modo a contemplar as importações de bens constantes do Anexo C (com exclusão dos óleos minerais) relativamente aos quais tenha sido exercida, pelo sujeito passivo, a opção pela inclusão na declaração periódica do IVA.

Morada única digital - Notificações eletrónicas

Decreto-Lei n.º 93/2017, de 1 de agosto (DR 147, SÉRIE I, de 1 de agosto de 2017)

O presente Decreto-Lei veio (i) criar a morada única digital; (ii) criar o serviço público de notificações eletrónicas associadas à morada única digital («serviço público de notificações»); e, (iii) regular o envio e receção de notificações eletrónicas, através do serviço público de notificações.

O novo regime aplica-se às pessoas, singulares e coletivas, públicas e privadas, nacionais e estrangeiras, que voluntariamente indiquem um endereço de correio eletrónico como morada única digital e adiram ao serviço público de notificações.

O referido Decreto-Lei alterou a LGT, o Código de procedimento e de processo tributário («CPPT»), o Regime complementar da inspeção tributária e aduaneira («RCIPTA») e o Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, estabelecendo, designadamente, que: (i) a obrigatoriedade de designação de representante fiscal ou de adesão à caixa postal eletrónica não se aplica aos sujeitos passivos que adiram ao serviço público de notificações; (ii) todas as notificações ou citações efetuadas para a morada única digital se consideram efetuadas no quinto dia posterior ao registo da disponibilização daquelas no sistema público de notificações ou na caixa postal eletrónica do notificando, conforme aplicável; e, (iii) as citações efetuadas para a morada única digital valem como citação pessoal.

O Decreto-Lei em referência entrou em vigor no dia 1 de julho de 2017 e o sistema informático de suporte ao serviço público de notificações será disponibilizado até ao final do ano de 2017.

Troca automática de informações relativas a contas financeiras

Portaria n.º 255/2017, de 14 de agosto (DR 156, SÉRIE I, de 14 de agosto de 2017)

A referida Portaria procedeu à alteração da Portaria n.º 302-D/2016, de 2 de dezembro, passando a abranger Hong Kong, Líbano, Paquistão, Emirados Árabes Unidos, Singapura e Turquia na lista de jurisdições participantes do *Common Reporting Standard* («CRS»).

Benefícios fiscais - Mecenato científico

Lei n.º 85/2017, de 18 de agosto (DR 159, SÉRIE I, de 18 de agosto de 2017)

A Lei em referência procede, designadamente, à prorrogação da vigência dos benefícios fiscais relativos ao mecenato científico, previstos no artigo 62.º-A do Estatuto dos benefícios fiscais.

Imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas («IRC») - Registo central do beneficiário efetivo

Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto (DR 160, SÉRIE I, de 21 de agosto de 2017)

A Lei em apreço veio aprovar o regime jurídico do registo central do beneficiário efetivo («RCBE») transpondo para a ordem jurídica portuguesa o capítulo III da Diretiva UE 2015/849, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015.

Com relevância em matéria fiscal, a referida Lei procedeu à alteração do artigo 14.º do Código do Imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas («CIRC»), estabelecendo a inaplicabilidade da isenção de IRC aí prevista com respeito à distribuição de lucros e de reservas por entidades portuguesas a entidades não residentes que cumpram as condições aí previstas (nomeadamente, que detenham uma participação mínima de 10% há mais de um ano) nos casos em que: (i) a entidade residente em território português que procede à distribuição dos lucros e reservas não cumpra as obrigações previstas no RCBE; e, (ii) o(s) beneficiário(s) efetivo(s) declarado(s) tenham residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscalmente mais favorável, a menos que o sujeito passivo demonstre que a sociedade beneficiária de tais rendimentos não integra uma construção ou série de construções não genuínas por terem sido realizadas «com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que o objeto e finalidade de eliminar a dupla tributação sobre tais rendimentos».

A presente Lei entrou em vigor em 19 de novembro de 2017.

Pagamentos em numerário - Limites

Lei n.º 92/2017, de 22 de agosto (DR 161, SÉRIE I, de 22 de agosto de 2017)

A referida Lei procedeu à alteração da LGT e do Regime geral das inspeções tributárias («RGIT»), estabelecendo: (i) uma proibição de realizar ou receber pagamentos em numerário em transações, de qualquer natureza, que envolvam montantes iguais ou superiores a € 3.000 (ou a € 10.000 no caso de pagamentos realizados por não residentes que não atuem na qualidade de empresários ou comerciantes); (ii) a obrigação de os sujeitos passivos de IRC e dos sujeitos passivos de IRS obrigados a dispor de contabilidade organizada procederem ao pagamento das faturas de valores que, de forma individual ou agregada, excedam € 1.000 através de meio de pagamento que permita a identificação do destinatário (v.g. transferência bancária, cheque nominativo ou débito direto); (iii) a proibição de pagamento em numerário de impostos cujo montante exceda € 500; (iv) a inaplicabilidade deste regime às operações com «entidades financeiras cujo objeto legal compreenda a receção de depósitos, a prestação de serviços de paga-

mento, a emissão de moeda eletrónica ou a realização de operações de câmbio manual, nos pagamentos decorrentes de decisões ou ordens judiciais»; e (v) que a realização de transações em numerário de valores superiores aos referidos limites é punida com coima de € 180 a € 4.500.

A referida Lei aplica-se a todos os pagamentos realizados em ou após o dia 23 de agosto de 2017 ainda que as transações na origem de tais pagamentos sejam anteriores.

Troca automática de informações relativas a decisões e acordos prévios sobre preços de transferência e outras alterações

Lei n.º 98/2017, de 24 de agosto (DR 163, SÉRIE I, de 24 de agosto de 2017)

A referida Lei procedeu à transposição da Diretiva n.º 2015/2376, do Conselho, de 8 de dezembro de 2015, no que respeita à troca automática de informações relativas a decisões fiscais prévias transfronteiriças e acordos prévios sobre preços de transferência e da Diretiva 2016/881, do Conselho, de 25 de maio de 2016 no que respeita às regras relativas à declaração por país ao abrigo de convenções internacionais mediante a alteração da Lei n.º 61/2013, de 10 de maio.

A Lei em apreço veio estabelecer que: (i) as disposições respeitantes à troca obrigatória e automática de informações relativas a decisões fiscais prévias transfronteiriças e acordos prévios sobre preços de transferência aplicam-se entre Estados Membros da UE e, com as devidas adaptações, «na comunicação que deva ser efetuada, mediante troca espontânea de informações, às autoridades competentes de outras jurisdições ao abrigo de convenção ou outro instrumento jurídico internacional, dando cumprimento aos requisitos internacionalmente exigíveis»; e, (ii) as disposições relativas à troca obrigatória e automática de informações relativas à declaração por país aplicam-se entre Estados Membros da UE e, com as devidas adaptações, com outras jurisdições «que implementem a declaração por país, ao abrigo de instrumento jurídico da União Europeia» e «quando exista obrigação de troca automática de informação decorrente de convenção ou outro instrumento jurídico internacional celebrado com essa jurisdição [...]»

Esta Lei introduziu, ainda, alterações em diversos diplomas, entre as quais se destacam:

- Em sede de IRC, é alterado o artigo 121.º-A, do CIRC que estabelece os termos, condições e requisitos da declaração financeira e fiscal por país;
- Em sede de comunicação de informações financeiras, cujo regime foi aprovado pela Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro, a dispensa de obrigações de comunicação de informações financeiras passou a abranger a generalidade dos «fundos de pensões e equiparáveis que se constituam ou operem de acordo com a legislação nacional para a concessão de benefícios conexos com pensões de reforma, invalidez ou morte, ou qualquer combinação destes, que verifiquem os requisitos a definir por Decreto-Lei»;
- Em sede do RGIT, passou a estabelecer-se que, aos valores das coimas devidas pela falta da apresentação da documentação respeitante à política adotada em matéria de preços de transferência ou pela falta ou atraso na apresentação da declaração financeira e fiscal, as quais variam entre € 500 e € 10.000, passam a acrescer 5 % do valor da coima por cada dia de atraso.

O presente diploma veio ainda alterar a LGT estabelecendo que as informações vinculativas passam a caducar no prazo de quatro anos após a data da sua emissão, salvo se o sujeito passivo solicitar a sua renovação.

2 · JURISPRUDENCIA

[Espanña]

Procedimiento tributario. Inadmisión de solicitud de suspensión. Inadmisión improcedente

Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2017. Recurso casación 496/2017

El recurso de casación tiene su origen en una solicitud de suspensión sin garantías ante el TEAC, en la que el recurrente alegaba que la ejecución del acuerdo de liquidación impugnado podría producirle perjuicios de imposible o difícil reparación. El TEAC no admitió a trámite la solicitud porque no apreciaba que los perjuicios invocados fueran de imposible o difícil reparación.

El Tribunal Supremo entiende que cuando se solicita en la vía económico-administrativa la suspensión de la ejecución del acto reclamado sin presentación de garantías, o con dispensa parcial, porque la ejecución puede causar al interesado perjuicios de difícil o imposible reparación y el órgano llamado a resolver considera que con la documentación aportada (que no presenta defecto alguno susceptible de subsanación o cuyos defectos ya han sido subsanados) no se acredita, ni siquiera indiciariamente, la posible causación de esa clase de daños, no procede abrir un incidente de subsanación para solventar esa deficiencia probatoria, sino admitir a trámite la solicitud y desestimarla en cuanto al fondo.

Impuesto sobre Sociedades. Régimen especial para determinadas operaciones de reorganización empresarial. Motivo económico válido

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2017. Recurso de casación 2670/2016

La entidad recurrente había integrado en su patrimonio dos entidades propiedad de sus socios a través de sendas operaciones de aportación no dineraria. Posteriormente, en 2005, se aprobó la escisión parcial de la entidad con el fin de separar los activos inmobiliarios del resto de activos que fueron aportados a una entidad de nueva creación propiedad del matrimonio. Finalmente, en 2006, los cónyuges donaron sus participaciones en la entidad beneficiaria de la escisión a sus dos hijos.

La Inspección negó la aplicación del régimen de diferimiento al entender que el verdadero objetivo era la transmisión de las participaciones a los hijos, sin que hubiera un motivo económico válido en la operación de escisión. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que es posible que la escisión persiga no sólo la reorganización racional en términos económicos sino también articular una sucesión ordenada en la dirección de las empresas implicadas en la escisión. Por lo tanto, la finalidad de incorporar la siguiente generación al negocio familiar no anula el motivo económico de la escisión.

Impuesto sobre Sociedades. Régimen especial para determinadas operaciones de reorganización empresarial. Motivo económico válido

Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2017. Recurso 662/2015

La sociedad escindida se había dedicado tradicionalmente al comercio al por mayor de prendas de vestir y tocado. El accionariado de la sociedad escindida estaba compuesto por dos socios que, a su vez, eran administradores mancomunados y que presentan ideas divergentes en lo que respecta al futuro de la empresa (uno de ellos estaba decidido a iniciar su andadura en el sector de la promoción inmobiliaria, idea a la que el otro accionista se opone por completo). A la vista de esta situación, se decidió llevar a cabo una escisión total de la sociedad con división de su patrimonio y adjudicación a dos entidades beneficiarias preexistentes.

La Audiencia Nacional admite que la separación se realiza por un motivo económico que es la separación de patrimonios para proteger uno de ellos de los riesgos asociados a la promoción inmobiliaria.

Impuesto sobre el Valor Añadido. Determinación del porcentaje de prorrata

Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2017. Recurso 525/2014

La entidad recurrente es una sociedad cabecera de un grupo económico que realiza actividades de planificación estratégica y que concede préstamos a sus filiales, a las que además presta servicios corporativos. A efectos de la deducibilidad de las cuotas de IVA soportado, coexistían un sector diferenciado relativo a la financiación concedida a las filiales que no genera el derecho a la deducción de IVA y otro vinculado a los servicios de apoyo a la gestión que genera el derecho a la deducción plena del IVA soportado.

La Inspección consideró que la actividad de adquisición, tenencia y transmisión de participaciones tiene carácter habitual y por ello forma parte del sector diferenciado de financiación. Además, el importe de las plusvalías derivadas de la venta de participaciones sociales en las filiales debe tenerse en cuenta a efectos de determinar el porcentaje de prorrata común aplicable a los dos sectores diferenciados.

La Audiencia Nacional entiende que, a pesar de que las operaciones de transmisión obedezcan a un proceso de reorganización, se trata de una actuación que se produce en el marco de la planificación estratégica que realiza la cabecera del grupo. Dicha entidad adopta las decisiones de adquisición, transmisión o venta de participaciones con objeto, en definitiva, de mejorar los

resultados de las sociedades filiales. Por tanto, esas operaciones, son propias de la actividad habitual del grupo y deben incluirse en el denominador de la prorrata común a ambos sectores diferenciados.

[Portugal]

Imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis («IMT») - Isenção na aquisição de bens imóveis a empresas insolventes

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 3/2017 (DR 103, Série I, de 29 de maio de 2017)

O Acórdão em apreço foi proferido na sequência de apresentação de um recurso para uniformização de jurisprudência relativamente à aplicação da isenção do IMT prevista no artigo 270.º, n.º 2, do Código da Insolvência e Recuperação das Empresas («CIRE»), nos termos do qual: «*Estão igualmente isentos de imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis os actos de venda, permuta ou cessão da empresa ou de estabelecimentos desta integrados no âmbito de plano de insolvência ou de pagamentos ou praticados no âmbito da liquidação da massa insolvente*».

A questão a decidir pelo Supremo Tribunal Administrativo («STA») e que tem vindo a ser objeto de vários processos judiciais e arbitrais, prende-se com a interpretação do artigo 270.º, n.º 2, do CIRE, em concreto, com a questão de saber se a isenção de IMT aí prevista se aplica apenas à aquisição de bens imóveis no contexto da transmissão da universalidade da empresa insolvente ou de um estabelecimento desta ou se deve aplicar-se a 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.

No Acórdão proferido, o STA pronunciou-se sobre uma divergência entre um acórdão proferido por este mesmo tribunal e uma decisão arbitral sobre o mesmo tema, tendo uniformizado a jurisprudência, nos seguintes termos: «*a referida isenção de IMT é aplicável não apenas à aquisição de bens imóveis no contexto da transmissão da universalidade da empresa insolvente ou de um estabelecimento desta mas 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*».

Qualificação jurídica da Taxa Municipal de Proteção Civil («TMPC») como imposto - Inconstitucionalidade orgânica

Acórdão n.º 418/2017 de 13 de julho de 2017 (Processo: 789/2016) - Tribunal Constitucional

O Acórdão em apreço foi proferido na sequência da desaplicação, pelo Tribunal de primeira instância, de diversas normas do Regulamento Municipal de Proteção Civil de Vila Nova de Gaia («RMPC») com fundamento na sua inconstitucionalidade orgânica por ofensa da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, a qual motivou a apresentação de recurso pelo Ministério Público («MP»).

A questão a decidir pelo Tribunal Constitucional («TC») prende-se com a qualificação jurídica da TMPC como contribuição financeira, taxa ou imposto e com a eventual inconstitucionalidade das normas do RMPC.

No Acórdão proferido, o TC veio decidir que, em face dos contornos específicos deste tributo e, em particular, ante o facto de não existir «*um recorte suficientemente definido de prestações concretas da entidade pública e dos sujeitos que a elas dão causa ou delas beneficiam*» ou «*[...] elementos que suportem, neste âmbito, uma presunção suficientemente forte de uma relação de troca [...] suscetível de suportar a ideia de uma relação comutativa - individual ou de grupo*») é impossível a qualificação jurídica da TMPC como uma contribuição financeira ou uma taxa, devendo antes ser qualificada como imposto.

Em face da qualificação jurídica da TMPC como imposto, o TC concluiu que a sua aprovação «*[...] é da exclusiva responsabilidade da Assembleia da República, nos termos do artigo 165.º, n.º 1, alínea i), da CRP o que, inevitavelmente, acarreta a inconstitucionalidade orgânica do RTMPC*» pelo que a sua criação por regulamento municipal é inconstitucional devendo, por esse motivo, o recurso apresentado pelo MP ser julgado totalmente improcedente e mantida a decisão de primeira instância de desaplicação das referidas normas.

3 · RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

Impuesto sobre Sociedades. Compensación de bases imponibles negativas. Opción tributaria

Resolución de 4 de abril de 2017 (00/1510/2013)

La normativa del Impuesto sobre Sociedades reconoce a los sujetos pasivos el derecho a compensar bases imponibles negativas de ejercicios anteriores. El ejercicio de dicho derecho es potestativo y no imperativo, debiendo ser el sujeto pasivo el que decida, dentro de los límites legales establecidos para ello, si ejercita o no su derecho a la compensación, así como el importe de la misma.

Sobre la base de lo anterior, el sujeto pasivo que pudiera haber compensado bases imponibles negativas para obtener como resultado de su autoliquidación una cantidad a ingresar inferior a la resultante o una cantidad a devolver superior a la resultante, no podrá posteriormente, y fuera ya del plazo de autoliquidación en voluntaria, modificar la opción ya ejercitada de acuerdo con lo establecido en el artículo 119.3 de la Ley 58/2003, de 28 de diciembre, General Tributaria. El mismo criterio se debe aplicar al contribuyente que no hubiere presentado autoliquidación estando obligado a ello.

Impuesto sobre Sociedades. Reglas especiales de valoración. Operación de permuta

Resolución de 8 de febrero de 2018 (00/04476/2014)

A efectos de aplicar la regla especial de valoración prevista para las operaciones de permuta, la Inspección consideró que el valor del solar que debió tenerse en cuenta en una permuta a cambio de edificaciones futuras, era el valor de mercado del solar en el ejercicio en el que edificación que se entregaba estaba finalizada en un porcentaje superior al 80%. Por el contrario, el recurrente considera que la fecha que se debe tener en cuenta es la fecha de la escritura de la permuta.

El TEAC estima las alegaciones del recurrente y concluye que la fecha que debió tenerse en consideración a los efectos de determinar el valor de mercado del terreno recibido es la fecha de escritura de la permuta.

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Adquisición de acciones propias para reducción de capital. Calificación como ganancia patrimonial derivada de la separación de socios

Resolución de 8 de junio de 2017 (00/4724/2013)

Operación en la que el socio persona física transmite la totalidad de sus acciones a la sociedad y, como consecuencia, deja de participar en el capital de la misma. La sociedad amortiza parte de las acciones vía reducción de capital. Se plantea si la calificación que procede es la de rendimiento del capital mobiliario o la de ganancia patrimonial.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37.1.e) de la Ley 35/2006, de 26 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se califica como ganancia patrimonial la renta derivada de la separación de socios, sin distinguir o precisar las causas de aquella separación del socio de la sociedad, sin ahondar si esta resulta de lo dispuesto por la legislación mercantil, si resulta del contenido de los estatutos sociales o si es fruto de un acuerdo o pacto entre las partes.

4 · CONSULTAS A LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS

Impuesto sobre Sociedades. Canje de valores. Modificación de derechos económicos y políticos de las acciones emitidas

Consulta de 8 de noviembre de 2016 (V4701-16)

La entidad consulta, participaba, entre otras, en el 8,9% del capital de la entidad no residente A. En septiembre de 2015 la entidad A decidió unificar y red denominar los 3 tipos de acciones que formaban su capital a una sola clase. Así, todas las acciones otorgarían los mismos derechos políticos y económicos.

Como consecuencia de esta conversión, la entidad consultante mantuvo su participación en el capital de A pero vio reducido su porcentaje global de derechos económicos y políticos. Ante este cambio de acciones, la consultante se cuestiona si se habría producido una operación de

canje de acciones gravable por el Impuesto sobre Sociedades. La DGT determina que en una operación de canje de valores será necesario sustituir los valores emitidos por una entidad por valores emitidos por otra entidad distinta, o bien, dentro de la misma entidad, valores con diferentes derechos económicos. De esta forma, no se habría producido un canje de valores sino un simple cambio de acciones puesto que en la operación analizada se otorgan los mismos derechos económicos y políticos y no se ha producido una alteración patrimonial en la consultante que deba integrarse en su base imponible.

Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Concepto de establecimiento permanente. Servicios de maquila y promoción de ventas

Consulta de 6 de julio de 2017 (V1746-17)

El caso planteado es el de una sociedad holandesa cabecera de un grupo multinacional que cuenta con una filial en España dedicada a la fabricación de plásticos. La sociedad holandesa vende mayoritariamente en Europa a través de otras sociedades del grupo que actúan como comisionistas en nombre propio pero por cuenta de la filial o bien, en menor medida, directamente en España.

El grupo va a proceder a su reorganización en España de manera que la filial española pasará a fabricar en régimen de maquila para la sociedad holandesa. Por otra parte, se va a constituir una nueva entidad española que va a dedicarse a la promoción de ventas en España, actuando por cuenta de la sociedad holandesa.

En relación con el contrato de maquila, la DGT constata que la sociedad holandesa ejercería el liderazgo en la toma de decisiones estratégicas del negocio, sería propietaria de las materias primas, contrataría con terceros independientes la logística global y el almacenamiento y realizaría la supervisión de la actividad. Por su parte, la sociedad filial española fabricaría los productos para la sociedad holandesa con sus propios medios materiales y humanos, supervisando el inventario de materias primas, la gestión interna y la contratación del personal, el mantenimiento de la maquinaria y la coordinación del transporte local y los parámetros de calidad. Además, asumiría los riesgos propios de su actividad (planificación de la producción, calidad y cumplimiento de especificaciones técnicas, cumplimiento de la normativa de seguridad y laboral, etc.).

De acuerdo con todo lo anterior, la DGT considera que la sociedad holandesa no dispone de un lugar fijo de negocios a efectos de lo previsto en el artículo 5.1 del Convenio para Evitar la Doble Imposición suscrito entre España y Holanda. No cambia dicha conclusión el hecho de que la sociedad holandesa disponga de almacenes arrendados a terceros en España destinados al depósito de las mercancías y productos terminados ya que dicha actividad tiene carácter auxiliar o preparatorio.

En relación con los servicios de comercialización, la DGT toma en cuenta el hecho de la sociedad filial restringirá sus tareas básicamente a la promoción de los productos y el desarrollo de estudios de mercado. Sin embargo, todos los contratos con clientes serán concluidos por la sociedad holandesa, que será responsable de establecer los términos y condiciones de venta de los productos y de la ejecución de los contratos, así como del stock de productos terminados, procesado de órdenes de compra y gestión de reclamaciones. En base a ello, la DGT concluye que tampoco existe un establecimiento permanente en España derivado de esta actividad de promoción.

En todo caso, la DGT añade que, si atendiendo a la visión global del negocio que la sociedad holandesa desarrolla en España pudiera concluirse que su actividad principal se realiza en este territorio, aunque sea de forma instrumental, a través de sus filiales y por su cuenta, podría entenderse que la entidad holandesa tiene un establecimiento permanente en España.

Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Concepto de establecimiento permanente. Actividad de promoción inmobiliaria

Consulta de 11 de agosto de 2017 (V2117-17)

Se analiza el caso de una sociedad no residente que adquiere un solar en España y firma un contrato de ejecución de obra con una sociedad española cuya duración supera los 6 meses. La entidad no residente no desplaza a España a trabajadores para la ejecución de la obra. Se plantea si la actividad de promoción inmobiliaria que se va a desarrollar en España podría generar un establecimiento permanente en este territorio.

La DGT entiende, en relación con la actividad de promoción inmobiliaria realizada en España, que no se trata de la simple realización de la obra por un constructor y su inmediata entrega,

sino que se realiza una actividad más amplia, para la que se da de alta en España, durante más de 6 meses, que incluye construcción, gestión y venta de inmuebles.

Dado que la obra constituiría ya de por sí un establecimiento permanente (de acuerdo con el artículo 13.1.a) del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, incluso si se subcontrata, y que se realiza en España la actividad completa de promoción que constituye su actividad principal, debe entenderse que la entidad realiza la actividad en España a través de un establecimiento permanente.

Impuesto sobre el Valor Añadido. Localización de servicios. Servicios relacionados con bienes inmuebles

Consulta de 20 de febrero de 2017 (V0434-17)

La entidad consultante presta servicios a una entidad Luxemburguesa gestora de un vehículo de inversión en activos inmobiliarios registrado en Luxemburgo. Se consulta a la DGT sobre la sujeción al IVA de los servicios prestados por la entidad consultante y si éstos pueden considerarse como servicios relacionados con bienes inmuebles.

Tras analizar el Reglamento de ejecución 282/2011 del Consejo, de 15 de marzo del 2011, por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, modificado a su vez por el Reglamento de ejecución nº 1042/2013, de 7 de octubre del 2013, en lo relativo al lugar de realización de las prestaciones de servicios y el documento de la Comisión Europea «*Notas Explicativas sobre las normas de la UE referentes al lugar de realización de las prestaciones de servicios relacionados con bienes inmuebles a efectos de IVA*» que ha entrado en vigor en 2017, la DGT concluye que hay que distinguir entre (i) servicios de gestión inmobiliaria, que tendrán la consideración de servicios relacionados con bienes inmuebles y en consecuencia se localizarán según donde esté situado el inmueble; y (ii) servicios de gestión de una cartera de inversiones inmobiliarias, que no tendrán la consideración de servicios relacionados con bienes inmuebles y, por lo tanto, se localizarán de acuerdo con las reglas generales del IVA.

Las Notas explicativas de la Comisión Europea definen la gestión inmobiliaria como aquellos servicios administrativos que permiten el correcto funcionamiento, mantenimiento y uso de los bienes inmuebles. Típicamente estos servicios incluyen la supervisión, limpieza y mantenimientos de la propiedad, el cobro de las rentas de alquiler, el mantenimiento de los libros y la gestión de los gastos de funcionamiento, asesoramiento a los propietarios, redacción de contratos y resolución de conflictos.

Por el contrario, se entiende que por gestión de carteras de inversión inmobiliaria aquellos servicios que no tienen en cuenta el día a día de la gestión de los inmuebles sino que se centran en analizar el mercado inmobiliario en busca de rentabilidad para los inversores del fondo, lo que supondrá la búsqueda de oportunidades de compra o venta de distintos inmuebles.

La DGT concluye que tendrán la consideración de servicios de gestión de una cartera inmobiliaria los relacionados con el asesoramiento en la compra o venta de inmuebles entre los que se pueden señalar la planificación estratégica de los inmuebles a adquirir o el asesoramiento legal en materias propias de la gestión del vehículo inversor mientras que no tendrán esta consideración aquellos servicios relacionados con la explotación efectiva del inmueble tales como el asesoramiento legal en los contratos de compraventa de los inmuebles o la gestión del planeamiento urbanístico

Impuesto sobre el Valor Añadido. Cálculo de porcentaje de prorrata. Operaciones financieras accesorias

Consulta de 20 de febrero de 2017 (V0445-17)

La entidad consultante es una entidad dedicada, entre otras actividades, al arrendamiento de locales y viviendas y promoción inmobiliaria, que también obtiene ingresos financieros exentos del IVA. Se consulta a la DGT sobre la posibilidad de que estos ingresos financieros constituyan una actividad económica y computen en la prorrata de deducción de la consultante.

La DGT determina que para resolver la cuestión es necesario analizar en primer lugar si las operaciones financieras realizadas por la consultante pueden considerarse como una actividad empresarial a efectos del IVA y, en caso de respuesta afirmativa, si dichas operaciones financie-

ras pueden considerarse como actividad empresarial no habitual o accesorio en desde un punto de vista del IVA.

En relación con la primera cuestión, la DGT hace un análisis detallado de la jurisprudencia del TJUE y en base a ésta concluye que las actividades financieras efectuadas por una entidad holding, en particular, la concesión de préstamos a filiales y las inversiones en depósitos bancarios o en valores, como bonos del Tesoro o certificados de depósito, constituyen actividades económicas efectuadas por un sujeto pasivo del IVA que actúa como tal en la medida que las mismas se realicen conforme a objetivos empresariales o con una finalidad comercial, en especial rentabilizar los capitales invertidos. Así, sigue estableciendo la DGT, la búsqueda de objetivos comerciales debe entenderse en el sentido de la existencia de un conjunto de medios humanos y logísticos permanentes y organizados que superen en importancia a los medios propios utilizados por un mero inversor privado y concluye que la consultante cumple con estos requisitos y en consecuencia los rendimientos financieros que obtiene deben incluirse dentro del ámbito de aplicación del IVA.

Por otro lado, en cuanto a la segunda cuestión, esto es, si las operaciones financieras tienen la consideración de accesorias o no habituales a efectos de su inclusión en el porcentaje de prorata de deducción de la entidad consultante, la DGT, tras acudir de nuevo a la jurisprudencia TJUE, concluye que es necesario analizar el cumplimiento de dos requisitos acumulativos: El primero, de carácter cualitativo, es la existencia de cierta relación con la actividad principal, y el segundo, de carácter cuantitativo, es que dichas operaciones no sean más importantes que aquélla siendo en todo caso la valoración del cumplimiento de estos requisitos una cuestión fáctica que deberá analizarse en cada caso concreto.

En relación con el requisito cualitativo, deberá analizarse si las operaciones financieras suponen una utilización muy limitada de bienes o servicios por los que se haya soportado IVA en su adquisición. En cuanto al requisito cuantitativo, el TJUE establece que el mismo admite una mayor flexibilización dado que la magnitud de los ingresos generados por las operaciones financieras comprendidas en el ámbito de aplicación del IVA puede constituir un indicio de que estas operaciones no deben considerarse accesorias. Sin embargo, el hecho de que tales operaciones generen ingresos superiores a los producidos por la actividad principal no puede excluir, por sí solo, la calificación de aquéllas como operaciones accesorias. Así, el hecho que en determinados periodos puntuales un sujeto pasivo obtenga ingresos financieros superiores a los de su actividad principal no debe excluirlos automáticamente del concepto de operaciones accesorias en el buen entender que en la mayoría de los años de actividad esta situación sería la contraria.

Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Cambio de criterio respecto de la tributación de la donación con reserva de usufructo y facultad de disposición

Consulta de 13 de febrero de 2017 (V0366-17)

La consultante plantea diversas cuestiones en relación la tributación de una donación realizada en favor de sus hijos de la nuda propiedad de participaciones en entidades, reservándose la donante el usufructo vitalicio y la facultad de disposición.

Hasta el momento, la DGT había venido considerando que la base imponible de la operación planteada era igual a cero al momento de realización de la donación y que la tributación por el total del valor del bien donado se producía en el momento de consolidación del dominio. La DGT mantuvo esta interpretación, entre otras, en contestación a la consulta número V3172-14, de 26 de noviembre de 2014.

No obstante, a raíz de la Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado (DGRN) de 16 de diciembre de 2015, la DGT ha modificado su criterio. En particular, en la citada resolución, la DGRN sostiene que «la titularidad del donatario es susceptible de valoración económica, es un bien patrimonial del cual el donatario puede disponer, a diferencia del donante, cuya facultad reservada es personalísima e intransmisible».

Lo anterior, ha llevado a la DGT a considerar aplicables al supuesto analizado las normas generales de ISD relativas al desmembramiento de la propiedad, independientemente de que el usufructuario mantenga o no el poder de disposición sobre el bien.

Así, en el momento de adquisición de la nuda propiedad, los donatarios deberán presentar autoliquidación de ISD por el concepto de donación aplicando las normas generales de liquida-

ción del impuesto en caso de usufructo (calculando la base imponible con base en la edad de la usufructuaria y aplicando el tipo medio de gravamen). Consecuentemente, en el momento de extinción del usufructo, los donatarios deberán presentar autoliquidación de ISD por el concepto de donación, tomando como base el valor de las participaciones al momento de la donación, tributando por el porcentaje que no se liquidó al momento de desmembración del dominio y aplicando el tipo medio de gravamen.

Finalmente, la DGT aclara que en esta segunda liquidación del impuesto, los donatarios podrán aplicar aquellas reducciones y bonificaciones que hubiesen resultado aplicables en el momento de la desmembración del dominio siempre que no se hubiesen agotado en la liquidación practicada por la adquisición de la nuda propiedad.

Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Adquisición mortis-causa de acciones de sociedad «holding» no residente. Normativa autonómica aplicable

Consulta de 1 de junio de 2017 (V1345-17)

Se transmite «mortis causa» las participaciones en una «holding» holandesa que a su vez participa en distintas entidades españolas. El causante es residente en Holanda y el heredero reside en España y está sujeto a tributación por obligación personal en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

De acuerdo con la normativa en vigor, cuando el causante sea no residente en España y residente en la Unión Europea, los contribuyentes aplicarán la normativa autonómica del territorio donde esté situado el mayor valor de los bienes y derechos de entre aquellos situados en España. La cuestión que se plantea en la consulta es determinar si, a estos efectos, se deben considerar las participaciones indirectas que tendría el causante en sociedades domiciliadas en España. La DGT considera que debe prevalecer, a efectos de determinación de la normativa autonómica por la que se pudiera optar, el domicilio social y fiscal de las entidades participadas indirectamente.

Impuesto sobre el Patrimonio. El ejercicio de funciones de dirección en la sociedad operativa de un grupo familiar faculta la aplicación de la exención del artículo 4.Ocho en la entidad holding

Consulta de 16 de noviembre de 2016 (V4970-16)

La cuestión planteada por la consultante se refiere a la aplicación de la exención del artículo 4. Ocho en el caso de un grupo familiar que es titular de una entidad holding que participa en un 40% en una entidad intermedia que, a su vez, participa en el 100% de una sociedad operativa, respecto de la cual uno de los miembros del grupo familiar ejerce funciones directivas o ejecutivas.

La DGT entiende que, cumpliéndose con el resto de requisitos, cabe entender que el ejercicio de tales funciones en la sociedad operativa implica que se esté desempeñando, a su vez, una efectiva intervención tanto (i) en las decisiones de la entidad holding, cuya actividad principal consiste en la gestión de su participación directa en la sociedad intermedia, como (ii) en la entidad intermedia, titular de la totalidad de las participaciones en la operativa. Por ello, entiende la DGT que cabe aplicar la exención prevista en el artículo 4. Ocho, por cuanto el desempeño de las funciones directivas o ejecutivas realizadas en la entidad operativa por un integrante del grupo familiar cualifica para la aplicación de la citada exención.

Asimismo, la DGT aprovecha para incidir en que no es preciso que sea la propia entidad en la que se ejercen las funciones directivas o ejecutivas la que satisfaga las rentas correspondientes, si bien es necesario que se prevea oportunamente en la escritura o en los estatutos.

5 · DOCTRINA DA AT

Adicional ao IMI («AIMI») – Bens comuns do casal – Sujeitos passivos casados

Ofício Circulado n.º 40115, de 31 de agosto de 2017

No Ofício-Circulado em apreço, a AT vem esclarecer que, quando estejam em causa bens comuns dos sujeitos passivos casados no regime de comunhão de adquiridos ou de comunhão geral, que estejam incorretamente inscritos na matriz predial urbana apenas no nome de um dos sujeitos passivos, os mesmos poderão solicitar a retificação da matriz diretamente no Portal das Finanças, através do e-balcão, ou em qualquer Serviço de Finanças, apresentando prova

autêntica para esse efeito (v.g. cópia da escritura pública, das certidões permanentes prediais ou dos códigos de acesso a tais certidões).

Em caso de retificação da titularidade dos imóveis nos termos acima referidos, as quando não tenha havido lugar a opção dos sujeitos passivos pela tributação conjunta e se tenha verificado uma tributação em excesso, a AT deverá promover a revisão da liquidação do AIMI, procedendo à anulação total ou parcial da referida liquidação, conforme aplicável.

UNIÓN EUROPEA*

1 · JURISPRUDENCIA

El Parlamento Europeo y el Consejo modifican la legislación antidumping y antisubvenciones de la Unión Europea para hacer frente a las distorsiones del mercado inducidas por los poderes públicos de terceros países

Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/1036, relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Unión Europea, y el Reglamento (UE) 2016/1037, sobre la defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Unión Europea

En lo relativo a la legislación *antidumping*, el principal cambio es la introducción de un nuevo método para calcular el margen de *dumping* en aquellas investigaciones relativas a importaciones de terceros países en que los precios y los costes de los productos importados estén distorsionados por la intervención estatal.

Con carácter general, el margen de *dumping* se calcula comparando el precio de exportación de un producto a la Unión Europea con los precios o los costes internos del producto en el país exportador. Conforme a la nueva metodología, en aquellos casos en que los precios y los costes internos puedan estar distorsionados por la interferencia estatal se recurrirá a otros valores de referencia que reflejen los costes de producción y de venta sin distorsiones, tales como los costes de producción de un país con un nivel de desarrollo económico similar al del país exportador o los costes de referencia internacionales no distorsionados. Esta metodología será de aplicación no solo en investigaciones relativas a producción en economías no de mercado (como venía siendo posible en el pasado).

Por lo que respecta a la legislación contra las subvenciones, se ha modificado el modo en que la Unión Europea investiga las subvenciones que Gobiernos de terceros países puedan dar a sus productores exportadores y que les otorga una ventaja injusta que perjudica a los fabricantes europeos. Ahora, toda subvención adicional concedida por el país tercero a sus exportadores durante el transcurso de una investigación podrá incluirse en el cálculo de las medidas antisubvención.

Los cambios afectan a todos aquellos procedimientos iniciados a partir del 20 de diciembre de 2017.

2 · JURISPRUDENCIA

Los Estados miembros no pueden imponer a las sociedades que desean trasladar su domicilio social a otro Estado miembro una obligación de liquidación

Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 2017 en el asunto Polbud Wykonawstwo sp. z o.o. (as. C-106/16)

El Tribunal de Justicia ha declarado que la libertad de establecimiento reconocida a toda empresa de un Estado miembro comprende el derecho de dicha empresa a transformarse en una

* Esta sección ha sido coordinada por Edurne Navarro Varona, y en su elaboración han participado Raquel Lapresta, Jordi Calvet, María Zafra y Micaela Duffau, del Grupo de Coordinación de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea (Bruselas).

sociedad de otro Estado miembro, incluso cuando ejerza la totalidad de sus actividades económicas en el primer Estado miembro, siempre que se respete el criterio adoptado por el segundo Estado miembro para establecer los puntos de conexión de una sociedad con su ordenamiento jurídico nacional. A este respecto, indica que el hecho de establecer el domicilio de una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro con el fin de disfrutar de una legislación más ventajosa no constituye un abuso en sí mismo.

Asimismo, el Tribunal de Justicia considera que una legislación que exige la liquidación de una sociedad para cancelar su inscripción registral puede obstaculizar o incluso impedir su transformación transfronteriza, constituyendo, por tanto, una restricción a la libertad de establecimiento. Los objetivos de protección de los intereses de los acreedores, de los socios minoritarios y de los trabajadores pueden justificar tal restricción. Sin embargo, exigir de manera general la liquidación de una sociedad para cancelar su inscripción registral, sin tener en cuenta el riesgo real de causar un perjuicio a esos intereses, va más allá de lo necesario para su protección.

El TJUE aclara las condiciones en las que puede invocarse el fuero del consumidor

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de enero de 2018 en el asunto Maximilian Schrems/Facebook Ireland Limited (as. C-498/16)

Esta sentencia resuelve una cuestión prejudicial del Tribunal Supremo Civil y Penal de Austria (*Oberster Gerichtshof*) en relación con las condiciones en las que puede invocarse el fuero del consumidor permitiendo demandar a una sociedad extranjera en los tribunales del domicilio del demandante.

El TJUE aclara que el fuero del consumidor solamente se aplica si el contrato celebrado entre las partes tiene por objeto un uso que no sea eminentemente profesional de los servicios, siendo necesario analizar si, con posterioridad a la suscripción del contrato, se han podido producir cambios en este uso. A este respecto, aclara que el usuario de una cuenta privada de Facebook no pierde la condición de «consumidor» cuando publica libros, pronuncia conferencias, gestiona sitios de Internet, recauda donaciones o acepta la cesión de los derechos de otros consumidores para ejercerlos ante los tribunales.

Adicionalmente, el Tribunal de Justicia recuerda que el fuero del consumidor se creó para proteger al consumidor como parte del contrato en cuestión. De tal forma que solo se protege al consumidor en la medida en que sea personalmente demandante o demandado en un procedimiento. Como consecuencia de lo anterior, un demandante al que se le han cedido los derechos de otros consumidores en un contrato no podrá acogerse a dicho fuero aunque él mismo sea un consumidor.

Las compañías tipo Uber prestan servicios de transporte y, por tanto, los Estados miembros pueden regular los requisitos de su prestación

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 20 de diciembre de 2017, en el asunto Asociación Profesional Élite Taxi/ Uber Systems Spain, S.L (as. C-434/15)

Esta sentencia resuelve la cuestión prejudicial del Juzgado Mercantil n.º 3 de Barcelona en la que se planteaba si los servicios prestados por Uber debían ser considerados servicios de transporte y, por tanto, la regulación de las condiciones de prestación de este servicio es competencia de cada Estado miembro al no existir una regulación armonizada a nivel europeo.

El Tribunal de Justicia declara que Uber no presta únicamente un servicio de intermediación consistente en poner en contacto a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano, sino que además crea una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible mediante herramientas informáticas y ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores. Por ello concluye que el servicio de intermediación forma parte de un servicio global cuyo elemento principal es el servicio de transporte.

En consecuencia, incumbe a los Estados miembros regular las condiciones de prestación de estos servicios.

El titular de una marca nacional no puede oponerse a la importación de productos idénticos designados con la misma marca procedentes de otro Estado miembro si ella misma ha generado la impresión de que se trata de una marca única y global

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 20 de diciembre de 2017, en el asunto Schweppes (as. C-291/16)

Esta sentencia resuelve la cuestión prejudicial del Juzgado Mercantil n.º 8 de Barcelona en la que se planteaba si Schweppes International, titular de la marca «Schweppes» en territorio español, podía impedir la importación de botellas de tónica procedentes del Reino Unido que llevaban la marca «Schweppes», por el hecho de que en ese país la marca fuera propiedad de Coca-Cola.

El Tribunal de Justicia declara que el Derecho de la Unión impide que el titular de una marca nacional se oponga a la importación de productos idénticos designados con la misma marca y procedentes de otro Estado miembro, en el que esta marca, que pertenecía inicialmente al mismo titular, es actualmente propiedad de un tercero que ha adquirido los derechos sobre ella mediante cesión cuando, tras esta cesión, el titular ha seguido promoviendo activa y deliberadamente la apariencia o la imagen de una marca global y única.

Adicionalmente, el Tribunal de Justicia declara que, incluso en el supuesto de que el titular no haya promovido la imagen de una marca única y global, no puede oponerse a la importación de los productos en cuestión cuando existen vínculos económicos entre él mismo y dicho tercero, en el sentido de que coordinan sus políticas comerciales o se conciertan para ejercer un control conjunto sobre el uso de la marca.