CRÓNICA LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Unión Europea, España y Portugal

ADMINISTRATIVO*

1 · LEGISLACIÓN

[Portugal]

Criação do Fundo de Coinvestimento 200M

Decreto-Lei n.º 126-C/2017, de 6 de outubro (DR 193, Série I, de 6 de outubro de 2017)

O Decreto-Lei n.º 126-C/2017, de 6 de outubro vem, no âmbito do Acordo de Parceria «Portugal 2020» celebrado entre a República Portuguesa e a Comissão Europeia, criar o Fundo de Coinvestimento 200M («Fundo»).

O Fundo é dotado de um capital inicial de € 100.000.000 integralmente financiado por Fundos Europeus Estruturais e de Investimento («FEEI»). Além da promoção da atividade de capital de risco em Portugal, o Fundo tem por objeto o investimento em parcerias de capital ou quase capital em Pequenas e Médias Empresas («PME»), dando prioridade às empresas com projetos de inovação de produto ou processo em fase de arranque.

Para tal, o Fundo possui uma entidade gestora, um conselho geral e um comité de investimento (entidade e órgãos ainda a nomear).

A carteira de investimentos do Fundo só poderá conter os seguintes ativos:

(i) Partes sociais de PME's;

(ii) Obrigações ou outras formas de financiamento emitidas por PME's;

(iii) Opções de compra ou de venda de participações em cujo capital participem operadores de capital de risco; e

(iv) Garantias de qualquer tipo prestadas pelo Fundo às PME's.

É vedado ao fundo a realização de investimentos noutros fundos.

As PME's interessadas em obter o investimento do Fundo deverão procurar um coinvestidor para investir em parceria com o Fundo. O coinvestidor, por sua vez, tem de cumprir obrigatoriamente os seguintes requisitos:

(i) Revestir a natureza de entidade especializada em: (i) capital de risco; (ii) empreendedorismo social; ou (iii) investimento alternativo;

(ii) Comprometer-se antes da apresentação da candidatura a realizar um investimento num montante igual ou superior ao investimento requerido ao Fundo;

(iii) Não deter em conjunto com o Fundo, uma percentagem igual ou superior a 50% quer do capital social, quer dos direitos de voto na PME alvo do investimento; e

(iv) Não recorrer a FEEI para investir em parceria com o Fundo.

---

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

Verificados os requisitos supra mencionados, o coinvestidor poderá apresentar uma candidatura junto da entidade gestora do Fundo, que, em caso de aprovação, terá de a submeter à validação do comité de investimento. Em regra, o comité de investimento tem a última palavra no que toca à aprovação final de candidaturas. No entanto, se se tratar de uma candidatura que envolva um investimento conjunto superior a € 5.000.000, o comité de investimento terá ainda de a submeter à aprovação final do conselho geral.

Regulamento de Relações Comerciais do Setor Elétrico

Regulamento n.º 632/2017, de 21 de dezembro (DR 244, Série II, de 21 de dezembro de 2017)

O Regulamento n.º 632/2017, de 21 de dezembro, procede à primeira alteração ao Regulamento de Relações Comerciais do Setor Elétrico (Regulamento n.º 561/2014), publicado na série II do Diário da República, de 22 de dezembro de 2014.

As alterações previstas no Regulamento n.º 632/2017, de 21 de dezembro, vêm regulamentar legislação avulsa do setor da eletricidade e situações de facto já existentes, mas para as quais até à data não existia qualquer enquadramento legal.

Entre as principais alterações introduzidas é de realçar as seguintes:

(i) Reforço das obrigações de separação de imagem de modo a que o consumidor consiga diferenciar os operadores de rede de distribuição das restantes entidades, nomeadamente através da proibição de elementos comuns nas respetivas designações comerciais e imagens gráficas;

(ii) Registo dos comercializadores junto da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos;

(iii) Consagração do conceito de serviços de intermediação ou seja, a contratação de terceiros por parte dos comercializadores/produtores para execução de determinadas funções operacionais inseridas no âmbito da atividade destes, o que implica que o risco da função assumida pelo terceiro já não corra por conta do comercializador/produtor.;

(iv) Obrigação de registo dos termos padronizados das condições gerais e particulares das ofertas comerciais e de distinção das mesmas em função da existência de (a) fidelização contratual; (b) preço contratual indexado; (c) desconto promocional;

(v) Concretização regulamentar do regime de operação logística de mudança de comercializador constante do Decreto-Lei n.º 38/2017, de 31 de março;

(vi) Alteração do regime geral para a rotulagem de energia elétrica, promovendo a simplificação de alguns procedimentos e informação, no sentido de consciencializar os consumidores para o impacto real e global do seu consumo de eletricidade;

(vii) Estabelecimento do conceito e dos princípios gerais aplicáveis ao gestor integrado de garantias, como a entidade responsável pela gestão das garantias a prestar, nomeadamente nos contratos de adesão ao mercado de serviço de sistema e nos contratos de usos de rede. Remete-se, contudo, os seguintes aspetos para regulamentação posterior: (i) o modo de prestação de garantias; (ii) o relacionamento entre o gestor de garantias e os beneficiários finais da prestação das garantias; (iii) as regras para a identificação e reserva dos montantes de garantia prestada por atividade; e (iv) as regras de repartição de garantias entre os beneficiários finais da prestação das garantias em situações de insuficiência de cobertura das obrigações.;

(viii) Consagração explícita da possibilidade de agregação e representação de produção de eletricidade em regime especial por parte de comercializadores, o que é particularmente sensível para os produtores que deixem de estar abrangidos por tarifa garantida; e

(ix) Alteração do quadro regulamentar para o estabelecimento de ligações às redes, prevendo-se, nomeadamente, uma maior equiparação entre as regras aplicáveis às instalações consumidoras com potência contratada abaixo e acima de 2 MVA, bem como a sistematização das normas relativas à ligação à rede de instalações de produção.

Tramitação Eletrónica dos Processos da Jurisdição Administrativa e Fiscal

Portaria n.º 380/2017, de 19 de dezembro (DR 242, Série I, de 19 de dezembro de 2017)

A Portaria n.º 380/2017, de 19 de dezembro regula a tramitação eletrónica dos processos nos tribunais administrativos de círculo, nos tribunais tributários, nos tribunais centrais administrativos e no Supremo Tribunal Administrativo.

A Portaria em apreço – que entrou em vigor no dia 4 de janeiro de 2018 – dispensa a remessa dos originais, duplicados e cópias de peças processuais e respetivos documentos em suporte físico, mediante transmissão eletrónica dos mesmos. Ainda assim, poderão ser entregues em suporte físico: (i) a peça processual que, no seu conjunto, exceda os 10MB; (ii) os documentos cujo suporte físico não seja em papel ou cujo papel tenha uma espessura superior a 127 g/m2 ou inferior a 50 g/m2; e (iii) os documentos com formatos superiores a A4.

Porém, permanece a obrigação de exibir a versão original das peças processuais e da respetiva documentação, sempre que o juiz assim o ordenar.

Por último, no que toca aos recursos, prevê-se que seja remetido eletronicamente ao tribunal superior através do sistema de suporte à atividade dos tribunais administrativos e fiscais.

Renegociação da Subconcessão da Autoestrada Transmontana

Resolução do Conselho Ministros n.º 11-B/2018, de 16 fevereiro (DR 34, Série I, de 16 de fevereiro de 2018)

A Resolução do Conselho Ministros n.º 11-B/2018, de 16 fevereiro, na sequência da conclusão do processo negocial da subconcessão da Autoestrada Transmontana, veio delegar nos Ministros das Finanças e do Planeamento e das Infraestruturas a competência para autorizar a Infraestruturas de Portugal, S.A. a redefinir o âmbito dos trabalhos integrados no contrato de subconcessão, em regime de parceria público-privada, da conceção, projeto, construção, aumento do número de vias, financiamento, exploração e conservação, dos lanços de autoestrada e conjuntos viários associados que integram a Subconcessão Autoestrada Transmontana, celebrado com a Auto-Estradas XXI - Subconcessionária Transmontana, S. A., em 9 de dezembro de 2008.

Alteração da localização da zona piloto do projeto Windfloat Atlantic

Resolução do Conselho de Ministros n.º 12/2018, de 19 de fevereiro (DR 35, Série I, de 19 de fevereiro de 2018)

O projeto Windfloat Atlantic («Projeto») consiste na implementação de empreendimentos relacionados com investigação e desenvolvimento de energias renováveis oceânicas, leia-se energia das ondas e energia eólica offshore flutuante, ao largo de Viana do Castelo («Zona Piloto»).

A Resolução do Conselho de Ministros n.º 12/2018, de 19 de fevereiro, incumbiu o Ministro da Economia de:

(i) Propor a adequação do regime jurídico subjacente ao Projeto e a alteração do contrato de concessão da Zona Piloto, de modo a enquadrarem (i) a alteração da localização da Zona Piloto para a zona ao largo de Viana do Castelo; e (ii) a ampliação do objeto da concessão de modo a abranger a generalidade das energias renováveis oceânicas; e

(ii) Promover a alteração do contrato de concessão da REN – Rede Elétrica Nacional de forma a permitir a construção do cabo submarino de ligação da Zona Piloto à Rede Elétrica Nacional, prevendo a sua posterior transmissão para a concessionária da gestão da Zona Piloto.

Gestão do Portal BASE

Portaria n.º 57/2018, de 26 de fevereiro (DR 40, Série I, de 26 de fevereiro de 2018)

A Portaria n.º 57/2018, de 26 de fevereiro («Portaria») regula o funcionamento e gestão do portal dos contratos públicos («Portal BASE»), previsto no Código dos Contratos Públicos («CCP») e a aprovação dos modelos de dados a transmitir ao Portal BASE, para efeitos do disposto no CCP.

O Portal BASE é gerido pelo Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P. («IMPIC») e disponibiliza publica e gratuitamente informação sobre a formação e execução dos contratos públicos, nomeadamente:

(i) Anúncios publicados no Diário da Republica relativos a procedimentos de formação de contratos públicos;

(ii) Diversas informações sobre contratos públicos sujeitos à parte II do CCP e à execução dos contratos administrativos sujeitos à parte III do CCP, incluindo: (i) os bens, serviços ou obras objeto do contrato; (ii) o preço; (iii) a identificação do adjudicatário e dos restantes concorrentes; (iv) a identificação de impugnações do procedimento; e (v) a publicitação integral dos contratos, com exceção das informações que se relacionem com segredos de natureza comercial, industrial ou outra e das informações respeitantes a dados pessoais;

(iii) Decisões definitivas de aplicação da sanção de proibição de participação previstas nos artigos 460.º e 464.º-A do CCP, durante o período da respetiva proibição;

(iv) Modificações objetivas de contratos que representem um valor acumulado superior a 10 % do preço contratual, as quais são publicadas até seis meses após a extinção do contrato, nos termos do n.º 1 do artigo 315.º do CCP;

(v) Base de dados de legislação, regulamentação e jurisprudência, nacional e comunitária, relacionada com contratos públicos;

(vi) Guias de boas práticas e orientações técnicas sobre contratação pública; e

(vii) Informação estatística, incluindo relatórios anuais e sínteses mensais de contratação pública.

A Portaria também cria o dever das entidades adjudicantes transmitirem ao Portal BASE diversas informações sobre os seus procedimentos de contratação pública mediante submissão de diversos formulários standard que se encontram anexos à Portaria.

Apesar de o Portal BASE ser gerido pelo IMPIC, a informação constante do mesmo é da exclusiva responsabilidade das entidades adjudicantes.

Madeira – Contratos Públicos

Decreto Legislativo Regional n.º 6/2018/M, de 15 de março (DR 53, Série I, de 15 de março de 2018)

O presente Decreto Legislativo Regional procede à sétima alteração ao Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/M, de 14 de agosto, que adapta à Região Autónoma da Madeira o CCP, aprovado pelo Decreto-Lei 18/2008, de 29 de janeiro.

No seguimento da nona alteração ao CCP, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, foi necessário adequar as alterações efetuadas às situações específicas da Região Autónoma da Madeira. As alterações introduzidas (artigos 4.º, 6.º, 7.º, 8.º, 10.º e 11.º do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/M, de 14 de agosto), relacionam-se, essencialmente, com as seguintes matérias:

(i) Escolha do procedimento e redução do contrato a escrito - o coeficiente de 1,35 aplicável aos valores que determinam a escolha do procedimento de formação de contratos passou a contemplar mais situações, sendo também aplicável aos valores que determinam a não exigibilidade de redução do contrato a escrito;

(ii) Exclusão da aplicação de alguns artigos - fica excluída a aplicação da preferência do procedimento de consulta prévia sobre o ajuste direto, a exclusão das entidades que podem ser convidadas a apresentar propostas, assim como, no âmbito dos contratos reservados para determinados serviços, o requisito da não celebração de contratos do mesmo tipo, celebrados nos últimos três anos, com a mesma entidade adjudicante fica excluído;

(iii) Valor da caução - o valor da caução é no máximo de 3% do preço contratual, ou na falta de fixação, poderá ser de 3% ou 10% respetivamente; e

(iv) Alteração dos anexos I-M, II-M e V-M.

Produção de eletricidade - Atribuição de licenças

Portaria n.º 62/2018, de 2 de março (DR 44, Série I, de 2 de março de 2018)

A Portaria n.º 62/2018, de 2 de março, aprovou o regulamento para a atribuição de licenças de produção ou aceitação de comunicação prévia para a produção de eletricidade, em regime especial e no regime remuneratório geral.

No caso de pedidos existentes (pedidos estes que estejam pendentes na Direção-Geral de Energia e Geologia («DGEG») e devidamente instruídos), excederem, globalmente, a capacidade de receção na rede nacional de distribuição e transporte de eletricidade, os mesmos serão concedidos mediante sorteio, até ao limite da capacidade disponível na zona de rede respetiva.

O sorteio é promovido e organizado pela DGEG através de um aviso que é publicitado no sítio da internet da DGEG, com a antecedência mínima de 10 dias indicando a data, hora e local da sua realização.

Renegociação do Contrato de Concessão - Brisa

Despacho n.º 3065/2018 (DR 60, Série II, de 26 de março de 2018)

No âmbito do contrato de concessão relativo à construção, conservação e exploração de autoestradas, outorgado pelo Estado Português à Brisa - Autoestradas de Portugal, S.A., através do Decreto-Lei n.º 467/72, de 22 de novembro (alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 294/97, de 24 de outubro, e 247-C/2008, de 30 de dezembro), por Despacho n.º 3065/2018 do coordenador da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos («UTAP») foi dissolvida a comissão de negociação (constituída por Despacho n.º 7131/2013, de 23 de maio e alterada pelo Despacho n.º 13007/2014, de 16 de outubro, ambos do coordenador da UTAP) e nomeada uma nova comissão para a renegociação do contrato de concessão, cujo mandato deverá abranger as seguintes matérias:

(i) Avaliação das regras contratuais relativas a alargamentos;

(ii) Reflexão sobre investimentos alternativos de maior proximidade que privilegiem a acessibilidade e a coesão territorial;

(iii) Devolução de comparticipações já pagas pelo Concedente (Estado) para empreendimentos cuja implementação ainda não se iniciou; e

(iv) Avaliação das condições para a implementação das propostas do Grupo de Trabalho informal para a «Eventual Revisão do Sistema de classificação de veículos Ligeiros (classe 1 e 2) para efeitos de aplicação de Taxas de Portagem».

Renegociação do Contrato de Concessão - Fertagus

Despacho n.º 3064/2018 (DR 60, Série II, de 26 de março de 2018)

No âmbito da renegociação do contrato de concessão relativo à exploração do serviço de transporte suburbano de passageiros no eixo ferroviário norte-sul, celebrado em 22 de junho de 1999, entre o Estado Português e a Fertagus - Travessia do Tejo, Transportes, S.A. (tendo já sido objeto de renegociação em 8 de junho de 2005 e de acordo modificativo celebrado a 29 de dezembro de 2010), por despacho do coordenador da UTAP foi dissolvida a comissão de negociação e nomeada uma nova, para prosseguir um novo mandato, de âmbito mais alargado, que terá em conta:

(i) As mudanças verificadas na conjuntura politica e económico-financeiro;

(ii) A necessidade de repensar os objetivos do processo negocial; e

(iii) A necessidade de introduzir outras preocupações adicionais, designadamente no que se refere à otimização do serviço de transporte suburbano ferroviário prestado aos cidadãos e à minimização de impactos para o erário público.

Contrato SIRESP - alteração

Resolução do Conselho de Ministros n.º 42/2018, de 5 de abril (DR 79, Série I, de 5 de abril de 2018)

Foi aprovada em Conselho de Ministros uma resolução que: (i) altera o contrato relativo à conceção, projeto, fornecimento, montagem, construção, gestão e manutenção do Sistema Integra-

do de Redes de Emergência e Segurança («SIRESP») celebrado entre o Gabinete de Estudos e de Planeamento de Instalações do Ministério da Administração Interna, como entidade gestora, e o SIRESP - Gestão de Redes Digitais de Segurança e Emergência, S.C., como operador, em 4 de julho de 2006, por um período de 15 anos («Contrato»), e (ii) autoriza a realização de despesa para melhoria da rede.

Na sequência dos acontecimentos trágicos originados pelos fogos florestais que devastaram o país no último ano, foram detetadas falhas e lacunas ao nível do SIRESP tornando-se imperioso assegurar que as mesmas não voltariam a ocorrer. Como tal, ao abrigo da cláusula 31.4 do Contrato foram introduzidas alterações com o intuito de fortalecer o atual sistema de implementação de um nível de redundância de transmissão da rede SIRESP, entre comutadores e as estações base de Portugal Continental, e implementado um nível de reforço da autonomia de energia elétrica nas estações de base.

A Secretaria - Geral da Administração Interna foi autorizada, durante os anos de 2018 a 2021, a realizar despesa até ao montante máximo de € 15.650.000 (quinze milhões, seiscentos e cinquenta mil euros), ao qual acresce IVA à taxa legal em vigor, para dotar a rede SIRESP de procedimentos e mecanismos de redundância de transmissão e energia.

Contudo, é de notar que as alterações introduzidas ao Contrato estão sujeitas à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, pelo que apenas produzirão efeitos a partir da obtenção do visto ou da confirmação pelo Tribunal de Contas de que as alterações não se encontram sujeitas a procedimento de fiscalização prévia nos termos da respetiva Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (Lei n.º 98/97, de 26 de agosto).

Energias Renováveis - Task Force

Despacho n.º 3528/2018, de 9 de abril (DR 69, Série II, de 9 de abril de 2018)

Com a aprovação de centrais para a produção de energia fotovoltaica, o número de investidores interessados aumentou significativamente o que se refletiu num acréscimo do número de pedidos de licenciamento apresentados junto da Direção - Geral de Energia e Geologia (DGEG).

Numa tentativa de reforçar o apoio aos investidores na sua tomada de decisão e aumentar a transparência do setor, ao abrigo do disposto no Despacho n.º 7543/2017 de 18 de agosto, do Senhor Ministro da Economia, publicado no Diário da República 164, Série II, de 25 de agosto de 2017, por Despacho n.º 3528/2018 o Secretário de Estado da Energia determinou a criação de uma Task Force (grupo de trabalho) para a otimização e implementação dos mecanismos de simplificação, transparência e certeza na informação relativa aos mecanismos essenciais e relevantes de cada zona de rede.

A Task Force tem por missão:

(i) promover a análise dos processos e procedimentos atualmente existentes na instrução dos pedidos de licença de produção ou aceitação de comunicação prévia para a produção de eletricidade em regime especial e no regime remuneratório geral; e

(ii) propor e implementar os mecanismos necessários à disponibilização online da totalidade das zonas de rede elétrica, informando, nomeadamente da sua disponibilidade em matéria de capacidade de injeção restrições e reservas de capacidade de injeção.

A Task Force será composta por 5 membros, cuja atividade não é remunerada, e deverá apresentar um relatório final fundamentado com a sua proposta de atuação para a prossecução da sua missão, no prazo de 15 dias a contar da data da sua constituição.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

No es posible la interposición de recurso de casación autonómico contra las sentencias dictadas en única instancia por aquellos Tribunales Superiores de Justicia (Contencioso-Administrativo) que actúan en Sala Única

Auto del Tribunal Constitucional (Sala 1.ª) de 16 de abril de 2018

El Tribunal Constitucional («TC») se pronuncia sobre un recurso de amparo que se dirigía contra el auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura que inadmitió el recurso de casación por infracción de normativa autonómica presentado por la Junta de Extremadura contra la sentencia dictada en única instancia y contra la providencia que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a tal inadmisión. La cuestión planteada surgió por la parquedad de la reforma de la Ley 29/1998, efectuada por la Ley Orgánica 7 /2015, que ha provocado una disparidad de interpretaciones en cuanto al objeto de este tipo de recursos por las distintas Salas españolas. En el supuesto analizado, la inadmisión se funda no en el incumplimiento de los requisitos para su admisión, sino en el criterio de la Sala que niega a las resoluciones dictadas por la Sala Única de un Tribunal Superior de Justicia («TSJ») el acceso a este tipo de recurso.

A juicio del TC, la cuestión que se suscita reviste un especial interés desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los recursos, pues niega el acceso al recurso de casación autonómico a todas aquellas resoluciones dictadas por un TSJ con una sola Sala de lo Contencioso-Administrativo y que funcione en una sola sección. En Extremadura, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ culmina la organización jurisdiccional en la Comunidad Autónoma, correspondiendo a esta Sala la fijación de la doctrina sobre la normativa autonómica. Al respecto, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa («LJCA») prevé que la resolución de los recursos de casación se realice por una Sala formada por cinco magistrados. Esta es precisamente la composición de la Sala de lo Contencioso extremeña que funciona como Sección Única. La literalidad del artículo 86.3 LJCA no deja lugar a dudas: su contenido está previsto para aquellos TSJ con varias Salas de lo Contencioso o con varias secciones dentro de la misma Sala. Del mismo modo que carece de sentido que el Tribunal Supremo revise mediante un recurso de casación las sentencias dictadas por él mismo en única instancia, tampoco es viable el recurso de casación autonómico en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

Así las cosas, concluye el TC, la función de este recurso de casación autonómico es asegurar una uniformidad en la aplicación de la normativa autonómica, y tal finalidad queda satisfecha en las sentencias que dicta el Pleno de esa Sala de lo Contencioso-Administrativo. Por ello, en los supuestos descritos, el recurso de casación autonómico no resulta idóneo para cumplir esa función integradora y unificadora del ordenamiento de las Comunidades Autónomas.

Por todo ello, el TC inadmite el recurso que se le plantea, pues no existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ni al principio de igualdad en aplicación de la Ley, y recuerda que tiene distinta relevancia constitucional la negativa al acceso al recurso y el acceso a la jurisdicción.

Inconstitucionalidad de una ley singular de contenido expropiatorio recogida en una disposición adicional de la Ley de Presupuestos Generales del Estado

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 26 de abril de 2018

El Pleno del TC ha declarado inconstitucional y nula la disposición adicional 44 de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, al considerar que «*no concurre la finalidad de utilidad pública o interés social que debe legitimar cualquier medida de naturaleza expropiatoria*». La cuestión estudiada por el TC versaba sobre la privación de la recurrente de su derecho a la pensión de viudedad.

La Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional planteó ante el TC una cuestión de inconstitucionalidad respecto de la DA 44 de la Ley 39/2010. La Audiencia Nacional consideraba, en este sentido, que la citada normativa vulneraba el artículo 33.3 de la Constitución al no concurrir causa de utilidad pública o interés social en la privación

del derecho a una pensión adquirida por ministerio de la Ley y perteneciente al patrimonio de la reclamante. Además, la disposición cuestionada incurría en retroactividad de grado máximo en contra de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la CE pues, al retrotraer sus efectos al 18 de febrero de 2010, comportaba la exigencia de devolución de las cantidades devengadas, cobradas y consumidas a la fecha de su entrada en vigor.

La sentencia considera que la disposición adicional cuestionada supone la «*privación singular de un derecho subjetivo de contenido patrimonial, que encaja de pleno con el concepto de expropiación forzosa acuñado por la doctrina constitucional (STC166/1986; STC 204/2004; STC 154/2015)*». En este sentido, añade el fallo, «*como ley expropiatoria autoaplicativa está sometida a los límites establecidos por la doctrina constitucional para este tipo de leyes singulares. El principio de igualdad exige que la ley singular responda a una situación excepcional igualmente singular*». Por tanto, «*no es posible condicionar o impedir por una ley singular el ejercicio de derechos fundamentales que son materia reservada a leyes generales*». En consecuencia, «*el canon de constitucionalidad que debe utilizar este Tribunal al ejercer su función de control de este tipo de leyes es el de la razonabilidad, proporcionalidad y adecuación*».

El TC concluye afirmando que coincide con el criterio de la Audiencia Nacional, corroborado por el Fiscal General del Estado, al apreciar que en la DA 44 de la Ley 39/2010 «*no concurre la finalidad de utilidad pública o interés social que ha de legitimar cualquier medida de naturaleza expropiatoria*».

El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad parcial de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 2018

El Pleno del TC, con un voto particular, ha estimado parcialmente el recurso de inconstitucionalidad promovido por la Generalidad de Cataluña contra varios preceptos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas («LPAC»), y ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad de los siguientes preceptos: (i) el párrafo 2 del artículo 6.4 de la LPAC, así como de los incisos «*o Consejo de Gobierno respectivo*» y «*o de las Consejerías de Gobierno*» del párrafo 3 del artículo 129.4 de la Ley; y (ii) el apartado 2 de la disposición final 1.ª de la LPAC, en el que se especificaba el título competencial para regular la iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones generales.

El TC considera contrarios al orden constitucional de competencias algunos apartados de los artículos 129, 130, 132 y 133 de la Ley, si bien salva su nulidad declarando su inaplicación a las Comunidades Autónomas. Finalmente, efectúa una interpretación de conformidad con la Carta Magna del párrafo 2 de la disposición adicional 2.ª de la LPAC.

El Tribunal Supremo confirma que no es posible la reducción de capacidad contratada para el punto de Conexión Internacional Larrau, en sentido España-Francia

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n.º 532/2018, de 2 de abril de 2018

El Tribunal Supremo (TS) declara, en su sentencia, que el Reglamento 715/2009/CE, aplicable a las interconexiones internacionales, no hace depender esta obligación de que exista o no una congestión contractual, lo que supone que no resulta de aplicación el Real Decreto 949/2001 que invoca Gas Natural. El Reglamento europeo se aplica de forma obligatoria y directa a España, y, sin distinción, al régimen de los gaseoductos de conexión internacionales con Europa e independientemente de su situación de congestión. Así, un gestor de la red de transporte no tiene otra posibilidad que aplicar el Reglamento europeo, y este desplaza la reserva de capacidad prevista en el Real Decreto 949/2001, sin necesidad de derogación o anulación.

En consecuencia, a juicio del TS, el usuario de una red debe mantenerse en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales hasta la reasignación de la capacidad y a resultas de ésta. Aunque la entrega de capacidad contratada por un usuario de red al gestor no enerva su derecho a revenderla en el mercado secundario, o a entregarla al gestor de la red de transporte, esta posibilidad está condicionada al mantenimiento de los derechos y obligaciones que correspondan a tal capacidad, adquiridos en virtud de los contratos de acceso formalizados.

El Tribunal Supremo dicta sentencia que confirma la nulidad de una Orden autonómica que limitaba la prestación del servicio de taxis en Valencia

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n.º 681/2018, de 26 de abril de 2018

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Generalidad Valenciana contra una sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana que, acogiendo el recurso contencioso deducido por la Asociación Empresarial de Auto-Taxis de la Comunidad, anuló la Orden 2/2014 de 6 de febrero, de la Consejería de Infraestructuras, Territorio y Medio Ambiente, por la que se regula el sistema de descanso obligatorio y la limitación diaria en la prestación del servicio de taxis en el Área de Prestación Conjunta de Valencia, que establece, entre otras medidas, un límite máximo de 16 horas diarias por taxi.

El TS rechaza que la sentencia impugnada contenga una argumentación que pueda tacharse de imprecisa, insuficiente o arbitraria, puesto que en su fundamentación jurídica se ofrece una explicación razonada, desde la perspectiva formal, de los motivos que justifican el fallo estimatorio del recurso contencioso. Explica que el pronunciamiento anulatorio se funda en la infracción, por la Orden, del artículo 43.3 a) de la Ley 6/2011, de Movilidad de la Comunidad Valenciana, por no justificarse la necesidad de la intervención de la Administración en la regulación cuestionada del servicio público de taxis, así como en la vulneración de los artículos 39 bis LRJPAC (Ley 30/1992) y 4 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, al no acreditarse su adecuación para proteger fines de interés público.

Del mismo modo, no comparte el Alto Tribunal la tesis argumental que desarrolla la Generalidad respecto de que el Tribunal de instancia no ha interpretado adecuadamente los principios de legalidad, eficacia y jerarquía normativa que rigen el ejercicio de la potestad reglamentaria. Indica al respecto que la parte recurrente no formula una crítica convincente, desde la perspectiva casacional, a los argumentos de la sentencia impugnada.

Por último, tampoco resultan convincentes, a juicio del Tribunal Supremo, los reproches que la Generalidad dirige contra la sentencia con base en la infracción de los referidos artículos 39 bis LRJPAC y 4 de la Ley de Economía Sostenible. Resalta en este punto que el recurso se limita a cuestionar que la sentencia argumente que falta un estudio sobre la forma, modo y medios en que la crisis ha afectado al sector del taxi que justifique la intervención administrativa, que no es exigido por la normativa aplicable, pero no tiene en cuenta que, en este extremo, el órgano *a quo* reproduce consideraciones que efectuó el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana en el dictamen emitido sobre el proyecto de Orden, para avalar su convicción acerca de la falta de motivación y justificación de la Orden recurrida para garantizar el interés público, de acuerdo con los parámetros mencionados en la legislación autonómica y estatal.

Inutilidad del recurso de revisión de un acto individual administrativo, previo al contencioso, si se basa en la inconstitucionalidad de las disposiciones legales de cobertura

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n.º 815/2018, de 21 de mayo de 2018

El TS se pronuncia, en recurso de interés casacional para la formación de la jurisprudencia, respecto de la cuestión relativa a si, cuando se discute exclusivamente sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas que dan cobertura a los actos de aplicación y efectividad de los tributos y otros ingresos de Derecho público de las entidades locales, y en la medida en que estas no pueden pronunciarse por carecer de competencia para ello, resulta obligatorio agotar antes la vía administrativa, formulando recurso de reposición, o si, por el contrario, el interesado puede interponer directamente recurso contencioso-administrativo.

Para nuestro Alto Tribunal, en esta sentencia, no es obligatorio interponer, como presupuesto de procedibilidad del ulterior recurso contencioso-administrativo, el correspondiente recurso administrativo previsto como preceptivo. Ello debe ser así porque si el recurso de reposición tiene como único fundamento la inconstitucionalidad de la norma legal que da cobertura al acto impugnado, el autor del acto recurrido, llamado a resolver el recurso de reposición, nunca podrá estimarlo por carecer de atribuciones para pronunciarse sobre la validez de la norma, inaplicarla o expulsarla del ordenamiento jurídico y por no existir otro instrumento procedimental que le permita plantear la cuestión ante el TC, único que tiene potestad para expulsar las leyes inconstitucionales del ordenamiento jurídico.

Remunicipalización de servicios de asistencia telefónica (010) por el Ayuntamiento de Zaragoza

Sentencia del TSJ de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n.º 244/2018, de 15 de mayo de 2018

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Zaragoza dictó, con fecha 3 de marzo de 2017, un auto en el que suspendía, cautelarmente, el acuerdo municipal que daba por concluida la prestación del servicio 010 por parte de una sociedad y por el que decidía asumir el servicio subrogando a las trabajadoras como personal laboral indefinido no fijo. Contra este auto de medidas cautelares dictado por el juzgado no se presentó recurso alguno por parte del Ayuntamiento de Zaragoza, por lo que devino firme.

Posteriormente, una vez decretada la firmeza del anterior auto, el Ayuntamiento de Zaragoza presentó en el juzgado nuevas alegaciones que motivaron un nuevo auto de la magistrada del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Zaragoza, de fecha 14 de julio de 2017. Frente a la petición del Ayuntamiento de Zaragoza de que la medida cautelar fuera anulada, ya que las circunstancias que la motivaron habían cambiado, la jueza decidió mantener la medida cautelar adoptada en el auto anterior de 3 de marzo de 2017. Este auto de 14 de julio de 2017 fue recurrido por los servicios jurídicos municipales.

En respuesta a las pretensiones del Ayuntamiento de Zaragoza, el TSJ de Aragón considera, al igual que la magistrada del juzgado, que la inmediata ejecución del acuerdo impugnado crearía situaciones laborales de difícil o imposible reversibilidad por los efectos jurídicos que produciría. En este sentido, ante las alegaciones hechas por el Ayuntamiento, que argumentaba que se debía de levantar la medida cautelar dictada por el Juzgado al haber variado las circunstancias que motivaron su adopción, entiende el TSJ que «*ninguna relevancia tiene el hecho de que la contratista desaparezca del tráfico jurídico o económico después del auto de 3 de marzo de 2017*», y apunta además que la administración municipal ya había puesto en conocimiento de la magistrada del juzgado que, de un modo u otro, procedería igualmente a llevar a cabo lo que el auto denegaba, lo que pone de manifiesto «*la contumacia de la Administración apelante en el incumplimiento de lo acordado en resolución judicial —auto de 3 de marzo de 2017—*».

ARBITRAJE Y MEDIACIÓN*

1 · JURISPRUDENCIA

[España]

La Audiencia Provincial de Barcelona afirma que la decisión del árbitro sobre su propia competencia solo puede combatirse mediante demanda de anulación de laudo

Auto 313/2017 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.ª, de 28 de septiembre de 2017

El 28 de septiembre de 2017, la Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó auto por medio del cual desestimó un recurso de apelación de D. Conrado, quien, en esencia, solicitaba la nulidad en el despacho de la ejecución de dos laudos arbitrales que trajeron causa de una disputa relativa a un contrato de compraventa de acciones.

Mediante el referido contrato de compraventa (el «Contrato»), D. Conrado transmitió a Electro Stocks una participación minoritaria en una serie de empresas filiales del denominado grupo Electro Stocks. En dicho Contrato se estipulaba:

* Esta sección ha sido coordinada por Heidi López Castro, y en su elaboración han participado Olga Puigdemont Sola, Jesús Saracho Aguirre, Juan Calvente Henche, Eugenia Simó García, Cristina Pinedo Sendagorta, Fabio Núñez del Prado Chaves, María Antúnez Sánchez, Antón Vieito Baqueiro, Lina Fernández del Portillo, Elisa Méndez Bräutigam, Almudena Azcárate Ortega y Kristina Maria Hjelkrem Calderón, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

(i) Una cláusula de no competencia, en virtud de la cual D. Conrado se comprometió durante un determinado plazo a no desarrollar actividades concurrentes con las de Electro Stocks en el territorio nacional. Para el caso de que se incumpliese tal compromiso, D. Conrado debería satisfacer a Electro Stocks una penalidad equivalente al precio percibido con arreglo al Contrato.

(ii) La sumisión a arbitraje de cualquier divergencia que pudiese darse en relación con el Contrato.

Electro Stocks inició un procedimiento arbitral frente a D. Conrado tras considerar que se había vulnerado el pacto de no competencia. Ese procedimiento culminó con (i) un laudo parcial que concluía que la disputa era susceptible de arbitraje y que el árbitro era competente para conocer de ella; y (ii) un laudo final que estimaba las pretensiones de Electro Stocks y declaraba que D. Conrado había vulnerado el pacto de no competencia, condenándole al pago de la penalidad (conjuntamente con el laudo parcial, los «Laudos»).

El Sr. Conrado planteó una demanda de nulidad de los Laudos, que fue desestimada en virtud de la sentencia de 4 de febrero de 2016 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Entre otras cuestiones, esa resolución confirmaba la arbitrabilidad de la disputa surgida entre D. Conrado y Electro Stocks, así como la competencia del árbitro para resolverla.

En paralelo, el Sr. Conrado —que había sido trabajador de Electro Stocks— planteó una demanda ante la jurisdicción social para que se declarase la nulidad del pacto de no concurrencia establecido en el Contrato. Por su parte, Electro Stocks se opuso a la demanda y además impugnó la competencia de la jurisdicción social sobre la base de la existencia del convenio arbitral establecido en el Contrato.

La jurisdicción social se declaró competente para conocer la demanda de nulidad del pacto de no concurrencia promovida por D. Conrado, si bien finalmente desestimó tal demanda en cuanto al fondo.

En lo que aquí interesa, Electro Stocks promovió la ejecución de los Laudos, a la cual se opuso D. Conrado. En esencia, el Sr. Conrado sotenía que no concurrían los requisitos legales para su ejecución, puesto que, en su opinión, la cláusula de no competencia no era válida y, además, correspondería únicamente a la jurisdicción social conocer de la controversia.

El juzgador de instancia y, posteriormente, la Audiencia Provincial desestimaron tales pretensiones y ordenaron que la ejecución de los Laudos siguiera adelante.

En primer lugar, la Audiencia Provincial recuerda que no es competencia de los tribunales civiles españoles pronunciarse, en sede de ejecución, acerca de la arbitrabilidad de una disputa o de la competencia de los árbitros. Así, en palabras de la Sala, «*la pretensión por la que se intenta hacer valer en esta sede la competencia exclusiva de la jurisdicción social sobre la materia comportaría que los órganos judiciales civiles hubiesen de examinar la competencia del árbitro, en contra de lo establecido en el artículo 22 de la Ley de Arbitraje. El órgano de la ejecución no puede entrar en ese examen, el cual incumbía al árbitro y, en el mejor de los casos para el apelante, a la sala competente para juzgar sobre la eventual nulidad de los laudos. El citado artículo 22, en su apartado 3, establece que la decisión del árbitro respecto a su propia competencia solo puede combatirse mediante la demanda de anulación del laudo, pretensión que se ejercitó por el ejecutado* [y que fue desestimada]».

En segundo lugar, la Audiencia Provincial confirma que los Laudos constituyen títulos ejecutivos válidos y que, además, no existe ninguna de las circunstancias previstas en la ley procesal para que se prescinda de su ejecutividad.

Por último, la Audiencia Provincial de Barcelona desestima una petición subsidiaria de D. Conrado, en la que se interesaba la suspensión de la ejecución, *ex* artículo 45 de la Ley de Arbitraje, atendiendo al supuesto conflicto de jurisdicción que, en opinión de la ejecutada, habría surgido a raíz de la competencia de la jurisdicción social para conocer de la demanda de nulidad del pacto de no concurrencia.

Frente a esta petición subsidiaria, la Sala señala que el «*artículo 45 de la Ley de Arbitraje únicamente prevé la suspensión de la ejecución en relación con la demanda de anulación*» y que, además, «*ninguna norma legal autoriza la suspensión de la ejecución*» por las circunstancias alegadas por D. Conrado.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid expresó que el deber de motivar no exige dar cuenta explícita de por qué se descarta cada uno de los elementos del acervo probatorio que no es tomado en consideración para formar la convicción sobre los hechos

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y lo Penal, de 24 de octubre de 2017

El pasado 24 de octubre de 2017, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso de anulación de un laudo que derivaba de un arbitraje administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid. El recurso lo interpuso Germed Farmacéutica, S.L.U. (el demandante) en contra de Simbec Ibérica, S.L. (el demandado) en el marco de un contrato de licencia de dosier de registro de especialidad farmacéutica.

En lo que aquí interesa, el recurrente en anulación sostuvo, como primer motivo de anulación, que el laudo infringía el orden público debido a que el árbitro único había realizado una arbitraria e ilógica valoración de la prueba respecto del hecho controvertido consistente en determinar si el demandado había autorizado por escrito a la demandante a que transfiriera la titularidad de una serie de autorizaciones de comercialización.

En concreto, el recurrente alegó que el árbitro único había realizado una exégesis arbitraria de un correo electrónico, contraviniendo sin fundamento su inequívoco tenor literal, lo que evidenciaría la existencia de un consentimiento escrito e incondicionado del demandado para la transmisión de la titularidad de las autorizaciones de comercialización. En relación con el segundo motivo de anulación, el recurrente expresó que el laudo se encontraba viciado por falta de motivación en lo concerniente a la valoración de los daños y perjuicios causados.

Por su parte, el demandado sostuvo, con respecto al primer motivo de anulación, que el ámbito de la acción de anulación no permite fiscalizar la valoración probatoria efectuada por el árbitro único. En relación con el segundo motivo de anulación, señaló que ninguna lesión del orden público se puede seguir del hecho de que el árbitro único haya decidido cuantificar los daños y perjuicios sobre la base de la pericial aportada por el mismo demandado.

Pues bien, tras examinar los motivos de anulación, la Sala desestimó el recurso de anulación de laudo con base en los siguientes razonamientos:

> (i) Con respecto al primer motivo de anulación, expresó que, si bien es reconocida la jurisprudencia constitucional y ordinaria que entiende que, en determinadas circunstancias, la valoración del acervo probatorio puede lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva y, consecuentemente, infringir el orden público, lo cierto es que en el presente caso el recurrente no hace sino discrepar de una valoración probatoria razonable y cabal; y lo hace simplificando la argumentación del laudo —contemplando sesgada y parcialmente la ponderación del conjunto del acervo probatorio que con todo detalle se contiene en él—, sin evidenciar que su motivación incurra en una arbitrariedad, en un error patente y determinante, una infracción de una regla de valoración o de carga de la prueba, o en inferencias que contravengan las reglas de la lógica.
>
> (ii) En relación con el segundo motivo de anulación, la Sala recordó que el deber de motivar en general, y de motivar la prueba en particular, no exige dar cuenta explícita de por qué se descarta cada uno de los elementos del acervo probatorio que no es tomado en consideración para formar la convicción sobre los hechos.

En ese sentido, la Sala consideró que el laudo da suficiente explicación del porqué de su fallo, y lo hace de un modo admisible en Derecho, sin atisbo alguno de infracción del artículo 24.1 de la Constitución española; no aplica arbitrariamente las normas, ni expresa un proceso deductivo irracional o absurdo, ni incurre en errores patentes en la determinación y selección del material de hecho del presupuesto (jurídico) sobre el que se asienta su decisión, ni se niega a examinar una cuestión que debería constituir premisa lógica en el proceso racional de formación del fallo.

Así pues, la Sala concluyó que el árbitro único asumió razonablemente las conclusiones de la pericial ofrecida por el demandado y, sin sombra alguna de arbitrariedad, no comparte —de un modo implícito pero inequívoco— las razones contenidas en la otra pericial.

El Pleno del Tribunal Constitucional declara nulo, por inconstitucional, el arbitraje obligatorio establecido en el artículo 76.e) de la Ley de Contrato de Seguro

Sentencia 1/2018, de 11 de enero de 2018, del Pleno del Tribunal Constitucional

En el *BOE* n.º 34, del pasado 7 de febrero de 2018, se publicó la Sentencia 1/2018, de 11 de enero de 2018, en la que el Pleno del Tribunal Constitucional declara la nulidad del artículo 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro («LCS»), que establecía un arbitraje obligatorio para el asegurador en contratos de seguro de «defensa jurídica».

El citado precepto, junto con otros que actualmente configuran la sección novena de la LCS, fueron introducidos por la Ley 21/1990, que adaptó al Derecho español la Directiva 1988/357/CEE, luego modificada por la Directiva 2009/138/CEE. Esta sección novena regula una modalidad del contrato de seguro, que es la del seguro de «defensa jurídica», cuyo objeto se describe en el artículo 76 a) y que, en síntesis, tiene por fin vincular al asegurador a sufragar los gastos en que haya podido incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento judicial o arbitral, así como a prestarle determinados servicios de asistencia jurídica.

En la práctica aseguradora, este tipo de contratos de seguro de «defensa jurídica» se suelen enmarcar en una póliza prerredactada, con condiciones generales y particulares, ofrecida al asegurado para su firma. Debido a estas particularidades, y a la propia naturaleza del seguro de «defensa jurídica», el legislador —comunitario y estatal— introdujo una serie de mecanismos a favor del asegurado, entre los que se encuentra el citado artículo 76 e) de la LCS, que establece que «*el asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro* [de defensa jurídica]».

En lo que aquí interesa, la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional trae causa de una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal de Justicia de Cataluña (el «TSJ»), que se planteaba si el artículo 76 e) de la LCS podía obligar al asegurador —*ex lege*— a someter a arbitraje sus discrepancias con el asegurado. Según el criterio del TSJ, esa imposición resultaba contraria al principio de exclusividad jurisdiccional (art.117.3 de la Constitución española —«CE»—) y al derecho a la tutela judicial efectiva (art.24.1 CE).

En primer lugar, el Tribunal Constitucional aclara en su sentencia que su labor se ha limitado a examinar, exclusivamente, si el artículo 76 e) de la LCS es conforme con los preceptos constitucionales, «*dejando aparte cualquier cuestión relacionada con el enjuiciamiento del Derecho de la Unión*» —en este caso, el enjuiciamiento del artículo 203 de la Directiva 2009/138/CE, del que emana el precepto cuestionado por el TSJ—.

Sentado lo anterior, el Tribunal Constitucional confirma que el artículo 76 e) LCS vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 CE, pues la imposición del arbitraje allí previsto impide el acceso a la jurisdicción estatal que, ante la falta de la voluntad concurrente de los litigantes, «*son los únicos que tienen encomendada constitucionalmente la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE)*». A continuación, el Tribunal Constitucional añade que «*resulta contrario a la Constitución que la LCS suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes* [*i.e.*, la aseguradora] *para someter la controversia al arbitraje, denegándole la posibilidad en algún momento de solicitar la tutela jurisdiccional*».

A la vista de todo ello, el Pleno del Tribunal Constitucional estima, a través del voto favorable de la mayoría de los magistrados, la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ y, en consecuencia, declara que el artículo 76 e) de la LCS es inconstitucional y nulo.

La sentencia dictada por el Tribunal Constitucional recoge tres votos particulares sobre esta cuestión:

— Voto particular disidente de D. Fernando Valdés Dal-Ré, quien señala que las fórmulas de arbitraje obligatorio —*e.g.*, el art. 76 e) de la LCS— no resultan, en sí mismas, lesivas del orden constitucional; lo serán, única y exclusivamente, en aquellos supuestos en los que, además, las normas procesales restrinjan el control judicial a aspectos formales del laudo

arbitral. Así, dado que el Tribunal Constitucional enjuició —en su opinión— el artículo 76 e) de la LCS de forma aislada, la cuestión de constitucionalidad debió ser desestimada.

— Voto particular disidente de D. Juan Antonio Xiol Ríos, quien toma especialmente en consideración el mandato constitucional de velar por la protección de los consumidores y usuarios (art. 51 CE). Partiendo de ese mandato, D. Juan Antonio Xiol Ríos considera justificado el artículo 76 e) de la LCS, cuya finalidad «*es la de otorgar una especial protección al asegurado en su condición de consumidor, pues resulta notorio que se encuentra ante una situación de desigualdad debida a la compleja naturaleza y contenido del contrato de seguro, especialmente en determinadas modalidades como la aquí examinada*».

— Voto particular disidente de D. Antonio Narváez Rodríguez, al que se adhiere D. Ricardo Enríquez Sancho. En opinión de D. Antonio Narváez Rodríguez, el artículo 76 e) de la LCS también estaría justificado para proteger al contratante débil (el asegurado) e incentivar el arbitraje como un instrumento ágil y rápido para la solución de conflictos que puedan plantearse frente a la aseguradora.

El TSJ de Madrid anula un laudo de equidad que acordaba la disolución de una sociedad por falta de motivación, al considerarlo contrario al orden público

Sentencia 1/2018, de 8 de enero de 2018, de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

El pasado 8 de enero de 2018 la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó la acción de anulación interpuesta contra un laudo dictado en equidad y un laudo aclaratorio de este último. El laudo había acordado la disolución y apertura del periodo de liquidación de una sociedad (Mazacruz, S.L., la «Sociedad») al considerar que uno de sus socios (el demandante en el procedimiento de anulación) había ejercitado de forma abusiva su derecho de voto múltiple, por lo que reconoció un «derecho de disolución y liquidación» a favor de los restantes socios.

La demanda de anulación se basaba en seis motivos, cinco de los cuales se articulaban como infracciones del orden público. El demandante consideraba que el laudo era contrario al orden público (art. 41.1.f de la Ley de Arbitraje) por los siguientes motivos:

(i) Por haber decretado la disolución y liquidación de la Sociedad sin que concurriese una causa legal o estatutaria.

(ii) Por decretar la disolución de la Sociedad en contra de las previsiones de los estatutos, extralimitando el convenio arbitral estatutario.

(iii) Por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) al desconocer los efectos de resoluciones judiciales firmes y contradecirlas.

(iv) Por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y la proscripción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) en la motivación y en la valoración probatoria.

(v) Por falta de imparcialidad del árbitro.

Adicionalmente, el demandante sostenía que la valoración de la Sociedad era una materia inarbitrable (art. 41.1.e de la Ley de Arbitraje).

La sentencia estima la acción de anulación y, en consecuencia, declara la nulidad del laudo con estimación del motivo cuarto (*i.e.*, infracción del orden público por vulnerar el derecho a la tutela judicial y la proscripción de la arbitrariedad en la motivación y en la valoración probatoria).

En su sentencia, la Sala expone primero la reiterada jurisprudencia que exige que el laudo arbitral sea motivado aun cuando haya sido dictado en equidad. A partir de esta jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Sala considera que:

(i) La motivación en equidad está sometida a las exigencias de motivación que derivan del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), esto es, a los requisitos de razonabilidad, congruencia interna y suficiencia (entre otros).

(ii) La aplicación de la equidad debe respetar los principios generales del derecho.

En la sentencia, la Sala considera que el laudo no pondera toda la prueba practicada en el arbitraje, y, en concreto, la relativa a la extralimitación o abuso en el ejercicio del derecho de voto múltiple por el demandante. En consecuencia, considera que el laudo no responde a todas las cuestiones que se plantearon a lo largo del procedimiento arbitral, no valora todas las pruebas en su integridad y no recoge una motivación suficiente para adoptar una medida tan relevante como la disolución de la Sociedad.

Por este motivo, la Sala estima la demanda de anulación y declara la nulidad del laudo impugnado por infracción del orden público.

2 · ARBITRAJE DE INVERSIÓN. RESOLUCIONES ARBITRALES

Primera decisión de un tribunal CIADI que analiza cuándo una marca registrada constituye una inversión al amparo del Convenio

Decisión en el procedimiento abreviado sobre objeciones, CIADI N.º ARB/16/34, de 13 de diciembre de 2017, Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. c. República de Panamá

Un tribunal arbitral constituido al amparo del Convenio CIADI ha desestimado la mayoría de las objeciones de jurisdicción interpuestas por la República de Panamá, demandada en el fondo, en su controversia ante las entidades americanas Bridgestone Licensing Services, Inc. («BSLS») y Bridgestone Americas, Inc. («BSAM»), demandantes en el fondo. En su decisión, el Tribunal analiza por primera vez bajo qué circunstancias una marca registrada (*trademark* en inglés) puede constituir una inversión con arreglo al Convenio CIADI y el Acuerdo de Promoción Comercial Panamá-Estados Unidos («TPA»), tratados al amparo de los cuales se enmarcaba la disputa.

BSLS es la propietaria de la marca *Firestone* registrada en Panamá. BSLS otorgó una licencia a BSAM para utilizar la marca *Firestone* en Panamá. Además, Bridgestone American Tire Operations, LLC («BATO»), sociedad propiedad de BSAM, obtuvo de Bridgestone Corporation («BSC»), empresa matriz del Grupo Bridgestone, el derecho de utilizar la marca *Bridgestone* a través de una licencia.

En el fondo, las demandantes alegan que sus derechos al amparo del TPA fueron violados por una resolución de la Corte Suprema de Panamá que condenaba a BSLS y a su empresa matriz BSC a pagar más de cinco millones de dólares americanos por haber iniciado un procedimiento en el que se oponía al registro de la marca *Riverstone* (por su parecido con las marcas que ostentaban) en Panamá por parte de una empresa del grupo chino Luque. Según las demandantes, la decisión de la Corte Suprema de Panamá devaluó sus inversiones al disminuir la protección a marcas registradas en Panamá y en el resto de América Latina.

Una de las objeciones de Panamá a la jurisdicción del tribunal parte de considerar que BSAM no posee verdaderas inversiones en territorio panameño ni conforme al Convenio CIADI ni conforme al TPA. La demandada argumenta que BSAM posee una mera licencia para utilizar una marca y que dicha actividad no constituye un «*activo*» que incluya las características típicas de una inversión, como lo son el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo. Por su parte, BSAM alega que la definición de «*inversión*» con arreglo al artículo 10.29 del TPA incluye la licencia que BSAM obtuvo de BSLS para utilizar la marca registrada en Panamá *Firestone*, y la licencia que BATO obtuvo de BSC de la marca registrada en Panamá *Bridgestone.*

Después de examinar el artículo 10.29 del TPA sobre la definición del término «*inversión*», el tribunal estableció que el mero registro de una marca en el territorio de un Estado no consituye una inversión en sí misma porque el registro simplemente otorga derechos negativos al propietario de la marca, pues prohíbe el uso de la marca en sus productos a competidores. Según el tribunal, la diferencia entre el registro y una inversión radica en la explotación de dicha marca más allá de su mero registro. La explotación de una marca puede conllevar la producción, promoción y venta de los bienes que llevan la marca en cuestión, e incluso la concesión de una licencia para su utilización. Como dijo el tribunal: «*Su explotación atribuye a la marca registrada,*

en base a las actividades para las que la marca es esencial, las características de una inversión». El tribunal añadió que una serie de transacciones relacionadas con la marca pueden convertirse en una inversión, aunque examinadas individualmente no llegaran a serlo.

En resumen, el tribunal concluye que una marca constituirá una inversión siempre que esta sea explotada por su propietario, de manera que las actividades que realice en su explotación, junto con la misma marca registrada, presenten las características de una inversión, ya sea como titular de la marca o como licenciatario de esta.

Un Tribunal CIADI toma en consideración las decisiones judiciales de las cortes locales para determinar la arbitrariedad de una medida adoptada por el Estado, en casos en los que no exista denegación de justicia

Laudo en el caso CIADI N.º ARB/13/38, de 14 de diciembre de 2017, Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting, W.LL. and Mr. Fouad Mohammed Thunyan Alghanim c. Reino Hachemita de Jordania

El 14 de diciembre de 2017 un tribunal arbitral constituido al amparo del Convenio CIADI desestimó las pretensiones de inversores kuwaitíes con arreglo al Acuerdo para la promoción y protección de inversiones entre Jordania y Kuwait (el «Tratado») al no considerar los actos del Estado como arbitrarios, tras haber analizado las decisiones judiciales adoptadas por los tribunales jordanos.

La disputa había surgido por la adopción por parte del Gobierno jordano de una medida fiscal que gravó los beneficios percibidos por las demandantes en la venta de sus acciones en una sociedad jordana que operaba la tercera red de telecomunicaciones móviles del país (la «Medida Fiscal»). Las demandantes recurrieron la Medida Fiscal en los tribunales locales, pero vieron rechazadas sus pretensiones en todas las instancias. En sede CIADI las demandantes argumentaron, entre otros, que Jordania había violado su obligación, conforme al Tratado, de no ocasionar perjuicios en las inversiones mediante la adopción de medidas arbitrarias. Según las demandantes, la Medida Fiscal no tenía base legal en el derecho jordano y había sido impuesta simplemente como respuesta a la presión política tras una serie de protestas públicas y parlamentarias surgidas por los beneficios excesivos percibidos por las demandantes en la venta de esas acciones.

Dado que el motivo principal sobre el cual las demandantes basaron su alegación de conducta arbitraria era que la imposición de la Medida Fiscal era ilegal en el derecho jordano, la pregunta central que se planteó el tribunal fue si debía evaluar la arbitrariedad basándose en la Medida Fiscal en sí misma (haciendo a estos efectos su propia evaluación sobre el impuesto en cuestión según la ley jordana); o si, por el contrario, debía valorar la conducta del Estado en su conjunto, teniendo en cuenta a tal efecto las decisiones judiciales jordanas sobre la Medida Fiscal, y decidiendo si estas decisiones eran arbitrarias y suponían una denegación de justicia.

Para llegar a su conclusión, el tribunal analiza extensivamente el conocido como principio Azinian. En efecto, el tribunal del caso *Azinian c. México* había afirmado que «*una autoridad gubernamental no puede ser acusada de actuar de una manera concreta si esta actuación ha sido validada por sus tribunales, a menos que los tribunales mismos sean desautorizados a nivel internacional* […]. *Lo que debe mostrarse es que la decisión del tribunal en sí constituye una violación del tratado*».

Las demandantes sostenían que el tribunal arbitral debía limitarse a conocer de la arbitrariedad de la Medida Fiscal de forma aislada al considerar que la obligación de no actuar con arbitrariedad no es una obligación de resultado, sino de conducta, y que, como tal, puede ser infringida solo con la imposición de la Medida Fiscal, sin necesidad de atender al resultado final o global. El tribunal, sin embargo, rechaza esta postura por considerar que esta distinción entre obligaciones no tiene aplicación en el derecho internacional y que, incluso si la tuviera, la obligación del Tratado es una de trato hacia los inversores que no establece medios que se deban adoptar, sino solo un resultado (no someter las inversiones a medidas arbitrarias).

Respecto del contenido del estándar de protección de la no arbitrariedad, el tribunal adopta la definición de la Corte Internacional de Justicia en el caso ELSI: «*La arbitrariedad no es tanto algo opuesto a una norma de derecho, como algo opuesto al estado de derecho* […] *Es una indiferencia deliberada al debido proceso legal, un acto que sorprende, o sorprende menos, por un sentido de decoro jurídico*». En virtud de este principio, el tribunal afirma que la protección contra medi-

das arbitrarias requiere el estudio de si la inversión ha estado sujeta a «*una omisión deliberada del debido proceso legal*», y no si el acto «*se opone a una norma de derecho*». Esto es, el tribunal considera que debe analizar si el trato otorgado a la inversión ha sido arbitrario en su conjunto, lo que necesariamente implica la consideración de todo el proceso legal al que se sometió la inversión, incluyendo las decisiones judiciales, y analizar si estas deben ser desautorizadas a nivel internacional.

Las demandantes rechazaban la aplicación del principio Azinian porque, según ellas, este principio no respetaba las reglas de que las decisiones judiciales locales debían ser tratadas como meros hechos en derecho internacional y que la legalidad de un acto sujeto a derecho local no afectaba a que este pudiera ser considerado ilegal al amparo del derecho internacional.

El tribunal concluye, sin embargo, que el principio Azinian no es irreconciliable con esas normas y respalda la postura adoptada por el tribunal en el caso Bosca, según la cual se debía otorgar una debida deferencia a las decisiones judiciales locales a menos que hubiese evidencia de una denegación de justicia. En el caso que nos ocupa, el tribunal considera que no hay una denegación de justicia y, puesto que —como ya había afirmado— se ha de tener en cuenta la totalidad de la conducta del Estado, el tribunal sigue estando obligado a determinar el efecto de las decisiones judiciales jordanas sobre si la Medida Fiscal subyacente fue arbitraria. Por ende, el primer elemento en la formulación de Azinian («*Una autoridad gubernamental seguramente no puede ser culpada por actuar de una manera validada por sus tribunales* […]. *Lo que debe demostrarse es que la decisión judicial en sí misma constituye una violación del tratado*») sigue siendo aplicable.

Apoyándose en la regla sobre cómo un tribunal internacional debe abordar una cuestión del derecho interno adoptada en el caso Brazilian Loans, el tribunal considera que está obligado a interpretar fielmente la ley jordana de la manera en que sería aplicada por los tribunales jordanos superiores, sin que pueda simplemente ignorar la doctrina de los tribunales municipales y llegar a su propia interpretación. Solo cabría ignorar la decisión local si en virtud de ella las demandantes están sujetas a una denegación de justicia o si la decisión debe ser desautorizada en aplicación de estándares de derecho internacional aplicables. *A sensu contrario*, una aplicación incorrecta de la ley de esos tribunales que no equivalga a una denegación de justicia no viola la norma internacional.

Por todo ello, el tribunal rechaza la reclamación de las demandantes.

Dos tribunales arbitrales CIADI llegan a conclusiones distintas sobre su jurisdicción en dos arbitrajes comenzados poco después de que Venezuela denunciara el Convenio CIADI

Laudo en el asunto Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. and Owens-Illinois de Venezuela, C.A. C. República Bolivariana de Venezuela (CASO CIADI N.º ARB/12/21) y Laudo en el asunto Valores Mundiales, S.L. y Consorcio Andino, S.L. C. República Bolivariana de Venezuela (CASO CIADI No. ARB/13/11)

Primer caso:

El pasado 13 de noviembre, un tribunal CIADI rechazó su jurisdicción para conocer de una controversia entre Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. y la República Bolivariana de Venezuela al amparo del Acuerdo de Protección y Promoción de Inversiones entre los Países Bajos y Venezuela (el «APPRI»). Las demandantes son sociedades venezolanas controladas por un grupo holandés. Estas alegaron que la demandada había incumplido sus obligaciones, en relación con el APPRI, al haber expropiado su negocio de producción y distribución de envases de vidrio mediante un decreto gubernamental. El APPRI no requiere expresamente ningún periodo de negociaciones previas al arbitraje.

Venezuela objetó la jurisdicción del tribunal *ratione voluntatis* alegando que Venezuela había denunciado el Convenio CIADI el 24 de enero de 2012 y que las demandantes solo habían planteado su solicitud de arbitraje al centro el 20 de julio de 2012. El Estado alegó que su denuncia al Convenio CIADI impedía a las demandantes acudir a la jurisdicción CIADI. La demandada alegó que, conforme al artículo 72 del Convenio, cuando un Estado contratante denuncia el Convenio CIADI, el derecho al arbitraje del Centro solo perdura tras la denuncia si las dos partes involucradas (Estado e inversor) dieron su consentimiento a la jurisdicción del Centro con anterioridad a la denuncia.

Por el contrario, las demandantes defendían que la denuncia del Convenio por Venezuela no tuvo ningún efecto hasta pasados los seis meses que estipula el artículo 71 del Convenio CIADI, necesarios para que la denuncia sea efectiva. Los inversores argumentaron que, por tanto, el consentimiento de las partes pudo perfeccionarse en la fecha de la solicitud de arbitraje, siempre que dicha fecha hubiese sido previa al transcurso de los seis meses.

Tras un análisis exhaustivo de la literalidad del artículo 72 del Convenio CIADI, el tribunal dio la razón a Venezuela y declaró no tener jurisdicción para conocer del asunto litigioso. En particular, el tribunal estableció que el consentimiento del que habla el artículo 72 del Convenio CIADI es un consentimiento perfeccionado y no un consentimiento unilateral, y solo el primero perdurará en el tiempo tras los seis meses.

Por lo tanto, el tribunal arbitral concluyó que no hubo perfeccionamiento del consentimiento para someter la disputa a la jurisdicción del CIADI en cuanto que los inversores cristalizaron su consentimiento con la interposición de la solicitud cuando el consentimiento de Venezuela a la jurisdicción del Centro ya había sido revocado mediante su denuncia del Convenio CIADI.

Cabe destacar que el tribunal no abordó las consecuencias negativas que podrían derivarse de una denuncia oportunista (aunque pone en duda que una denuncia de un Convenio tan importante pueda ser sorpresiva para un inversor) que tenga lugar entre el surgimiento de la disputa y la solicitud de arbitraje. El tribunal estimó que su trabajo no consiste en eliminar estas consecuencias negativas. Asimismo, concluyó que si se interpretase que el artículo 72 se extiende a potenciales acuerdos de arbitraje CIADI más allá de los existentes en el momento de la denuncia, esto daría lugar a la posibilidad de que el Estado se viera involucrado en un ilimitado e impredecible número de arbitrajes CIADI en el futuro durante décadas posteriores a la denuncia (por ejemplo, durante todo el tiempo que los tratados de inversión permanezcan en vigor). Además, esta situación iría en detrimento del CIADI en cuanto que, tras la denuncia, el Estado ya no contribuiría presupuestariamente al centro, pero se seguiría beneficiando de sus servicios de arbitraje.

Segundo caso:

Recientemente, ha salido a la luz un laudo CIADI dictado el 25 de julio de 2017, que resuelve la controversia surgida entre Valores Mundiales, S.L. y Consorcio Andino, S.L. y la República Bolivariana de Venezuela. Los inversores eran sociedades españolas que producían y vendían maíz y harina de trigo en Venezuela por medio de dos filiales venezolanas. Las dos sociedades españolas estaban controladas por una entidad mexicana. Las demandantes alegaron la violación de varios estándares de protección del Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre España y Venezuela («APPRI»); entre ellos, el estándar de trato justo y equitativo, el de la prohibición de la expropiación, el de la prohibición de medidas arbitrarias y discriminatorias que obstaculizan las inversiones y el de la libre transferencia de fondos de la inversión.

En este caso, Venezuela había denunciado el Convenio CIADI el 24 de enero de 2012, poco después de la notificación de la controversia por parte de las demandantes, que fue notificada a Venezuela el 11 de noviembre de 2011.

Venezuela se opuso aquí también a la jurisdicción del tribunal arbitral alegando, entre otros motivos, que el consentimiento de los inversores y el Estado a la jurisdicción del CIADI no se había perfeccionado con anterioridad a la fecha crítica de denuncia del Convenio CIADI por parte de Venezuela y que, por lo tanto, los inversores no estaban habilitados para iniciar el arbitraje. Venezuela argumentó que el consentimiento necesario de las demandantes para acudir válidamente a arbitraje CIADI no se perfeccionó, ni pudo haberse perfeccionado, mediante la notificación de la controversia a Venezuela en noviembre de 2011, en cuanto que las demandantes no habían cumplido con los restantes requisitos incluidos en el artículo XI del APPRI, en particular, haber agotado el periodo de seis meses de negociaciones amistosas. Según Venezuela, el inversor puede elegir (y consentir) entre someter la controversia a los tribunales locales o a arbitraje CIADI únicamente después de transcurridos seis meses desde la notificación de la disputa y, en este caso, el periodo de negociaciones aún estaba en curso cuando Venezuela denunció el Convenio.

El tribunal rechazó esta objeción jurisdiccional y declaró que tenía jurisdicción para conocer de la controversia. En su decisión, el tribunal indicó que el derecho del inversor a *dar su consentimiento* a arbitraje CIADI y el derecho del inversor de elegir a qué jurisdicción *someter la controversia* no son derechos que deban equipararse y que deban ser declarados de forma simultánea. El tribunal sostuvo que la elección que otorga el APPRI al inversor de someter la disputa a los tribunales locales o a arbitraje internacional y, por lo tanto, el momento de perfeccionamiento del consentimiento, no tiene por qué coincidir con el momento de sometimiento de la controversia a arbitraje con la solicitud de arbitraje. Además, para el tribunal en este caso el perfeccionamiento del consentimiento no estaba sujeto a condiciones previas. El tribunal sostuvo que dicha elección puede ocurrir con anterioridad al periodo de negociaciones, en particular al notificar la controversia al Estado. Por lo tanto, el tribunal concluyó que el transcurso del periodo de negociaciones no es un requisito previo de validez del consentimiento.

En este caso, el tribunal indicó que las demandantes habían dado su consentimiento a la jurisdicción del CIADI y eligieron el foro arbitral cuando notificaron la controversia en noviembre de 2011. Debido a que esta fecha es anterior a la denuncia por parte de Venezuela del Convenio CIADI, el tribunal concluyó que tenía jurisdicción para conocer de la controversia.

Asimismo, el tribunal apuntó que acoger la interpretación de Venezuela podría promover un eventual comportamiento desleal de los Estados y una violación de sus compromisos internacionales. Tal y como explicó el tribunal, cualquier Estado, tras ser notificado de la existencia de una disputa, podría denunciar el Convenio CIADI antes de que transcurriera el periodo de seis meses para escapar de sus compromisos, lo que frustraría así unilateralmente el perfeccionamiento del consentimiento.

El Tribunal concluyó que tenía jurisdicción y que Venezuela había violado las protecciones de trato justo y equitativo, de prohibición de medidas arbitrarias y discriminatorias y de libre transferencia del APPRI, y otorgó una compensación de 430 millones USD a las demandantes.

Un tribunal arbitral rechaza su jurisdicción por considerar que la adjudicación de una privatización en un proceso de licitación, sin llegar a firmarse el contrato de adquisición de acciones, no constituye una inversión

Laudo en el caso CIADI N.º ARB/15/22, de 3 de mayo de 2018, ACP Axos Capital Gmbh c. la República de Kosovo

Recientemente, se ha publicado el laudo dictado el pasado 3 de mayo de 2018 en el caso *ACP Axos Capital Gmbh c. la República de Kosovo*, en el que el tribunal arbitral ha rechazado tener jurisdicción *ratione materiae* conforme al tratado de protección de inversiones entre Alemania y Kosovo (el «Tratado»).

La disputa surgió en el contexto de un proceso de licitación iniciado por invitación pública en junio de 2012 para la venta del 75 % de acciones de la empresa pública de correo postal y telecomunicación de Kosovo. La licitación fue adjudicada en abril de 2013 al consorcio formado por ACP Axos Capital Gmbh («Axos») y Najafi Companies, LLC (conjuntamente, el «Consorcio»). Sin embargo, nunca se llegó a firmar el contrato de adquisición de acciones («SPA») porque Kosovo canceló la operación a finales de 2013.

Kosovo objetó a la jurisdicción *ratione materiae* del tribunal arbitral por considerar que no existía una inversión en los términos del Tratado. La demandante, por su parte, defendió que su inversión la conformaba el contrato, según esta, derivado de la oferta presentada por el Consorcio para ser adjudicatario en la licitación (la «Oferta») y la comunicación de Kosovo que informaba de que el Consorcio había sido el mejor ofertante en la licitación. Este supuesto contrato, según Axos, encajaba en la definición amplia del Tratado de «todo tipo de activos». Kosovo rechazó que hubiera habido una oferta y una aceptación, es decir, que existiese un contrato conforme al derecho kosovar.

Subsidiariamente, Axos argumentó que además tenía una inversión en forma de «reclamaciones monetarias» derivadas de los gastos ocasionados en la preparación de la licitación y el *know-how* que había tranferido a Kosovo durante este proceso.

El tribunal concluyó que no se había formado ningún contrato válido entre el Corsorcio y Kosovo por los siguientes motivos:

(i) La Oferta no contenía los elementos necesarios para constituir una oferta conforme al derecho de obligaciones de Kosovo. La Oferta no solo estaba basada en asunciones y sujeta a cambios posteriores, sino que además era una oferta para ser «ofertante seleccionado», no para la adquisición de acciones.

(ii) La comunicación de Kosovo de que el Corsorcio había sido seleccionado no constituía en ningún caso una aceptación.

(iii) Asimismo, no podía existir un contrato anterior a la firma del SPA porque Kosovo retenía, conforme a los términos expresos de la licitación, el derecho sin restricciones a cancelar la licitación antes de la firma del SPA.

(iv) Por último, el comportamiento de las partes posterior a la confirmación por Kosovo de la selección del Consorcio no demuestra que las partes pensaran que habían suscrito un contrato vinculante, sino más bien lo contrario.

En lo que respecta al argumento subsidiario de Axos, el Tribunal interpretó que lo que Axos calificaba como «reclamación monetaria» no era ni más ni menos que la reclamación al amparo del Tratado. El Tribunal afirmó que una reclamación conforme al Tratado no puede ser en sí una inversión conforme a él, pues esto llevaría a una definición circular. Una reclamación con arreglo al Tratado ha de tener una base contractual, extracontractual, estatutaria, regulatoria o de otra naturaleza. Además, Axos —concluyó el Tribunal— no podía tener una reclamación monetaria respecto de la licitacón porque los términos de la licitación incluían un aviso legal de que no habría compensación en caso de cancelación de la privatización.

COMPETENCIA*

1 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Los impuestos autonómicos que gravan en España los grandes establecimientos comerciales son compatibles con el Derecho de la Unión

Sentencias del Tribunal de Justicia, de 26 de abril de 2018, en los asuntos C-233/16, C-234/16, C-235/16 y 237/16, Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) / Generalitat de Cataluña y otros

Esta sentencia da respuesta a una cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo en relación con la compatibilidad con la normativa de la Unión Europea, y en concreto la libertad de establecimiento, y la normativa relativa a ayudas estatales de los impuestos introducidos por varias Comunidades Autónomas que gravaban a los grandes establecimientos comerciales situados en sus respectivos territorios. Estos impuestos tenían por objeto contribuir a la protección del medio ambiente y a la ordenación del territorio para tratar de corregir y compensar el impacto de la actividad de las grandes superficies.

La sentencia declara que el criterio de la superficie de venta del establecimiento, elegido para determinar los establecimientos gravados con el impuesto, no establece ninguna discriminación directa ni considera acreditado que este criterio perjudique en la mayor parte de los casos a sociedades que tengan su domicilio social en otros Estados miembros. Por lo tanto, concluye que el diseño de estos impuestos no vulnera el principio de libertad de establecimiento.

* Esta sección ha sido coordinada por Alfonso Gutiérrez, y en su elaboración han participado Raquel Lapresta, Carmen Martínez, Cristina Areces, Pablo Solano, María Zafra, Pilar Córdoba, Patricia Cano, Pedro Láinez, Tânia Luísa Faria y Maria Francisca Couto del Grupo de Coordinación de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea, Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid, Bruselas y Lisboa).

Adicionalmente, el Tribunal ha analizado si las exenciones o bonificaciones previstas en esta normativa podía constituir una ayuda de Estado. A este respecto, la sentencia declara que un criterio de sujeción a los impuestos basado en la superficie de venta de los establecimientos comerciales no es selectiva, ya que diferencia entre dos categorías de establecimientos que no se encuentran en una situación comparable desde el punto de vista de los objetivos de protección del medio ambiente perseguidos por la legislación. Por tanto, concluye que la exención fiscal de la que disfrutan los establecimientos comerciales cuya superficie de venta es inferior al umbral establecido no constituye una ayuda de Estado.

En lo que respecta a las exenciones previstas en función de las actividades realizadas en los establecimientos, como por ejemplo las actividades de los viveros, la venta de vehículos o de materias de construcción, el Tribunal acoge el argumento esgrimido por los Gobiernos autonómicos de que estas actividades tienen un menor impacto negativo sobre el medio ambiente y la ordenación del territorio, y, por tanto, la distinción que establecen los impuestos mencionados puede estar justificada, aunque añade que esta comprobación deberá realizarla el Tribunal Supremo.

Finalmente, ha considerado que la exención prevista en favor de los establecimientos comerciales colectivos tiene carácter selectivo y, por tanto, puede constituir una ayuda de Estado.

[España]

El Tribunal Supremo declara que el computo del plazo de caducidad del procedimiento sancionador debe realizarse añadiendo al término final del plazo inicial los periodos de suspensión válidamente acordados con independencia de que estos se hayan decretado una vez transcurrido el término final del plazo inicial

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de abril de 2018, en el recurso n.º 3941/2015

En esta sentencia, el Tribunal Supremo se refiere al cómputo del plazo de caducidad del procedimiento sancionador de conformidad con la doctrina que estableció en su sentencia de 15 de junio de 2015. De acuerdo con esta doctrina, el plazo de caducidad de 18 meses del procedimiento sancionador previsto para los procedimientos de infracción en materia de defensa de la competencia debe computarse añadiendo al término final del plazo inicial los periodos de suspensión válidamente acordados, de manera que, en conjunto, no pueda rebasarse el límite de los 18 meses, ya que, en otro caso, se produciría la caducidad.

En este caso, el Tribunal Supremo anula la sentencia de la Audiencia Nacional que había declarado la caducidad del procedimiento sancionador. La Audiencia Nacional no había considerado dentro del cómputo de plazo de caducidad el último plazo de suspensión acordado en el procedimiento porque se había decretado una vez sobrepasado el día final del término inicial del plazo de duración del procedimiento. El Tribunal Supremo considera que esta interpretación de la Audiencia Nacional se aparta de la doctrina establecida a partir de la sentencia de 15 de junio de 2015, ya que aquel último plazo de suspensión también debió ser considerado, pues fue válidamente acordado.

Al anular una decisión de archivo de procedimiento sancionador, el órgano jurisdiccional no puede fijar los hechos que deben considerarse probados ni calificar jurídicamente tales hechos

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 10 de abril de 2018, en el recurso n.º 3568/2015

El Tribunal Supremo se refiere en esta sentencia al ámbito de control judicial sobre las resoluciones administrativas de archivo del expediente sancionador. En este sentido, el Tribunal Supremo recuerda que, ante una decisión de archivo o sobreseimiento de un procedimiento sancionador defectuoso, no corresponde al órgano jurisdiccional sustituir la motivación defectuosa, sino que lo procedente es que el órgano judicial señale los aspectos fácticos y jurídicos que el acuerdo impugnado dejó sin examinar.

En el caso de autos, la sentencia de la Audiencia Nacional anuló la resolución de la antigua CNC por la cual se archivó el expediente sancionador, ya que consideró que no se había realizado una adecuada valoración del material probatorio ni se había justificado debidamente la decisión de archivo del expediente. Como consecuencia de ello, la Audiencia Nacional ordenó a la CNMC que dictase una nueva resolución en la que tuviese por acreditados los hechos probados por la Dirección de Investigación en la propuesta de resolución y se entendiese la existencia de una infracción por abuso de posición de dominio, quedando reservado a la Sala de competencia de

la CNMC la decisión acerca del juicio culpabilístico procedente y, en su caso, la aplicación de la pertinente sanción y medidas accesorias.

El Tribunal Supremo ha considerado que la Audiencia Nacional se extralimitó del ámbito del control judicial, ya que el órgano jurisdiccional no puede fijar por sí mismo los hechos que deben considerarse probados ni calificar jurídicamente tales hechos y afirmar de manera expresa que la conducta es constitutiva de infracción. De acuerdo con el Tribunal Supremo, lo procedente en estos casos es ordenar que se retrotraiga el procedimiento administrativo al momento anterior a la decisión de archivo para que el órgano actuante reanude la tramitación, recabando la información y practicando, en su caso, las pruebas complementarias que se consideren necesarias, y resuelva luego lo procedente de forma motivada.

[Portugal]

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS) confirma coima de € 150.000 à Ford Lusitana por prestação de informação incompleta à AdC

Sentença do TCRS de 4 de outubro de 2017 (Processo n.º 352/15.8YUSTR)

Em 2015, a Autoridade da Concorrência (AdC) sancionou a Ford Lusitana, pelo facto de a empresa ter prestado informação incompleta relativa às limitações ao contrato de extensão de garantia automóvel, no âmbito de um processo de supervisão no setor automóvel.

A Ford Lusitana interpôs recurso da decisão da AdC para o TCRS que veio agora considerar totalmente improcedente o recurso, confirmando a coima de € 150 mil aplicada pela AdC.

Relação de Lisboa confirma decisão sancionatória tendo como destinatária a Firmo Papéis e Papelarias, S.A. por participação em cartel

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13 de outubro de 2017

O Tribunal da Relação de Lisboa («TRL») confirmou a sanção da empresa Firmo Papéis e Papelarias, S.A. (decidida pela Autoridade da Concorrência (AdC) em novembro de 2016) pela sua participação num cartel relativo à produção e comercialização de envelopes de papel.

Na altura, a AdC tinha aplicado à Firmo Papéis e Papelarias S.A. uma coima no valor de € 160.000 que o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão reduziu para € 50.000, redução que o Tribunal da Relação agora confirmou.

2 · DECISIONES EN MATERIA DE EXPEDIENTES SANCIONADORES

[Unión Europea]

El principal operador de la red de transmisión de electricidad alemana presenta compromisos ante las sospechas de discriminación abusiva expresadas por la Comisión Europea

Decisión de la Comisión, de 19 de marzo de 2018, relativa al asunto AT.39.920 Interconector DE-DK

El 19 de marzo de 2018, la Comisión Europea inició un procedimiento de investigación formal contra TenneT TSO GmbH («TenneT»), el mayor de los cuatro operadores que gestionan la red eléctrica de alto voltaje alemana. El objeto de la investigación era verificar los indicios de que esta empresa habría limitado la capacidad de transmisión disponible en el interconector situado en la frontera entre la parte occidental de Dinamarca y Alemania. En concreto, se le imputaba una infracción del artículo 102 del TFUE consistente en introducir una discriminación contra los productores de electricidad no alemanes y una compartimentación del mercado único de energía. Antes de la adopción de la decisión de incoación del procedimiento de investigación formal, la Comisión y TenneT iniciaron conversaciones que se materializaron en la oferta por esta empresa de un paquete de medidas que solucionaran las objeciones de competencia planteadas por la autoridad. Estos compromisos fueron sometidos a consulta pública.

TenneT, pese a expresar su disconformidad con el análisis preliminar expuesto, propuso comprometerse por un periodo de nueve años a poner a disposición del mercado en el interconector afectado la máxima capacidad de interconexión que cumpliera las normas de seguridad en

el funcionamiento de la red y, en todo caso, se fijó una capacidad horaria mínima garantizada. Esta capacidad horaria mínima garantizada se alcanzaría progresivamente durante un máximo de seis meses, comenzando desde el nivel vigente en ese momento, mediante aumentos mensuales progresivos y operaría en ambas direcciones, es decir, de Dinamarca a Alemania y viceversa. Adicionalmente, TenneT solo podrá reducir la capacidad ofrecida por debajo de la capacidad horaria mínima garantizada en casos tasados de interrupciones de elementos cruciales específicos de la red o en situaciones de emergencia grave que requieran la asistencia mutua entre operadores de redes de transmisión interconectadas.

La Comisión Europea aprueba las medidas presentadas por Grecia para solucionar las objeciones suscitadas en relación con los derechos de explotación de lignito de la empresa pública de generación y distribución mayorista de electricidad

Decisión de la Comisión, de 17 de abril de 2018, en el asunto AT.38.700 Lignito griego y mercados eléctricos

En su decisión de marzo de 2008, la Comisión Europea concluyó que el Estado griego había infringido el actual artículo 106.1 del TFUE en relación con el actual artículo 102 del TFUE al mantener el acceso privilegiado de la principal empresa generadora de electricidad griega, de capital mayoritariamente público, Dimosia Epicheirisi Ilektrismou («DEI»), al lignito en Grecia mediante la concesión de derechos de exploración y explotación de minas. La Comisión entendió que, de este modo, el Estado helénico habría creado una diferencia de oportunidades entre operadores económicos por lo que se refiere al acceso a este combustible primario para la producción de electricidad. Ello permitía a DEI mantener o reforzar su posición dominante en el mercado griego de la generación y distribución mayorista de electricidad mediante la exclusión de sus competidores o el obstáculo a la entrada de nuevos operadores. La Decisión de marzo de 2008 instaba a la República Helénica a proponer medidas para corregir los efectos anticompetitivos de esta infracción.

Tras un prolongado proceso de recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Grecia presentó el 19 de enero de 2018 la versión definitiva de sus compromisos, ya formulados en enero de 2011. La Comisión ha considerado suficientes las medidas propuestas. Estas medidas incluyen la desinversión por parte de DEI de tres plantas de combustión de lignito, junto con los empleados y las explotaciones mineras necesarias para operarlas, mediante un procedimiento competitivo que habrá de iniciarse en mayo. Se ha destacado además que estas medidas se encuentren en línea con los objetivos de Grecia de reducción de emisiones del horizonte 2020.

[España]

La CNMC sanciona a 10 empresas de mensajería y paquetería empresarial por constituir cárteles para repartirse los clientes

Resolución del Consejo de la CNMC, de 8 de marzo de 2018, en el Expediente S/DC/0578/16, Mensajería y paquetería empresarial

El 8 de marzo de 2018, la CNMC sancionó a diez empresas de mensajería y paquetería por repartirse los clientes empresariales entre sí, constituyendo diversos cárteles, con unas multas totales que superan los 68 millones de euros.

La Resolución considera acreditado que en el marco de una relación comercial de subcontratación, comercialización o prestación de servicios, algunas empresas concluyeron pactos de no agresión recíprocos por los que convenían no realizar ofertas comerciales a clientes de sus competidores. De esta forma, se impedía a los clientes de estas empresas acceder a los servicios de una parte de la competencia.

La CNMC analiza cada pacto de no agresión de forma independiente, considerando cada uno de estos acuerdos como una infracción independiente. Como consecuencia, varias de las empresas sancionadas participaron en más de una infracción. En relación con el cuantificación de las sanciones y a efectos de garantizar el respeto del principio de proporcionalidad, la CNMC toma en consideración, a los efectos de reducir el tipo sancionador aplicable, el hecho de que algunas empresas hayan participado en más de una infracción y que, por ello, les correspondan varias sanciones.

Finalmente, de acuerdo con el programa de clemencia, la CNMC exime del pago de la multa impuesta a una de las empresas imputadas.

3 · DECISIONES EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

[Unión Europea]

La Comisión Europea autoriza la concentración entre Safran y Zodiac Aerospace en primera fase y sin compromisos

Decisión de la Comisión, de 21 de diciembre de 2017, en el asunto M.8425 Safran / Zodiac Aerospace

La operación notificada supone la adquisición de control exclusivo por parte de Safran de Zodiac Aerospace. Ambas entidades son proveedores globales de equipamientos aeronáuticos.

En la Resolución, la Comisión concluye que la operación no plantea serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común. En lo que respecta a los efectos horizontales de la operación en aquellos mercados en los que ambas partes están presentes, la Comisión excluye cualquier potencial efecto restrictivo, ya que el incremento en las cuotas de mercado como resultado de la operación es muy limitado y la entidad resultante seguirá haciendo frente a una fuerte competencia.

En relación con los potenciales efectos verticales de la operación en aquellos mercados en los que las partes están presentes en diferentes niveles de la cadena de producción, la Resolución sostiene que la entidad fusionada no tendría la capacidad ni los incentivos de discriminar o excluir a terceros operadores, ya que seguirá habiendo proveedores y clientes alternativos a las partes.

Finalmente, con respecto a los efectos conglomerales, la Comisión excluye cualquier efecto restrictivo de la competencia debido a que la entidad resultante no tendría la capacidad ni incentivos para excluir a sus competidores del mercado por medio de vinculación de productos o venta por paquetes de diversos sistemas y equipamientos.

La Comisión autoriza en primera fase con compromisos la adquisición de Scripps Network Interactive por Discovery Communications

Decisión de la Comisión, de 6 de febrero de 2018, en el asunto M.8665 Discovery / Scripps

La operación notificada consiste en la adquisición de Scripps Network Interactive («Scripps») por parte de Discovery Communications («Discovery»). Ambas entidades están activas en el mercado de suministro mayorista de canales de televisión de pago en el EEE. Scripps tenía una presencia relevante en el Reino Unido y en Polonia.

La autoridad polaca de competencia solicitó a la Comisión el reenvío parcial de la concentración al entender que esta podía perjudicar significativamente la competencia en el mercado polaco de suministro mayorista de canales de televisión de pago. Sin embargo, la Comisión rechazó esta solicitud al considerar que, debido a su amplia experiencia en el sector de las telecomunicaciones, era la autoridad mejor situada para analizar la operación.

La Comisión consideró que la operación planteaba serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común debido al incremento del poder de negociación de la entidad resultante frente a los distribuidores de televisión de pago en Polonia.

Para solucionar estos problemas, Discovery asumió algunos compromisos de comportamiento en relación con la comercialización de determinados canales. En concreto, se comprometió a ofrecer durante siete años a los distribuidores de canales de televisión el derecho a distribuir determinados canales de televisión de pago a un precio razonable que se determinaría en referencia a otros acuerdos comparables.

La Comisión Europea autoriza, sujeta a condiciones, la concentración entre Becton, Dickinson and Company y C. R. Bard

Decisión de la Comisión, de 18 de octubre de 2017, en el asunto M.8523 BD / Bard

La Comisión aprobó sujeta a compromisos la operación por la cual, Becton, Dickinson and Company («BD») adquiere el control sobre la totalidad de C. R. Bard, Inc. («Bard»). Bard y BD son compañías estadounidenses activas a nivel mundial en el suministro de dispositivos médicos, incluidos los dispositivos utilizados en las biopsias.

Las actividades de BD y Bard son en gran medida complementarias, pero se superponen en los mercados de dispositivos de biopsia con aguja gruesa y marcadores tisulares que se utilizan para

el diagnóstico de afecciones médicas, como el cáncer de mama. La Comisión examinó los efectos competitivos de la adquisición propuesta en estos dos mercados.

Respecto de los dispositivos de biopsia con aguja gruesa, Bard y BD son competidores cercanos que se enfrentan con una presión competitiva limitada. La Comisión consideró que la transacción inicialmente propuesta habría eliminado a uno de los pocos competidores creíbles de Bard y reducido las opciones y la innovación en el área de los dispositivos de biopsia con aguja gruesa.

Respecto de los marcadores tisulares, Bard es el líder de un mercado que cuenta con pocos competidores. El producto marcador de tejidos que BD se encontraba desarrollando podría competir potencialmente con Bard en el futuro cercano. Por ello, la Comisión consideró que la operación inicialmente planteada eliminaba a un futuro competidor creíble de Bard y reducía la innovación en el área de los marcadores tisulares.

Para resolver las preocupaciones de la Comisión, BD se comprometió a desinvertir su negocio de biopsias con aguja gruesa en todo el mundo y los proyectos de desarrollo relacionados con productos de biopsia con aguja gruesa y marcadores tisulares.

La Comisión aprueba en primera fase y sin compromisos la adquisición de Goldcar por parte de Europcar

Decisión de la Comisión, de 5 de diciembre de 2017, asunto M.8569 Europcar / Goldcar

La Comisión ha aprobado la adquisición de Topco Alquiler de coches, S.L. y sus filiales (en conjunto, «Goldcar») por el Grupo Europcar S.A. («Europcar»). Europcar y Goldcar son dos compañías principalmente activas en el mercado de vehículos de alquiler a corto plazo y en el de la venta de coches usados en Europa.

La Comisión concluyó que la concentración propuesta no plantearía problemas de competencia debido al dinamismo del mercado y a la presencia de importantes competidores con marcas consolidadas y un amplio portfolio de productos, tanto a nivel nacional como local (aeropuertos y centros urbanos), en aquellas áreas donde las actividades de ambos grupos se solapaban.

[España]

La CNMC autoriza la fusión de las sociedades gestoras de los sistemas domésticos de pago con tarjeta en España, subordinada al cumplimiento de determinados compromisos

Resolución del CNMC, de 1 de febrero de 2018, en el Expediente C/0911/17 ServiRed / Sistema 4B / Euro6000

La operación notificada consistía en la fusión de las tres sociedades gestoras de los sistemas domésticos de pago con tarjeta en España, con la finalidad declarada de crear un sistema nacional de medios de pago con tarjeta, con aplicaciones de pago propias. Hasta ahora, las sociedades gestoras tenían que suscribir acuerdos con operadores internacionales como Visa y MasterCard para la utilización de sus aplicaciones de pago al no disponer de aplicaciones propias.

Los accionistas de las entidades fusionadas son casi todas las entidades bancarias españolas, las cuales demandan los servicios de los sistemas de pago para operar en los mercados relacionados de emisión de tarjetas de pago y adquisición de transacciones de pago con tarjeta. Debido a la fuerte integración vertical en el sector de los servicios de pago con tarjeta y a la ausencia de una alternativa real que compita con la entidad fusionada, la Dirección de Competencia de la CNMC consideró que la entidad resultante podría ser utilizada por sus accionistas para limitar la competencia, en particular, mediante la limitación del acceso a los servicios del sistema, del uso de la infraestructura del sistema para el desarrollo de innovaciones o de la libertad de los miembros del sistema de realizar operaciones fuera de él.

Los compromisos ofrecidos por las partes, que tienen una vigencia de cinco años, se refieren al acceso al nuevo sistema, a las tarifas y a las condiciones de los servicios troncales y opcionales ofrecidos por el nuevo sistema a sus miembros.

4 · DECISIONES EN MATERIA DE AYUDAS DE ESTADO

La Comisión declara que la compensación aprobada por el Gobierno polaco en favor de una concesionaria de autopistas de peaje constituye una ayuda de Estado

Decisión de la Comisión, de 25 de agosto de 2017, en el asunto relativo a la ayuda estatal SA.35356 (2013/c) (ex 2013/NN, ex 2012/N) implementada por Polonia a favor de Autoestrada Wielkopolska S.A.

La decisión analiza una ayuda que trae causa de un cambio en la Ley de Peajes de Autopistas polaca que tuvo lugar en 2005, introducido para eximir a los vehículos pesados con una viñeta válida de la obligación de pagar los peajes de las autopistas. Anteriormente, los vehículos pesados tenían que pagar los peajes de las autopistas y una tarifa de viñeta a tanto alzado. El cambio puso fin a esta doble carga de vehículos pesados en Polonia. Las autoridades polacas decidieron compensar a los operadores de las autopistas por la pérdida de ingresos resultante y se realizó una negociación individual con cada operador de autopista para acordar la compensación a pagar por el Estado polaco.

En el caso de Autoestrada Wielkopolska S.A. («AWSA»), los términos de la compensación fueron establecidos en un anexo al acuerdo de concesión original con Polonia. Sin embargo, cuando se aplicó el método acordado en el anexo, se utilizó un estudio sobre tráfico e ingresos que estaba desfasado. En lugar de utilizar el informe más reciente (de 2004), AWSA se apoyó en un estudió de 1999 que estimaba un nivel significativamente más alto de tráfico e ingresos y, por ello, daba lugar a unas rentabilidades mayores. La Comisión concluye que ello ha ocasionado una sobreestimación de los ingresos que AWSA hubiera generado de los peajes por los vehículos pesados en ausencia del cambio legislativo que motivaron el otorgamiento de una compensación superior a la que le hubiera correspondido, y la diferencia entre ambos importes constituye una ayuda de Estado.

La Comisión Europea aprueba el plan de constitución de una reserva estratégica de electricidad en Bélgica

Decisión de la Comisión, de 7 de febrero de 2018, en el asunto relativo a la ayuda estatal SA.48648 (2017/NN) – Bélgica – Reserva Estratégica

La Decisión analiza la compatibilidad de una medida que tiene como objetivo asegurar el suministro de energía en Bélgica en casos de picos puntuales de demanda, recompensando a los generadores o grandes consumidores de energía por estar disponibles para el Gestor de la Red de Transmisión para generar energía adicional o reducir la demanda cuando el mercado no puede alcanzar la capacidad requerida de generación por sí mismo. Estas capacidades de generación son mantenidas fuera del mercado eléctrico para que operen solo en caso de emergencia.

La medida es imputable al Estado, dado que se financia a través de impuestos establecidos por el Estado belga a los consumidores finales y transferidos al Gestor de la Red de Transmisión para que contrate cierta cantidad de capacidad para la reserva estratégica.

La Comisión constata que Bélgica ha puesto en efecto la ayuda para el invierno de 2017-2018 en violación de la obligación de suspensión. Sin embargo, ha decidido no presentar objeciones al esquema de ayuda notificado y lo considera compatible con el mercado interior a la luz de las Directrices sobre protección del medio ambiente y la energía. Para llegar a esta conclusión, la Comisión toma en consideración que Bélgica ha identificado y cuantificado claramente los riesgos de seguridad del suministro que deben afrontar las reservas, así como que la reserva es necesaria para mitigar los riesgos de suministro debido a la alta dependencia de Bélgica de una flota nuclear envejecida. Además, la reserva es temporal y se eliminará cuando se resuelva el problema del mercado subyacente. Finalmente, la selección de los operadores que participen en la reserva estratégica se realiza mediante licitaciones regulares y competitivas abiertas a todo tipo de proveedores de capacidad, incluidas unidades de respuesta, para garantizar la competencia efectiva y limitar los costes.

Reino Unido compensa a Post Office Limited por los costes soportados en la provisión de servicios de interés general entre 2018 y 2021

Decisión de la Comisión, de 20 de febrero de 2018, en el asunto relativo a la ayuda estatal SA.48224 (2018/N) – Reino Unido – Compensación a Post Office Limited por los costes incurridos en la prestación de SIEGs 2018-2021

La Comisión ha autorizado a Reino Unido a compensar a Post Office Limited («POL») por la prestación de servicios de interés general, con una cuantía anual de hasta 370 millones de libras (cuantía inferior a la previsión de los costes netos por la prestación de dichos servicios) durante tres años adicionales. Esta compensación no queda exenta de análisis, dado que no cumple con los criterios establecidos en la decisión Altmark para considerar que no constituye una ventaja económica. En concreto, las autoridades británicas no han proporcionado información para sostener que POL es compensado de conformidad con los costes de una empresa típica del sector bien administrada. En consecuencia, y dado que se cumplen también con los requisitos de uso de recursos estatales, selectividad y distorsión de la competencia, la Comisión concluye que la medida notificada constituye una ayuda estatal.

Sin embargo, la ayuda es compatible con el mercado interior en atención a los criterios establecidos en el Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público. Los servicios que prestará POL constituyen servicios genuinos de interés económico general, como se ha refrendado en varias consultas públicas. Además, las obligaciones de POL en relación con la prestación de los servicios de interés económico y los métodos a seguir para el cálculo de la compensación se encuentran especificados en dos instrumentos legales, y estos sevicios se prestarán durante un periodo temporal que no se considera excesivo o desproporcionado. La Comisión considera adecuado que se haya seguido un procedimiento negociado sin publicidad para contratar estos servicios a POL, dado que esta entidad se encuentra en una posición única para prestar los servicios, sin que exista una alternativa o sustituto razonable para proporcionalos. Por último, se ha verificado el empleo de la metodología del coste evitado neto para calcular la cuantía de la compensación y se ha constatado la ausencia de exceso de compensación.

La Comisión aprueba el plan de reestructuración y apoyo a la venta de Novo Banco, complementando la intervención del Banco del Espíritu Santo

Decisión de la Comisión, de 26 de febrero de 2018, en el asunto relativo a la ayuda estatal SA.49275 (2017/N) – Portugal– Venta de Novo Banco con nueva ayuda de Estado en el contexto de la Resolución de Banco Espírito Santo, S.A.

En agosto de 2014, Portugal decidió intervenir Banco Espírito Santo («BES») y diseñó una serie de medidas de apoyo, incluida la ayuda estatal para la transferencia de ciertos activos de BES a un banco puente: Novo Banco.

Los accionistas de BES y los titulares de deuda subordinada contribuyeron totalmente (casi siete mil millones de euros) a los costes de la intervención de acuerdo con los requisitos de reparto de la carga, lo que limita la cantidad de capital del Estado que necesita Novo Banco. Otro aspecto que permitió a la Comisión aprobar la ayuda fue el compromiso de Portugal de vender Novo Banco para limitar las distorsiones de la competencia. Esto significa que la venta de Novo Banco, afectada por la decisión de la Comisión de 11 de octubre, completa la intervención de BES de 2014.

Para aprobar la ayuda estatal para la venta de Novo, la Comisión tomó en consideración el proceso de venta abierto y competitivo seguido para la elección de comprador. El comprador seleccionado (Lone Star) negoció y acordó con Portugal las condiciones para la venta de Novo Banco. Además, Portugal y Lone Star presentaron un plan de reestructuración de largo alcance para Novo Banco, que incluía varias medidas para limitar las distorsiones de la competencia, como la desinversión de actividades comerciales no esenciales. Bajo su plan de reestructuración, Novo Banco continuará avanzando en su reestructuración operacional para centrarse en sus actividades comerciales principales y perseguir objetivos estrictos de eficiencia. También mejorará su gestión del riesgo crediticio para fortalecer la solvencia y la capacidad de recuperación del banco. En conjunto, la Comisión concluyó que el plan de reestructuración y los compromisos restablecen la viabilidad del banco y le permiten superar su carga heredada.

ENERGÍA*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

— *Resolución de 13 de marzo 2018, de la Secretaría de Estado de Energía. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de marzo de 2018, por el que se restablece la tramitación de las instalaciones asociadas a la interconexión gasista con Francia (BOE de 15 de marzo de 2018)*

— *Orden ETU/257/2018, de 16 de marzo, del Ministerio Energía, Turismo y Agenda Digital, por el que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2018 (BOE de 17 de marzo de 2018)*

— *Orden ETU/360/2018, de 6 de abril, del Ministerio Energía, Turismo y Agenda Digital, por la que se establecen los valores de la retribución a la operación correspondientes al primer semestre natural del año 2018 y por la que se aprueba una instalación tipo y se establecen sus correspondientes parámetros retributivos, aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (BOE de 7 de abril de 2018)*

— *Orden ETU/362/2018, de 6 de abril, del Ministerio Energía, Turismo y Agenda Digital, modifica la Orden IET/2013/2013, de 31-10-2013, por la que se regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad (BOE de 7 de abril de 2018)*

— *Circular 1/2018, de 18 de abril, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que regula la gestión del sistema de garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia (BOE de 27 de abril de 2018)*

— *Resolución de 25 de abril 2018, de la Dirección General Política Energética y Minas, que establece los criterios que deberán seguir las empresas distribuidoras de energía eléctrica para elaborar el informe de auditoría externa para todas las instalaciones puestas en servicio el año 2017, y para la modificación de la retribución de las instalaciones existentes cuyos parámetros retributivos hubieran cambiado durante dicho año (BOE de 25 de abril de 2018)*

— *Resolución de 9 de mayo de 2018, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueban las reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de producción de energía eléctrica (BOE de 11 de mayo de 2018)*

---

* 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).

INMOBILIARIO Y URBANISMO*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario

Proyecto de Ley (BOCG 17 de noviembre de 2017)

El proyecto de Ley tiene por objeto la trasposición de 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, cuyo objetivo consistía en la realización de cambios normativos para potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y el equilibrio entre las partes en los contratos de préstamo o crédito con garantía hipotecaria.

El ámbito de aplicación del proyecto de Ley se reduce a aquellos contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física, y que tengan por objeto la concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un bien inmueble de uso residencial, o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, fiador o garante sea un consumidor.

Entre las medidas de protección se incluyen servicios de asesoramiento gratuito al hipotecante por parte del notario interviniente y obligaciones relativas a la evaluación de la solvencia del prestatario.

Andalucía. Vivienda

Ley 1/2018, de 26 de abril, por la que se establece el derecho de tanteo y retracto en desahucios de viviendas en Andalucía, mediante la modificación de la Ley 1/ 2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía, y se modifica la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y el suelo (BOJA de 8 de mayo de 2018)

Modifica la Ley 1/2010, de 8 de marzo, añadiendo un nuevo título IX que contempla, entre otros aspectos, el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por la Consejería con el fin de adquirir viviendas para el alquiler social, el régimen jurídico de la intermediación en el ámbito de la normativa sobre el derecho a la vivienda, y un régimen sancionador.

Aragón. Establecimientos hoteleros

Decreto 14/2018, de 23 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de los establecimientos hoteleros y complejos turísticos balnearios en Aragón (BOA de 6 de febrero de 2018)

Aborda las características y obligaciones de los establecimientos hoteleros, incluyendo hoteles, hoteles-apartamento, hostales y pensiones. Quedan excluidos de su ámbito de aplicación los arrendamientos de fincas urbanas y los establecimientos turísticos extrahoteleros. Regula, además, los procedimientos de inicio y ejercicio de actividad, así como el régimen sancionador común para ellos.

Aragón. Registro de certificación de eficiencia energética de edificios

Orden EIE/418/2018, de 23 de febrero, por la que se regulan los procedimientos de inscripción en el Registro de Certificación de Eficiencia Energética de Edificios de la Comunidad Autónoma de Aragón y su tramitación telemática (BOA de 12 de marzo de 2018)

Regula los procedimientos administrativos de tramitación telemática y ordinaria de inscripción en el Registro de Certificación Energética de Edificios.

---

* Esta sección ha sido coordinada por Felipe Iglesias, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid), y en su elaboración han participado Raquel Yannone, Andrea Sandi, Mónica de Hevia, Piedad Medina, Rafael Castillo, Javier Villanueva, Javier Colino, Héctor Nogués, Miguel Herráiz, Antonio Hernández e Iván Abad, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Valencia).

Baleares. Urbanismo

Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears (BOIB de 29 de diciembre de 2017)

Deroga la Ley 2/2014 de Ordenación y Uso del Suelo, y establece el régimen jurídico general regulador de la actividad administrativa en materia de urbanismo. Al contrario que su predecesora, incluye la regulación del régimen urbanístico del suelo rústico.

Añade una disposición transitoria a la Ley 11/2014 de Comercio, que regula provisionalmente el procedimiento de concesión de autorizaciones para instalación de grandes establecimientos comerciales.

Baleares. Equipamientos públicos de uso educativo, sanitario o social

Decreto ley 1/2018, de 19 de enero, de medidas urgentes para la mejora y/o la ampliación de la red de equipamientos públicos de usos educativos, sanitarios o sociales de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (BOIB de 20 de enero de 2018)

Respecto de estos equipamientos, adopta medidas de simplificación de los procedimientos administrativos relativos a la ejecución de obras e inversiones públicas, y regula aquellos que se considerarán como inversiones de interés autonómico y los efectos de tal declaración.

Canarias. Viviendas vacacionales

Orden de 13 de octubre de 2017, por la que se modifica el Anexo 2 del Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias, aprobado por el Decreto 113/2015, de 22 de mayo (BOC de 23 de octubre de 2017)

Reduce el contenido mínimo requerido en las declaraciones responsables para el inicio de la actividad de vivienda vacacional en las islas de El Hierro, La Gomera y La Palma.

Cantabria. Medidas fiscales y administrativas 2018

Ley de Cantabria 9/2017, de 26 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas (BOC de 29 de diciembre de 2017)

Modifica, entre otras, la Ley 1/2002 del Comercio, estableciendo el plazo máximo de un año para la tramitación de expedientes sancionadores; la Ley 2/2001 de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico, respecto de los Proyectos Singulares de Interés Regional (criterios y requisitos para delimitar unidades de actuación y supuestos expropiatorios); y la Ley 5/2014 de Vivienda Protegida respecto a los requisitos de determinadas materias.

Cantabria. Alojamientos turísticos en el medio rural

Decreto 89/2017, de 7 de diciembre, por el que se modifica el Decreto 83/2010, de 25 de noviembre, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento turístico en el medio rural en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC de 20 de diciembre de 2017)

Establece, entre otras medidas, (i) la categorización por estrellas de los alojamientos rurales, (ii) menores obstáculos para el inicio de la actividad y (iii) la imposibilidad de considerar como viviendas rurales a las unidades residenciales de edificios divididos horizontalmente.

Extremadura. Procedimientos urbanísticos y de ordenación del territorio

Ley 2/2018, de 14 de febrero, de coordinación intersectorial y de simplificación de los procedimientos urbanísticos y de ordenación del territorio de Extremadura (DOE de 16 de febrero de 2018)

Coordina la emisión de informes sectoriales en los procedimientos para la aprobación de los instrumentos de ordenación urbanística y desarrolla, entre otros, la tramitación, modificación y revisión de planes generales municipales y de planes territoriales.

Extremadura. Vivienda protegida y autopromovida ampliable

Decreto 26/2018, de 6 de marzo, por el que se crea y regula la vivienda protegida ampliable y la vivienda protegida autopromovida ampliable (DOE de 12 de marzo de 2018)

Establece dos nuevas modalidades de vivienda protegida: la vivienda protegida ampliable, acogida al II Plan Especial de Vivienda, y la vivienda protegida autopromovida ampliable, con un precio inferior y de menores dimensiones.

Asimismo, modifica, entre otras, la Ley 15/2001 del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura, para acomodar el procedimiento de tramitación de los planes generales municipales y los

planes territoriales al procedimiento de coordinación sectorial, y otra normativa autonómica con el objetivo de unificar tanto el sentido del informe por silencio administrativo como el plazo previsto para la emisión del informe sectorial.

Madrid. Agente inmobiliario

Decreto 8/2018, de 13 de febrero, del Consejo de Gobierno, por el que se crea el Registro de Agentes Inmobiliarios de la Comunidad de Madrid y se regulan los requisitos para la inscripción del agente inmobiliario (BOCM de 16 de febrero de 2018)

Establece el régimen jurídico del agente inmobiliario con el objetivo de defender y proteger los derechos de quienes contratan los servicios de mediación inmobiliaria. Regula la creación de un Registro de Agentes Inmobiliarios, de inscripción voluntaria.

Navarra. Urbanismo

Orden Foral 124/2018, de 23 de abril, de la Consejera de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local, por la que se modifica la Orden Foral 456/2016, de 22 de diciembre, de la Consejera de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local, por la que se aprueban la adscripción y funciones de los Negociados del Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local (BON de 9 de mayo de 2018)

Crea un Negociado de Cooperación Urbanística para ejercer, entre otras, las siguientes funciones: elaboración de informes y propuestas de resolución para la tramitación y aprobación del planeamiento municipal; cooperación y asesoramiento técnico a las entidades locales y otros organismos públicos en materia de planeamiento urbanístico; y apoyo técnico en los expedientes de protección de la legalidad urbanística.

Galicia. Medidas fiscales y administrativas 2018

Ley 9/2017, de 26 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas (DOG de 28 de diciembre de 2017)

Entre otras, modifica la Ley 2/2016 del Suelo: amplía, de tres a seis meses, el plazo para resolver sobre la fijación del justiprecio; designa al Ayuntamiento como administración a la que los propietarios de suelo urbano consolidado deben ceder los terrenos destinados a viales fuera de las alineaciones establecidas cuando pretendan parcelar, edificar o rehabilitar integralmente; e introduce un régimen transitorio en relación con el planeamiento general en tramitación o que se vaya a tramitar en Ayuntamientos que se hayan fusionado.

Asimismo, introduce una disposición adicional en la Ley 5/2017 de Fomento de la Implantación de Iniciativas Empresariales, relativa a la vigencia de los proyectos sectoriales que impliquen la transformación y parcelación urbanística del suelo.

La Rioja. Multas en materia de vivienda

Decreto 47/2017, de 24 de noviembre, por el que se revisan y actualizan las cuantías de las multas por infracciones administrativas en materia de vivienda previstas en la Ley 2/2007, de 1 de marzo, de Vivienda de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOR de 29 de noviembre de 2017)

Reduce las cuantías de las multas por infracciones administrativas en materia de vivienda desde unos máximos de 3.000, 30.000 y 300.000 euros a 500, 2.500 y 100.000 euros.

La Rioja. Medidas fiscales y administrativas para el año 2018

Ley 2/2018, de 30 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2018 (BOR de 1 de febrero de 2018)

Entre otras, modifica la Ley 2/2001 de Turismo (régimen sancionador): se remite a la normativa sectorial respecto de infracciones no tipificadas en la ley cometidas por titulares o explotadores, introduce cambios en la tipificación y en la graduación de sanciones, y modifica el procedimiento sancionador, eliminando medidas cautelares y la conciliación.

Navarra. Vivienda protegida. Precio máximo de venta

Orden foral 455/2017, de 21 de diciembre, del Consejero de Derechos Sociales, por la que se determinan los módulos aplicables a las actuaciones protegibles en materia de vivienda para el año 2018 (BON de 11 de enero de 2018)

Establece los módulos aplicables a estas actuaciones para el ejercicio 2018.

Navarra. Presupuestos 2018

Ley Foral 20/2017, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2018 (BON de 30 de diciembre de 2017)

Entre otros, modifica la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo para añadir la vivienda protegida en régimen de cesión de uso, a través de la cesión de un derecho de superficie, como una de las áreas que justificadamente podrá destinar a dotaciones locales.

País Vasco. Vivienda y suelo

Decreto 272/2017, de 19 de diciembre, de modificación del Decreto de colaboración financiera entre las entidades de crédito y la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi en materia de vivienda y suelo (BOPV de 26 de diciembre de 2017)

Establece los tipos de interés aplicables a los préstamos otorgados en relación con las actuaciones protegibles en materia de vivienda y suelo. Específicamente, establece máximos de 200 y 250 puntos básicos dependiendo de la tipología.

Valencia. Viviendas de protección pública

Orden 10/2017, de 27 de octubre, de la Conselleria de Vivienda, Obras Públicas y Vertebración del Territorio, por la que se prorroga el régimen excepcional establecido en la disposición transitoria primera del Decreto 191/2013, de 20 de diciembre, del Consell, relativo a los precios, rentas y superficies máximos de las viviendas protegidas de nueva construcción (DOCV de 10 de noviembre de 2017)

Prorroga durante dos años el régimen excepcional establecido en el Decreto 191/2013 relativo a los precios, rentas y superficies máximos de las viviendas protegidas de nueva construcción.

Valencia. Medidas fiscales y administrativas 2018

Ley 21/2017, de 28 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat (DOCV de 30 de diciembre de 2017)

Modifica la Ley 3/2001 de Comercio, respecto del calendario de días festivos habilitados para la apertura y las circunstancias para la consideración de un área como zona de gran afluencia turística, el procedimiento y la vigencia de tal declaración.

Asimismo, modifica la Ley 5/2014 de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, aumentando a ocho meses el plazo para resolver acerca de la resolución de la adjudicación de los programas de actuación integrada.

Valencia. Horarios comerciales

Ley 3/2018, de 16 de febrero, de la Generalitat, por la que se modifican los artículos 17, 18 y 22, y la disposición transitoria cuarta, de la Ley 3/2011, de 23 de marzo, de la Generalitat, de comercio de la Comunitat Valenciana (DOCV de 19 de febrero de 2018)

Modifica la Ley 3/2011, de forma que el horario global en que los establecimientos comerciales podrán desarrollar su actividad durante el conjunto de días laborables de la semana será, como máximo, de 90 horas.

Asimismo, con carácter general, los domingos y festivos se considerarán no laborables. No obstante, se habilitarán para cada año hasta un máximo de once domingos o festivos en los que los establecimientos podrán permanecer abiertos al público.

Valencia. Huerta

Ley 5/2018, de 6 de marzo, de la Generalitat, de la Huerta de València (DOCV de 12 de marzo de 2018)

Establece como novedad dos nuevos instrumentos urbanísticos de recuperación de la huerta: el enclave y el sector de recuperación de la huerta de Valencia. Además, define los elementos que forman parte de ella y establece los principios básicos de la infraestructura verde, el régimen de usos y actividades, la clasificación del suelo, el paisaje, la adaptación de las infraestructuras existentes y el uso público de la huerta.

Valencia. Informe de evaluación del edificio de uso residencial de vivienda

Decreto 53/2018, de 27 de abril, del Consejo, por el cual se regula la realización del informe de evaluación del edificio de uso residencial de vivienda y su Registro autonómico en el ámbito de la Comunidad Valenciana (DOCV de 7 de mayo de 2018)

Establece el régimen jurídico aplicable al nuevo informe de evaluación de edificios de uso residencial, simplificando el procedimiento de inspección. A su vez, crea el Registro autonómico de tales informes.

Valencia. Plan de acción territorial de la infraestructura verde del litoral

Decreto 58/2018, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Plan de acción territorial de la infraestructura verde del litoral de la Comunitat Valenciana y el catálogo de playas de la Comunitat Valenciana (DOCV de 11 de mayo de 2018)

Los objetivos del plan de infraestructura verde incluyen definir y ordenar la infraestructura verde supramunicipal del litoral, potenciar el mantenimiento de espacios libres de edificación y urbanización en la franja litoral, y armonizar el régimen jurídico general de los suelos del espacio litoral. Las determinaciones del plan prevalecen frente a las de los planes urbanísticos municipales, sin perjuicio de que estos impliquen un mayor nivel de protección.

Por su parte, el catálogo de playas tiene por objeto establecer unos criterios generales para las autorizaciones y concesiones de obras, instalaciones, usos o actividades que se pretendan implantar en el dominio público marítimo-terrestre de la Comunitat Valenciana.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

Nulidad de preceptos del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2015

Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 2017 (BOE de 17 de enero de 2018)

El Tribunal Constitucional declara la nulidad de un número significativo de preceptos del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2015 por considerar que se trata de ámbitos competenciales autonómicos. Así, entre otros preceptos, declara el TC la nulidad de (i) la regulación del informe de evaluación de los edificios relativa a la evaluación del estado de conservación del edificio y de las condiciones de edificabilidad; (ii) el contenido de la memoria relativa a la viabilidad económica de la actuación urbanística; (iii) determinadas reglas específicas de las actuaciones sobre el medio urbano; (iv) la posibilidad de sujetar a tanteo y retracto la delimitación de actuaciones sobre el medio urbano, y (v) la posibilidad de liberación en las actuaciones de expropiación cuando se aporten garantías suficientes.

Asimismo, el TC mantiene el sentido del silencio negativo para los supuestos de obras de edificación sujetas a la Ley de Ordenación de la Edificación con independencia de la situación del suelo, pero limita el sentido de este silencio negativo para los supuestos de construcciones de instalaciones que carecen del carácter de edificación y las casas prefabricadas cuando se desarrollen en suelo rural cuya transformación urbanística no esté prevista o permitida (de forma que no intervendría el silencio negativo en este supuesto en suelo urbano). Además, anula el sentido negativo para las licencias relativas a parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo y para las licencias relativas a talas de masas arbóreas o de vegetación arbustiva.

Distinción entre actuación de urbanización y actuación de reforma o renovación de la urbanización

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2017 (rec. núm. 3447/2015)

El Tribunal Supremo afirma que los antiguos —y autonómicos— conceptos de *suelo urbano consolidado* y *suelo urbano no consolidado* no cuentan ya con el papel de elementos determinantes de las nuevas exigencias derivadas de una actuación de transformación urbanística, ya que estas miran al futuro, juegan a transformar la ciudad con mayor o menor intensidad —quizá sin romperla como ciudad compacta—, y se presentan como mecanismos de transformación urbana, sin anclajes ni condicionamientos derivados de la clase de suelo de que se trate.

El Tribunal Supremo afirma que el nivel de la actuación —y sus correspondientes consecuencias— no viene determinado por el nivel o grado de pormenorización del suelo a transformar, sino por el grado o nivel de la transformación que se realice sobre un determinado suelo, y que, en función de su intensidad, podrá consistir en una reforma o renovación de la urbanización, o, simplemente, en una mejora mediante el incremento de las dotaciones, en un marco de proporcionalidad, y sin llegar a la reforma o renovación. La reforma o renovación (actuación de urbanización) es «*hacer ciudad*» —cuenta con un plus cualitativo—, mientras que el incremento de dotaciones (actuación de dotación) es «*mejorar ciudad*», con un componente más bien

cuantitativo. La primera se mueve en un ámbito de creatividad urbanística en el marco de la discrecionalidad, pudiendo llegar a una «*ciudad diferente*», y la actuación de dotación consigue una «*ciudad mejor*» que no pierde su idiosincrasia.

Interrupción de la prescripción en la reclamación a agentes de la edificación distintos del promotor

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2017 (rec. núm. 1044/2015)

El Tribunal Supremo analiza la interrupción del plazo de prescripción de una acción ejercitada frente al arquitecto por vicios constructivos en relación con una reclamación extrajudicial remitida al promotor.

Conforme a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, la responsabilidad de los agentes de la edificación es, como regla general, individualizada y determinada en función de la actividad en la obra de cada uno de los agentes, sin perjuicio de la exigencia de responsabilidad solidaria cuando no sea posible individualizar la causa de los daños o quede probada la concurrencia de culpas sin que pueda determinarse el grado de intervención de cada agente.

En consecuencia, en caso de que la reclamación extrajudicial se dirija frente a un agente de la edificación en concreto, el plazo de prescripción para instar una reclamación frente a él se interrumpe, si bien continuará corriendo el plazo para el resto de los agentes de la edificación. Todo ello sin perjuicio de que el promotor daba responder solidariamente con todos ellos en todo caso.

Moderación de la cláusula penal aplicable por desistimiento en arrendamiento para uso distinto de vivienda

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2018 (recurso de casación núm. 1851/2015)

La sentencia objeto de análisis examina la moderación de la cláusula penal incluida en un contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda de treinta años de duración por la que el arrendatario se compromete a no rescindir el contrato durante los diez primeros años y, en caso contrario, a indemnizar al arrendador por el importe de las rentas pendientes hasta cumplir dicho plazo.

El Tribunal Supremo considera que, con independencia de que la cláusula se refiera erróneamente a los términos *rescindir* e *indemnizar*, en realidad se atribuyó al arrendatario una facultad de desistimiento anticipado a cambio de pagar el importe equivalente a las rentas pendientes hasta cumplir el plazo de diez años. Por tanto, la suma que debía abonar el arrendatario sería menor a medida que el desistimiento se produjera en fecha más próxima a los diez años.

Así, no procede moderar la cuantía de la suma que debía pagar el arrendatario al desistir unilateralmente aplicando la doctrina del enriquecimiento injusto por el hecho de que el arrendador arriende el local tras la extinción del contrato antes del término de los diez años. En efecto, ello equivaldría a exonerar al arrendador del cumplimiento de lo pactado en el contrato al quedar a cargo del arrendatario el riesgo de no encontrar un alquiler de sustitución durante los diez primeros años del contrato.

En consecuencia, sostiene el Alto Tribunal que, habida cuenta de que la doctrina del enriquecimiento injusto se dirige a corregir adjudicaciones patrimoniales antijurídicas, no es posible aplicarla al caso, ya que lo que se pretende es precisamente dar cumplimiento al contenido contractual libremente pactado por las partes.

Nulidad de planeamiento por inviabilidad económica y por falta de informe sobre hidrocarburos

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de febrero de 2018 (recurso ordinario núm. 188/2013)

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña anula el plan de mejora urbana, aprobado definitivamente en el año 2013, de un sector en Tarragona por su inviabilidad económica, puesto que, aunque el plan presenta un amplio estudio económico financiero, toma precios del mercado inmobiliario del año 2007, garantizando que el Ayuntamiento asumiría los compromisos de inversión aun aceptando que no los podría hacer frente durante el primer sexenio de vigencia del plan. Esta misma sentencia anula la resolución por la que se daba conformidad al Texto Refundido del Plan de Ordenación Urbanística de Tarragona por no haberse solicitado

el informe previo de la autoridad estatal competente en materia de planificación de hidrocarburos.

Necesidad de informe específico para instrumento de planeamiento

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de marzo de 2018 (recurso núm. 497/2018)

El Tribunal Supremo anula un estudio de detalle por considerar que se debió aportar el informe de la Demarcación de Carreteras del Estado respecto de una carretera que transcurría dentro del ámbito ordenado por este instrumento de ordenación. Considera el Alto Tribunal que el hecho de que el Plan General de Ordenación Urbana del municipio aprobado previamente a la redacción del estudio de detalle contuviera un informe favorable de la Demarcación de Carreteras de Asturias y el Tribunal Superior de Justicia de Asturias declarara mediante sentencia la legalidad de tal situación, no es motivo suficiente para no aportar informe de la Demarcación de Carreteras del Estado en el estudio de detalle, puesto que, al subsistir dudas sobre la afectación del informe favorable existente al contenido del estudio de detalle, hace necesario y vinculante el informe de la Demarcación de Carreteras del Estado.

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

Alcance de la cancelación de hipotecas

Resolución de 22 de enero de 2018 (BOE de 31 de enero de 2018)

La resolución analiza la posibilidad de que se puedan cancelar varias hipotecas constituidas a favor de una entidad financiera sobre una finca en garantía de varios préstamos si en la escritura de cancelación se expresa que, sin perjuicio de que no se ha reintegrado la totalidad de lo debido, la entidad financiera, a solicitud del prestatario, ha accedido a cancelar totalmente las hipotecas. El Registro denegó la cancelación al no haberse expresado la causa onerosa o gratuita de la cancelación.

La Resolución, que estima el recurso y revoca la nota de calificación, recuerda que el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, conforme a la doctrina de la DGRN, exige la existencia y la expresión de la causa que fundamenta la cancelación de la hipoteca. Sin perjuicio de lo anterior, la DGRN concluye que para dar cumplimiento a esta formalidad es suficiente que su titular disponga unilateralmente de su derecho para cancelar la hipoteca renunciando de forma indubitada (no bastaría con que se limite a dar un mero consentimiento). En todo caso, es irrelevante, a los efectos registrales, lo que ocurra entre las partes respecto del crédito pendiente de pago (e. g., se extinga, subsista, se constituyan nuevas garantías o solo se mantenga la responsabilidad personal del prestatario).

Plazo máximo de intereses ordinarios y de demora que se pueden garantizar con una hipoteca

Resolución de 16 de febrero de 2018 (BOE de 27 de febrero de 2018)

Se debate sobre la inscripción de la cláusula de responsabilidad hipotecaria de una escritura de préstamo hipotecario que garantiza en conjunto intereses ordinarios e intereses de demora por un plazo que asciende a casi seis años.

El registrador sostiene que la cláusula no puede acceder al Registro porque la responsabilidad hipotecaria en garantía de los intereses excede del máximo de años garantizables por intereses en su conjunto (cinco años conforme al artículo 114 de la Ley Hipotecaria), sean del tipo que sean.

Por su parte, el notario recurrente señala que no existe ningún impedimento legal, ni siquiera el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, para que se puedan asegurar con la garantía real hipotecaria cinco años de intereses ordinarios y cinco años de intereses moratorios, dado que cada uno de ellos tiene una naturaleza jurídica distinta. Es más, conforme a la doctrina de este centro directivo, el notario concluye que los intereses ordinarios y moratorios no pueden devengarse simultáneamente, pero el límite de los cincos años a la hora de prestar garantía es autónomo para unos y otros.

La DGRN estima el recurso y revoca la nota de calificación. Los intereses ordinarios y moratorios tienen distinta naturaleza jurídica (los ordinarios constituyen una obligación presente y los moratorios una obligación futura que no se sabe si llegará devengarse) y responden a distinta causa. En consecuencia, no hay ninguna razón para entender que la cobertura hipotecaria de cada uno de los intereses (ordinarios y moratorios) no pueda exceder de la cantidad que resulte de aplicar al capital del préstamo el tipo máximo pactado para cada concepto de intereses, alcanzando, en sus respectivos supuestos, el límite de cinco años de forma autónoma y no conjunta.

Caducidad de las anotaciones de embargo y sus efectos sobre cancelación de cargas posteriores

Resolución de 9 de abril de 2018 (BOE de 30 de abril de 2018)

El Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles presenta una consulta vinculante acerca de la contradicción que podría existir entre la doctrina de la DGRN y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 7 de julio de 2017) en relación con la aplicación del artículo 86 de la Ley Hipotecaria en aquellos casos en que consta practicada nota marginal acreditativa de la expedición de la preceptiva certificación de dominio y cargas.

La DGRN diferencia dos ámbitos distintos respecto de la cuestión planteada: el procesal y el registral. Respecto del ámbito procesal, la DGRN se hace eco de la sentencia del Tribunal Supremo en relación con el efecto cancelatorio que produce, exclusivamente a efectos del proceso judicial, la anotación de embargo que sirve de apoyo a la ejecución, pues «*ha causado estado*».

Respecto del ámbito puramente registral, la DGRN sostiene que la expedición de la certificación y la extensión de la nota marginal no supone el cierre del Registro ni siquiera la prórroga de la anotación preventiva extendida como consecuencia del mismo procedimiento.

En consecuencia, la DGRN concluye que los registradores de la propiedad habrán de atenerse a lo establecido en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, y solo podrán cancelar las cargas inscritas o anotadas con posterioridad a la anotación de embargo practicada a resultas del procedimiento de ejecución del que deriva el mandamiento cancelatorio cuando la referida anotación preventiva de embargo esté vigente, por no haber transcurrido el plazo de cuatro años de vigencia que fija el citado artículo 86, o el de sus sucesivas prórrogas, al tiempo en que, al menos el decreto de adjudicación, haya sido presentado en el Registro de la Propiedad.

LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Real Decreto de Modificación del Reglamento del IRPF, el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades y del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

Real Decreto 1074/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, y el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre (BOE de 30 de diciembre de 2017)

Entre las modificaciones introducidas por el Real Decreto 1074/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo («RIPRF»), el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 634/2015, de 10 de julio («RIS»), y el Reglamento del

* Esta sección ha sido elaborada por Raúl Boo Vicente, Jesús David García Sánchez, Sergio Peña Duran, Borja de la Macorra Pérez, Alberto Godino de Frutos, Yanira Miguel Tovar y Susana Bradford Ferreira del Área Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona, Valencia y Lisboa).

Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre («RISD»), destacan en materia jurídico-laboral las siguientes:

(i) Se modifica el artículo 2.2 del RIRPF para elevar el importe exento de las becas para cursar estudios, con la finalidad de incrementar la renta disponible de sus perceptores.

(ii) Se modifica el artículo 44 del RIRPF para aclarar que, dentro de los gastos de estudio para la capacitación y el reciclaje del personal que no constituyen retribución en especie y no son considerados rentas del trabajo, se incluyen los financiados por terceras empresas o entidades siempre que estas comercialicen productos para los que resulte necesario disponer de una adecuada formación por parte del trabajador.

(iii) Se modifica el artículo 45 del RIRPF para elevar la cuantía diaria exenta de las fórmulas indirectas de prestación del servicio de comedor que se entregan al trabajador (p. ej., vales-comida) de los 9 a los 11 euros diarios para facilitar la cobertura de los gastos ordinarios de alimentación vinculados al desarrollo de la actividad laboral.

(iv) Se modifica el artículo 14.2.e) del RIS para establecer un supuesto de excepción a la obligación de retener en relación con las cantidades satisfechas a los fondos de pensiones por los fondos de pensiones abiertos, cuyo objeto es canalizar las inversiones de otros fondos de pensiones.

Salario mínimo interprofesional para 2018

Real Decreto 1077/2017, de 29 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2018 (BOE de 30 de diciembre de 2017)

El Real Decreto 1077/2017, de 29 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2018, establece las nuevas cuantías que deberán regir a partir del 1 de enero de 2018 para el salario mínimo interprofesional («SMI»), establecido en el artículo 27.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores («ET»).

Las nuevas cuantías, que representan un incremento del cuatro por ciento respecto de las vigentes en el año 2017, son las siguientes:

(i) Para los trabajadores fijos, el SMI queda fijado en 24,53 euros/día o 735,9 euros/mes, y en él se computa únicamente la retribución en dinero, en referencia a la jornada legal del trabajo en cada actividad y sin perjuicio de la compensación o absorción de los distintos complementos salariales que viniera percibiendo el trabajador.

(ii) Para los trabajadores eventuales o temporeros cuyos servicios a una misma empresa no excedan de 120 días, la cuantía del salario profesional, teniendo en cuenta el SMI referido anteriormente en conjunto con la parte proporcional de la retribución de domingos y festivos y de las dos gratificaciones extraordinarias a las que tiene derecho todo trabajador, no podrá ser inferior a 34,85 euros por jornada legal de actividad.

(iii) Para los empleados del hogar, tomando como referencia la forma de determinación del salario mínimo establecida para los trabajadores eventuales o temporeros, el salario mínimo será de 5,76 euros por hora efectivamente trabajada.

[Portugal]

Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros em Território Nacional

Lei n.º 102/2017, de 28 de agosto (DR n.º 165, Série I, de 28 de agosto de 2017)

A Lei n.º 102/2017, de 28 de agosto veio transpor para a ordem jurídica portuguesa as Diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho, n.º 2014/36/UE, de 26 de fevereiro, n.º 2014/66/UE, de 15 de maio de 2016, e n.º 2016/801, de 11 de maio de 2016, introduzindo, assim, a quinta alteração à Lei n.º 23/2007, de 4 de julho.

Destacam-se as seguintes alterações:

— Trabalho sazonal

Nos termos do artigo 56.º deste diploma é concedido visto de estada temporária para trabalho sazonal por período superior a 90 dias, não podendo a duração total do visto ser superior a 9

meses num período de 12 meses. Se a validade do visto for inferior a 9 meses, pode ser prorrogada a permanência do cidadão até ao limite de 9 meses num período de 12 meses.

Adicionalmente, de acordo com o recém-introduzido artigo 51.º-A, é concedido visto de curta duração para trabalho sazonal por período igual ou inferior a 90 dias a nacional de Estado terceiro que preencha as condições legalmente previstas.

— Regime especial para deslocalização de empresas

Resulta do artigo 123.º-A que é concedida autorização de residência aos titulares, administradores ou trabalhadores de empresas sediadas ou com estabelecimento principal ou secundário num Estado do Espaço Económico Europeu ou num Estado definido por Despacho do Governo, que fixem em território nacional a sua sede ou estabelecimento, seja principal ou secundário.

— Autorização de residência para trabalhador transferido dentro de empresa

É ainda concedida, nos termos dos artigos 124.º-A e 124.º-B, autorização de residência para trabalhador transferido dentro da empresa, que habilita o seu titular a residir e a trabalhar em território nacional no âmbito de uma transferência dentro da empresa ou grupo de empresas (TDE ou intracorporate transfer - «ICT»).

— Mobilidade dos trabalhadores transferidos dentro da empresa

Permite-se que o nacional de Estado Terceiro detentor de título de residência ICT concedido por outro Estado Membro da União Europeia esteja autorizado a exercer atividade profissional em território nacional, até 90 dias em qualquer período de 180 dias, sendo autorizada a sua entrada e permanência, bem como aos membros da sua família, com base na autorização de residência concedida por esse Estado Membro, com dispensa de quaisquer outras formalidades, desde que sejam titulares de passaporte válido e não estejam inseridos no Sistema de Informação Schengen para efeitos de recusa de entrada e permanência.

Reforma Antecipada - Carreiras Contributivas Muito Longas

Decreto-Lei n.º 126-B/2017, de 6 de outubro (DR n.º 193, Série I, de 6 de outubro de 2017)

O Decreto-Lei n.º 126-B/2017, de 6 de outubro vem estabelecer um regime especial de antecipação da idade de acesso à pensão de velhice, como forma de valorização de carreiras contributivas muito longas.

Deste modo, a reforma antecipada poderá ser requerida, sem qualquer uma das penalizações decorrentes do fator de sustentabilidade ou da redução da pensão por antecipação, pelos beneficiários do Regime Geral da Segurança Social e do Regime de Proteção Social convergente que tenham:

(i) idade igual ou superior a 60 anos e carreiras contributivas iguais ou superiores a 48 anos, ou

(ii) iniciado a sua atividade profissional com 14 anos ou idade inferior, idade igual ou superior a 60 anos e pelo menos 46 anos de carreira contributiva.

O referido Decreto-Lei alterou ainda as regras de totalização dos períodos contributivos, tornando relevantes os períodos contributivos cumpridos no âmbito de outro regime de proteção social, quando não se sobreponham aos períodos contributivos cumpridos no regime geral da segurança social, para efeitos de:

(i) cumprimento dos prazos de garantia;

(ii) condições de acesso à pensão de velhice antecipada ou bonificada no âmbito do regime de flexibilização;

(iii) condições de acesso à pensão de velhice no âmbito do regime de antecipação nas situações de desemprego involuntário de longa duração;

(iv) determinação do fator de redução ou de bonificação correspondente a aplicar no cálculo da pensão;

(v) cômputo dos anos civis com registo de remunerações relevantes para a determinação da taxa anual de formação da pensão.

O Decreto-Lei entrou em vigor a 7 de outubro de 2017.

Retribuição mínima mensal garantida - Continente e Região Autónoma dos Açores

Decreto-Lei n.º 156/2017, de 28 de dezembro (DR 248, Série I, de 28 de dezembro)

A partir de 1 de janeiro de 2018, a retribuição mínima mensal garantida para os trabalhadores a tempo completo passou a ser de € 580.

Por força desta atualização, nas Região Autónoma dos Açores, o montante da retribuição mínima mensal garantida foi também atualizado para € 609.

Retribuição mínima mensal garantida - Região Autónoma da Madeira

Decreto Legislativo Regional n.º 5/2018/M, de 28 de fevereiro (DR 42, Série I, de 28 de fevereiro)

O valor da retribuição mínima mensal garantida a vigorar na Região Autónoma da Madeira passou a ser, com efeitos reportados a 1 de janeiro de 2018, de € 592.

Subsídios de férias e natal em duodécimos

Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro (DR 249, Série I, de 29 de dezembro)

A partir de 1 de janeiro de 2018, retomou-se a regra constante do Código do Trabalho, nos termos da qual o subsídio de férias deve ser pago antes do início do período de férias ou proporcionalmente, em caso de gozo interpolado de férias.

Por seu turno, o subsídio de Natal deverá ser pago aos trabalhadores do sector privado até 15 de dezembro de cada ano.

Não obstante, por acordo entre as partes ou mediante regime em sentido distinto previsto em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, poderá ser estabelecido o pagamento fracionado, ou outro, dos subsídios de férias e de Natal.

Subsídio de alimentação

Artigo 21º da Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro (DR 249, Série I, de 29 de dezembro)

Foram aumentados os limites de isenção em matéria de incidência contributiva e fiscal dos montantes diários pagos a título de subsídio de alimentação nos seguintes termos:

(i) Subsídio de alimentação pago em dinheiro: de € 4,52 para € 4,77;

(ii) Subsídio de alimentação pago em cartão ou vale refeição: de € 7,23 para € 7,63.

Novo regime contributivo para os jovens em férias escolares

Artigo 65º da Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro (DR 249, Série I, de 29 de dezembro)

Foram aditados os artigos 83º-A a 83º-D ao Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, relativos à situação previdencial dos jovens em férias escolares que passam a ter um regime próprio, com um âmbito de proteção social reduzido, semelhante ao previsto para os trabalhadores em regime de contrato de trabalho de muito curta duração. O âmbito material de proteção social dos jovens em férias escolares fica assim reduzido às eventualidades de invalidez, velhice e morte.

A taxa contributiva relativa a estes jovens é da exclusiva responsabilidade da entidade empregadora, no valor de 26,1 %.

A base de incidência contributiva é também diferente da dos trabalhadores por conta de outrem, sendo constituída pela remuneração convencional calculada com base no número de horas de trabalho prestado e na remuneração horária determinada com base na seguinte fórmula: Rh = (IAS × 12)/(52 × 40).

Eliminação da redução de 10% do subsídio de desemprego após 180 dias

Artigo 122º da Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro (DR 249, Série I, de 29 de dezembro)

É eliminada a redução de 10% do montante do subsídio de desemprego após o 180.º dia de atribuição do mesmo.

Desta forma, revoga-se o disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 28º do Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de novembro.

Majoração do montante do subsídio de desemprego e do subsídio por cessação de atividade

Artigo 123º da Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro (DR 249, Série I, de 29 de dezembro)

É mantida a majoração de 10% do montante diário do subsídio de desemprego e do subsídio por cessação de atividade, nas situações seguintes:

(iii) Quando, no mesmo agregado familiar, ambos os cônjuges ou pessoas que vivam em união de facto sejam titulares do subsídio de desemprego ou do subsídio por cessação de atividade e tenham filhos ou equiparados a cargo;

(iv) Quando, no agregado monoparental, o parente único seja titular do subsídio de desemprego ou do subsídio por cessação de atividade.

Alteração da taxa contributiva a cargo das entidades contratantes de trabalhadores independentes

Decreto-Lei n.º 2/2018, de 9 de janeiro (DR 6, SÉRIE I, de 9 de janeiro de 2018)

O Decreto-Lei n.º 2/2018, de 9 de janeiro, veio alterar o regime contributivo dos trabalhadores independentes.

Entre as alterações introduzidas pelo diploma destacam-se as seguintes:

— Alargamento do conceito de entidades contratantes responsáveis pelo pagamento de contribuições, que passa a compreender todas as pessoas coletivas ou singulares com atividade empresarial, independentemente da sua natureza e finalidades, responsáveis por mais de 50% dos rendimentos do trabalhador independente;

— Descida da taxa contributiva dos trabalhadores independentes que passa dos atuais 29,6% para 21,4%;

— Correspondente aumento da taxa contributiva a cargo das entidades contratantes, passando a estar sujeitas a uma taxa de:

(i) 10% quando a dependência económica do trabalhador for superior a 80%, e

(ii) 7% nos restantes casos (i.e. quando a dependência económica do trabalhador se situe entre 50% e 79%);

— No caso dos empresários em nome individual e dos titulares de estabelecimento individual de responsabilidade limitada e respetivo cônjuge, a taxa passa de 34,75% para 25,2%;

— Os trabalhadores independentes passam a ter que declarar trimestralmente os rendimentos obtidos, no último dia dos meses de abril, julho, outubro e janeiro. Independentemente da obrigação trimestral, no mês de janeiro de cada ano, os trabalhadores independentes deverão ainda confirmar ou declarar os rendimentos auferidos no ano civil anterior;

— A obrigação declarativa trimestral não se aplica aos trabalhadores independentes com contabilidade organizada, uma vez que o respetivo rendimento relevante corresponde ao lucro tributável apurado no ano civil anterior. Uma vez notificados da fixação da base contributiva, estes trabalhadores poderão requerer que lhes seja aplicado o regime de apuramento trimestral e correspondentes obrigações declarativas;

— Fixação trimestral da base de incidência contributiva, que passa a corresponder a 1/3 do rendimento relevante apurado em cada período declarativo. Por seu turno, o rendimento relevante é determinado com base em (i) 70% do total dos rendimentos, ou (ii) 20% dos rendimentos associados à produção e venda de bens. Para os trabalhadores independentes com contabilidade organizada, a base de incidência contributiva corresponde ao duodécimo do lucro tributável;

— Fixação de um limite mínimo de base de incidência contributiva de € 20,00 de modo a garantir a estabilidade da carreira contributiva, e de um limite máximo correspondente a 12 vezes o valor do IAS. Para os trabalhadores com contabilidade organizada o limite mínimo da base de incidência contributiva corresponde a 1,5 vezes o IAS;

— Os trabalhadores independentes que acumulem atividade profissional por conta de outrem só estarão isentos de contribuir caso o rendimento mensal médio apurado trimestralmente seja de montante inferior a 4 vezes o valor do IAS, verificados os restantes requisitos já exigíveis.

Embora tenha entrado em vigor a 10 de janeiro de 2018, o Decreto-Lei apenas produzirá efeitos a partir de 1 janeiro de 2019, salvo no que respeita às entidades contratantes, onde os efeitos se reportam a 1 de janeiro de 2018.

Atualização do indexante de apoios sociais (IAS)

Portaria n.º 21/2018, de 18 de janeiro (DR 13, Série I, de 18 de janeiro de 2018)

Esta Portaria atualizou o valor do Indexante dos Apoios Sociais para o ano de 2018 para € 428,90.

Determinação da idade normal de acesso à pensão de velhice

Portaria n.º 25/2018, de 18 de janeiro (DR 13, Série I, de 18 de janeiro de 2018)

A Portaria acima identificada veio determinar a idade normal de acesso à pensão de velhice do regime geral da segurança social a vigorar em 2019, que é de 66 anos e 5 meses.

Este diploma determinou ainda que o fator de sustentabilidade aplicável às pensões de velhice iniciadas em 2018 e atribuídas antes da idade normal de acesso à pensão é de 0,8550.

Regime jurídico aplicável à transmissão de empresa ou estabelecimento

Lei n.º 14/2018, de 19 de março (DR 55, Série I, de 19 de março de 2018)

A Lei n.º 14/2018, de 19 de março introduziu a décima terceira alteração ao Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, alterando substancialmente o regime aplicável à transmissão de empresa ou estabelecimento, reforçando os direitos dos trabalhadores e obrigações das entidades empregadoras relativamente a esta matéria.

De entre as principais alterações introduzidas destacam-se:

(i) O alargamento da responsabilidade solidária do transmitente para os dois anos subsequentes à transmissão;

(ii) A atribuição à Direcção-Geral do Emprego e das Relações de Trabalho («DGERT») e à Autoridade para as Condições do Trabalho («ACT») de um papel ativo no âmbito do regime da transmissão de estabelecimento;

(iii) O reforço do papel dos sindicatos, os quais passam a ser considerados representantes dos trabalhadores para efeitos do regime de transmissão, ainda que não tenha sido eleito delegado sindical na respetiva empresa;

(iv) A intensificação dos deveres de informação e consulta e estabelecimento de prazos mais alargados:

- O transmitente e o adquirente devem informar os trabalhadores e os seus representantes do conteúdo do contrato celebrado entre ambos (salvaguardando-se, porém, o direito de omitir esta informação quando estiverem em causa dados cuja natureza seja suscetível de prejudicar ou afetar gravemente o funcionamento da empresa ou do estabelecimento);
- Quando não existam representantes dos trabalhadores, estes passam a poder constituir uma comissão representativa ad hoc, como já sucedia nos casos de despedimento coletivo, que os representará na fase de consultas (caso haja lugar à mesma).

(v) O reconhecimento expresso do direito dos trabalhadores de se oporem à transferência dos seus contratos de trabalho quando a transmissão possa causar-lhes um prejuízo sério, nomeadamente, por manifesta falta de solvabilidade ou situação financeira difícil do adquirente, ou ainda se a política de organização do trabalho do comprador não lhe merecer confiança:

- Opondo-se à transferência do seu contrato para o adquirente da unidade económica, o trabalhador poderá optar por (i) manter o vínculo contratual ao transmitente ou (ii) resolver o contrato com justa causa, tendo direito à compensação prevista para os casos de despedimento coletivo;
- O direito de oposição deverá ser exercido por escrito, antes da transmissão da unidade económica (nos 10 dias úteis seguintes à informação prestada pelo transmitente e adquirente ou nos 5 dias úteis seguintes ao acordo ou termo da fase de consultas).

(vi) O agravamento da moldura contraordenacional aplicável à entidade empregadora, pelo incumprimento do presente regime.

O diploma entrou em vigor no dia 20 de março de 2018 e aplica-se a qualquer transmissão de empresa ou estabelecimento que venha a ocorrer a partir dessa data.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Límites del uso de cámaras de videovigilancia en el trabajo. Sentencia López Ribalda

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tercera Sección) de 9 de enero de 2018 (Caso López Ribalda)

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos («TEDH»), en el caso López Ribalda y otros v. España, de 9 de enero de 2018, determina que la instalación *ad hoc* de cámaras de videovigilancia, que acreditaron los hurtos en la caja de un supermercado por parte de unas empleadas y sirvieron de base para su despido, vulneró el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos («CEDH») sobre el derecho al respeto de la vida privada de las trabajadoras.

Pese a los indicios de hurto del empresario, que tenía unos descuadres de caja mensuales de hasta 25.000 euros, y pese a que las cámaras *ad hoc* enfocaban exclusivamente a las cajas, el TEDH determinó que los tribunales españoles no mantuvieron un adecuado equilibrio entre el derecho a la vida privada de las trabajadoras y el derecho a la propiedad privada del empresario. En concreto, el TEDH considera que el juicio de proporcionalidad debió tomar en mayor consideración que el empresario:

(i) no informó a las trabajadoras de que sus imágenes estaban siendo grabadas, en los términos previstos en la normativa de protección de datos;

(ii) no había individualizado sus sospechas en las trabajadoras despedidas, pues las grabaciones se dirigían a la generalidad de los trabajadores que actuaban en caja; y

(iii) no acotó temporalmente su acción de videovigilancia.

Asimismo, el TEDH descarta que el uso en juicio de la grabación constituyera una vulneración del derecho de defensa *ex* artículo 6 del CEDH, pues (i) las trabajadoras pudieron cuestionar en el juicio la validez de la prueba videográfica, (ii) las sentencias de los tribunales españoles que conocieron del asunto dieron respuesta a las objeciones de las demandantes y (iii) la prueba principal para declarar la procedencia de su despido no fue la grabación, sino la declaración de testigos.

Por último, el TEDH descarta que existiera vicio del consentimiento —coacción— en el acuerdo transaccional que firmaron algunas trabajadoras, que renunciaron a impugnar su despido a cambio de la renuncia del empleador a ejercitar acciones penales por los hurtos.

La sentencia —susceptible de recurso— contiene un voto particular que argumenta que los tribunales españoles sí efectuaron correctamente el juicio de proporcionalidad.

Trabajadoras embarazadas y despido colectivo

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de febrero de 2018

El artículo 10.1 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992 (la «Directiva 92/85»), prohíbe el despido de las trabajadoras durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, «*salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales*».

A estos efectos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») entiende que la motivación de un despido colectivo —causas económicas, técnicas, organizativas o de producción— no guarda relación con la situación de embarazo, por lo que sí constituye un caso excepcional que permite la extinción contractual.

Ahora bien, el TJUE aprecia que el empresario debe comunicar a la trabajadora embarazada los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido.

Asimismo, la sentencia indica que la normativa española, que prevé la readmisión y el abono de salarios de tramitación cuando se vulnera la protección de la trabajadora, se opone a la Directiva 92/85, pues esta reparación pudiera no ser suficiente para proteger del riesgo que supone un despido para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas. El TJUE indica que esta reparación no puede sustituir una protección de carácter preventivo.

Guardia domiciliaria y su posible consideración como tiempo de trabajo

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2018

El TJUE entiende que el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio, con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, debe considerarse como tiempo efectivo de trabajo, al tratarse de un plazo que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades.

A este respecto, el TJUE recuerda que el factor determinante para la calificación de tiempo de trabajo es el hecho de que el trabajador esté obligado a hallarse físicamente en un lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de este para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad.

Asimismo, la sentencia considera que, aunque el lugar donde el trabajador deba estar localizable sea su domicilio y no su lugar de trabajo, la obligación de permanecer presente físicamente en el lugar determinado por el empresario y la restricción que, desde un punto de vista geográfico y temporal, supone la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos limitan de manera objetiva las posibilidades que tiene el trabajador de dedicarse a sus intereses personales y sociales.

Dicha situación —según el TJUE— se distingue de la de un trabajador que durante su servicio de guardia simplemente deba estar a disposición de su empresario a fin de que este pueda localizarlo.

Despido por ausencias justificadas y situación de discapacidad

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de enero de 2018

La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 («Directiva 2000/78»), establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. El TJUE se pronuncia sobre si resulta discriminatorio el despido objetivo de un trabajador, con una discapacidad reconocida de un 37 %, con base en la duración de las ausencias a su puesto de trabajo que, aun justificadas, excedían de los límites establecidos a tal efecto en el artículo 52.d) del ET. Las ausencias y la discapacidad del trabajador tenían su origen en la obesidad que este padecía.

El TJUE afirma que no basta con que a un trabajador se le haya declarado discapacitado conforme a la normativa nacional para entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, sino que es preciso, además, que tenga una «*limitación de la capacidad* [...] *que pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores*». Pues bien, la obesidad del trabajador puede cumplir con estos parámetros, sin perjuicio de que debe ser el órgano jurisdiccional interno el encargado de determinarlo.

Adicionalmente, el TJUE considera que el artículo 52.d) del ET persigue un fin legítimo, como es el de combatir el absentismo laboral. Sin embargo, debe examinarse si el medio utilizado es el idóneo para ello, pues el trabajador discapacitado presenta un mayor riesgo de ser despedido por esta causa que el resto de trabajadores, ya que, dentro de las ausencias que quedan fuera de la posible justificación del despido del trabajador, no se incluyen todas las posibles situaciones de discapacidad que pueden existir.

En consecuencia, el TJUE declara que el artículo 52.d) del ET no se opone a la Directiva 2000/78 en la medida en los órganos jurisdiccionales internos evalúen y determinen que el fin perseguido es el de combatir el absentismo y que este medio es proporcional y adecuado para conseguir dicho objetivo.

El servicio de intermediación de Uber debe ser considerado como un «servicio en el ámbito de los transportes»

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de diciembre de 2017

El TJUE analiza si el servicio de intermediación ofrecido por Uber, consistente en conectar mediante una aplicación para teléfonos inteligentes a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean realizar desplazamientos urbanos, debe calificarse como un «servicio de la sociedad de la información» o como un «servicio en el ámbito de los transportes». Esta calificación es relevante, pues de ello depende la posibilidad de imponer a la sociedad la obligación de disponer de una autorización administrativa previa y puede tener consecuencias dentro del orden laboral.

El TJUE razona que Uber proporciona una aplicación sin la cual los conductores no podrían prestar el servicio y sin la cual las personas que desean desplazarse en la ciudad no podrían contar con el servicio de transporte ofrecido por los conductores.

Además, entiende que Uber ejerce una influencia decisiva en las condiciones de prestación del servicio por parte de los conductores en tanto que la sociedad establece el precio máximo de la carrera, recibe el pago del cliente para luego abonar una parte al conductor no profesional y controla la calidad de los vehículos, así como la idoneidad y el comportamiento de los conductores.

En consecuencia, el TJUE considera que este servicio de intermediación forma parte de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, debe calificarse como un «servicio en el ámbito de los transportes», de forma que puede exigirse, conforme a la normativa nacional aplicable al litigio, una autorización administrativa previa para la prestación del servicio.

[España]

La retribución de los consejeros ejecutivos debe constar en los estatutos y ser aprobada por la junta

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de febrero de 2018

Por primera vez tras la reforma obrada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, el Tribunal Supremo («TS») se ha pronunciado acerca de la fijación de la retribución de los consejeros delegados o ejecutivos de las sociedades de capital no cotizadas.

En esta sentencia, la Sala de lo Civil del TS defiende una interpretación totalmente opuesta a la sostenida hasta ahora por la Dirección General de los Registros y del Notariado, y por buena parte de la doctrina científica española. Hasta la fecha se había entendido que debía diferenciarse entre la retribución a percibir por el desempeño de funciones de «mero consejero» y las de «consejero ejecutivo», y que únicamente la primera era la que requería constancia estatutaria y aprobación por la junta general.

El TS entiende que esta interpretación no es ajustada a la normativa vigente, ya que el sistema de organización de la administración de las sociedades de capital españolas es monista, por lo que no cabe distinguir entre un órgano de supervisión y otro de ejecución. El consejo puede delegar funciones ejecutivas precisamente porque es titular de esas funciones.

Por consiguiente, el TS declara la nulidad de las cláusulas estatutarias que establezcan que el cargo de administrador es gratuito y, a su vez, que la retribución de los consejeros ejecutivos será fijada por el consejo. Y ello en la medida en que (i) resulta contradictorio que un mismo cargo pueda resultar gratuito y retribuido a la vez, y (ii) porque los conceptos retributivos a percibir por todos los consejeros (incluidos los ejecutivos) deben constar en los estatutos y dentro del importe máximo aprobado por la junta.

Discriminación por razón de sexo. Anulación del alta de una embarazada en situación de riesgo que fue seleccionada de la bolsa de trabajo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 26 de febrero de 2018

El TS se plantea si procede o no el alta de una mujer embarazada que había sido seleccionada en la bolsa de trabajo de un hospital y contratada mediante un contrato de interinidad, pero que no pudo iniciar la prestación de servicios por encontrarse en situación de riesgo por embarazo. Dicho de otro modo, el TS analiza si resulta necesario, a los efectos del alta laboral, que la trabajadora hubiera iniciado la actividad propia de su puesto de trabajo.

El TS considera que la resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social por la que se anuló el alta laboral supone una discriminación por razón de sexo, y ello en la medida en que la solución contraria supondría truncar, de entrada, las posibilidades laborales de la trabajadora al situarla en una situación de desventaja por el riesgo asociado a la maternidad, en general, y al embarazo, en particular.

La sentencia invoca la propia jurisprudencia del TS, la del Tribunal Constitucional («TC») y la del TJUE, y concluye que el acto administrativo de alta se vincula, con carácter general, «al inicio de la actividad laboral», pero también puede ampliarse a «una situación conexa a la misma, como sucede en este caso en que ya se había contratado y dado de alta, a la mujer en situación de riesgo por embarazo».

Un trabajador despedido antes de presentar su candidatura como representante de los trabajadores no tiene derecho de opción en caso de despido improcedente

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 22 de febrero de 2018

El TS recuerda que es doctrina consolidada de la Sala que el derecho de opción se extiende al trabajador que ha presentado su candidatura antes de su despido a fin de evitar (i) posibles injerencias empresariales en el proceso electoral y (ii) trabas que impidan el acceso a la condición de representante por parte de quienes están legitimados.

Dicha extensión no puede operar, sin embargo, respecto de aquellos trabajadores que en el momento de la notificación del despido no habían manifestado su intención de concurrir a las elecciones y no habían formalizado su candidatura.

En ese sentido, el TS concluye que un trabajador no tiene derecho de opción en caso de despido improcedente cuando no consta que la empresa conociera —con anterioridad a la fecha de comunicación del despido— su intención de presentar candidatura en las elecciones a representantes de los trabajadores.

El cómputo de los permisos retribuidos debe iniciarse en día laborable

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 13 de febrero de 2018

El TS declara que, cuando el hecho causante de los permisos retribuidos tiene lugar en día no laborable, el cómputo se inicia el primer día laborable tras el del hecho causante.

En particular, la cuestión objeto del recurso versaba sobre el inicio del cómputo de los permisos por matrimonio, nacimiento de hijo y fallecimiento de familiar establecidos en el convenio colectivo estatal del sector de *contact center*.

Apartándose de la interpretación literal realizada por la Audiencia Nacional («AN»), el TS opta por una interpretación lógico-sistemática y finalista del precepto convencional, y concluye que carece de sentido que un «permiso retribuido» se inicie en día no laborable, ya que en días festivos no es necesario pedir «permiso» para ausentarse del puesto de trabajo.

A pesar de que la argumentación utilizada por el TS es extrapolable a otros supuestos, la sentencia se ha dictado para dar respuesta a un problema particular suscitado por la redacción del convenio colectivo estatal del sector de *contact center*, por lo que deberá analizarse en cada caso concreto la eventual aplicación de esta interpretación.

Pautas de revisión del correo electrónico tras BĐrbulescu: la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2018

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 8 de febrero de 2018

Por primera vez tras la sentencia del TEDH (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 (caso Bărbulescu v. Rumanía), el TS resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que analiza la licitud del acceso al correo electrónico de un empleado por parte de su empleador y su utilización como prueba para fundar el despido de aquel por motivos disciplinarios, todo ello bajo la dirección letrada de Uría Menéndez.

(i) La empresa disponía de una política de utilización de medios informáticos en la que se limitaba el uso.

El TS toma especialmente en consideración el hecho de que la empresa disponía de una política de utilización de medios informáticos en la que se limitaba el uso de tales medios, incluido especialmente el correo electrónico, para fines exclusivamente profesionales. Asimismo, las nor-

mas internas informaban con total claridad de la posibilidad de que la empresa supervisara o monitorizara la utilización de tales medios por los empleados. El trabajador conocía estas normas y las aceptaba diariamente al acceder al ordenador que tenía asignado. La revisión del correo electrónico no se llevó a efecto de modo genérico o indiscriminado, sino tratando de encontrar elementos que permitieran seleccionar los correos a examinar, para lo que se utilizaron palabras clave que permitieran inferir en qué correos podría existir información relevante para la investigación. De esta forma, el examen se limitó a los correos pertinentes para la investigación, disponibles en el correo corporativo del demandante, mediante el acceso al servidor alojado en las propias instalaciones de la empresa; es decir, nunca se accedió a ningún aparato o dispositivo particular del trabajador.

(ii) La investigación fue respetuosa con los derechos del trabajador.

Como consecuencia de todo ello, el TS concluye que la investigación se llevó a cabo en estricta conformidad con los cánones constitucionales de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En este sentido, la Sala reconoce que la esencia de la sentencia del TEDH en el caso Bărbulescu radica en la exigencia de realizar una adecuada ponderación de los derechos e intereses en conflicto, para poder «*alcanzar un justo equilibrio entre el derecho del trabajador al respeto de su vida privada y de su correspondencia, y los intereses de la empresa empleadora*». De este modo, el TS constata que las pautas sentadas por el TEDH son sustancialmente coincidentes con las emanadas del TC y del propio TS españoles en su doctrina anterior a Bărbulescu.

(iii) Todo ello lleva al TS a concluir que la conducta empresarial supera holgadamente el filtro del TEDH y que la revisión del correo electrónico efectuada fue un medio idóneo y necesario para completar la investigación de los hechos que fueron imputados en la carta de despido del trabajador.

Fijos discontinuos: ¿los períodos de inactividad deben computar a efectos del complemento de antigüedad?

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 18 de enero de 2018

En esta sentencia, el TS resuelve acerca de cómo debe computarse la antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos. En concreto, el TS se plantea si deben descontarse o no los períodos de inactividad a efectos del devengo del complemento salarial de antigüedad.

De acuerdo con el TS, debe estarse a lo dispuesto en el convenio colectivo, por ser la norma que regula la cuantía del salario y sus complementos, con el único límite del respeto a los mínimos legales de derecho necesario. Así pues, el convenio colectivo de aplicación en este caso requería «servicios efectivos». Por ello, el TS concluye que el convenio ha optado por el cómputo de tiempo de prestación de servicios descontando los períodos de inactividad.

Asimismo, el TS aclara que dicho criterio no vulnera el principio de igualdad, ya que los trabajadores fijos discontinuos no son privados del complemento, sino que se cuantifica de forma proporcional al tiempo de prestación de servicios.

Negociación de un convenio colectivo de empresa. Representantes en los que concurre la condición de representación unitaria y representación sindical

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 16 de enero de 2018

El TS analiza la pretensión de nulidad del convenio colectivo de una empresa, con nueve centros de trabajo, que había sido negociado por trabajadores que eran miembros de la representación unitaria de tres centros, pero que a su vez eran afiliados a sindicatos que habían constituido en la empresa secciones sindicales.

La particularidad de este caso reside en el análisis que realiza el TS sobre el carácter y naturaleza con que actuaron en la negociación del convenio los representantes del banco social que integraron la comisión negociadora, al concurrir en ellos la doble cualidad de ser miembros de los órganos de representación unitaria de los trabajadores y afiliados a sindicatos que habían constituido sus respectivas secciones sindicales en el ámbito de la empresa.

En virtud del principio de correspondencia, el TS anticipa que si los representantes negociaron en su condición de representación unitaria, actuando por tanto en nombre de solo tres centros de trabajo, no es posible que el convenio vincule a los seis centros restantes. En cambio, si actuaron en su condición de representantes de las secciones sindicales válidamente constituidas

en la empresa, sí que se cumpliría el principio de correspondencia y, en consecuencia, su actuación vincularía a los nueve centros de trabajo.

En el análisis, TS considera que deben valorarse todos los elementos probatorios aportados al proceso y estima que, en el presente supuesto, cobraba especial relevancia el contenido de las actas de la comisión negociadora, la actuación seguida ante la autoridad laboral e incluso la redacción de los términos del convenio colectivo impugnado.

Finalmente, el TS concluye que la mera afiliación a los sindicatos que habían constituido las secciones sindicales no es suficiente para entender que actuaban en su representación y, por tanto, declara la nulidad del convenio colectivo al haberse vulnerado el principio de concurrencia.

Incrementos salariales del convenio colectivo en ultraactividad

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 29 de noviembre de 2017

El TS analiza si una vez finalizada la vigencia de un convenio colectivo, y a pesar de encontrarse en situación de ultraactividad, debe continuar aplicándose la actualización de las retribuciones vinculada al índice de precios al consumo prevista en su articulado.

En este sentido, el TS concluye que si bien las previsiones de naturaleza salarial tienen naturaleza normativa, por lo que podrían verse afectadas por la institución de la ultraactividad, la limitación expresa del incremento de las tablas salariales al período comprendido entre el 1 de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2010 impide que esa previsión pueda seguir aplicándose una vez superado ese periodo.

Economía de plataformas. Existencia de relación laboral

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2017

El TS declara la existencia de una relación laboral entre un traductor y la empresa que prestaba los servicios de traducción a los clientes finales y que seleccionaba a los intérpretes por proximidad geográfica mediante un programa informático.

Los traductores no estaban sujetos a un horario concreto y no recibían instrucciones, directrices, supervisión ni medios materiales para la prestación de los servicios al cliente. Tampoco recibían formación sobre los estándares en los que debía llevarse a cabo la prestación de servicios. Incluso, en el caso analizado, se permitía que puntualmente los servicios de traducción no fueran prestados directamente por el actor, sino por sus familiares.

Sin embargo, el TS estima que, aunque pueda parecer que el actor disponía de gran libertad horaria y que incluso disponía de la facultad de decidir si asumía o no los encargos, lo cierto es que los servicios se realizaban cuando era requerido por la empresa y en los lugares, días y horas que se le indicaban. Además, corría el riesgo de no volver a ser llamado si rechazaba un encargo.

El intérprete percibía una remuneración fija y periódica determinada por la demandada en proporción a la actividad prestada. Además —concluye el TS—, la sustitución esporádica por familiares no implica la ausencia del carácter personal de la prestación.

En definitiva, el TS entiende que, aun con características especiales, en el presente caso concurren las notas de dependencia y ajenidad típicas de la relación laboral.

Obligación de consulta previa a los representantes de los trabajadores en despidos individuales o plurales

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de octubre de 2017

El TS analiza la declaración de improcedencia de un despido por incumplimiento de las obligaciones formales impuestas en el convenio colectivo aplicable.

El convenio en cuestión preveía, en términos similares al 64.5 del ET, como competencias de los representantes de los trabajadores, la posibilidad de emitir informe previo a la ejecución por parte de la dirección de las decisiones que adoptaran sobre reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales. Tanto el Juzgado de lo Social como el Tribunal Superior de Justicia («TSJ») habían entendido que esta previsión del convenio resultaba de aplicación también a los despidos individuales.

El TS concluye que, con independencia de que el convenio colectivo aplicable establezca una previsión idéntica a la del artículo 64.5 del ET, dicha previsión está claramente desarrollada para el despido colectivo. Por tanto, los requisitos formales que deben cumplirse son los del despido por causas objetivas recogidos en el artículo 53.1 del ET, sin que sea posible extender la obligación de consultar previamente a la representación de los trabajadores en caso de despido individual.

Cuestiones prejudiciales en relación con la indemnización por extinción del contrato de interinidad

Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de octubre de 2017

El procedimiento tiene su origen en el fallo del TJUE, de 14 de septiembre de 2016, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid, cuya sentencia se recurre en casación para unificación de doctrina ante el TS. En dicha sentencia, el TJUE declara contraria a la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada que figura en el anexo de la Directiva 1999/70 («Acuerdo Marco») la denegación de indemnización por finalización del contrato de interinidad.

El TS hace un análisis de la legislación española en materia de indemnización por la extinción de contratos temporales e indefinidos y eleva una petición de decisión prejudicial al TJUE formulando tres cuestiones:

(i) si la normativa española en la que no se establece indemnización alguna cuando la extinción del contrato de interinidad se produce por reincorporación del trabajador sustituido, pero sí establece indemnización cuando la extinción se produce por otras causas legalmente tasadas, es o no contraria a la cláusula 4 del Acuerdo Marco;

(ii) si la medida de establecer una indemnización de 12 días por año trabajado para los contratos temporales por obra o servicio determinado cuando la contratación temporal se haya limitado a un único contrato, se enmarca dentro de la cláusula 5 del Acuerdo Marco; y

(iii) si la exclusión de la indemnización de 12 días por año trabajado a la finalización del contrato, cuando se trata de trabajadores con contrato de interinidad para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, es o no contraria a la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

Cuantificación de los daños morales

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 5 de octubre de 2017

El TS resuelve una controversia que tenía su base en la acción de nulidad del despido de un trabajador, que además solicitaba una indemnización por daño moral cifrada en 30.000 euros.

En suplicación, el TSJ de Galicia consideró que, a pesar de ser el despido nulo, nada había sido probado en relación con el daño moral y, al no operar de forma automática, no bastaba su mera alegación.

El TS, recordando su doctrina en sentencias anteriores, afirma la existencia de cuatro posiciones doctrinales sobre la existencia de daños morales en las acciones por vulneración de derechos fundamentales: (i) la que considera que la indemnización opera de manera automática; (ii) la que manifiesta que es preciso aportar elementos y bases que puedan acreditar los daños morales; (iii) la que considera que no existen baremos que puedan servir para cuantificar los daños, lo que conlleva una mayor discrecionalidad al fijarlos; y (iv) la actual, desde su sentencia de 17 de diciembre de 2013, que afirma que en sede de daños morales por vulneración de derechos fundamentales, cuando su cuantificación es compleja, se exime al trabajador de la necesidad de acreditar de forma detallada las circunstancias que generan el derecho indemnizatorio.

El TS considera que debe repararse íntegramente al trabajador que ha visto vulnerados sus derechos fundamentales y que el hecho de no acreditar con precisión el *quantum* de los daños morales no impide que estos puedan apreciarse.

Por otro lado, para la fijación de la cuantía indemnizatoria, reitera la aceptación como criterio orientador el importe de las sanciones previstas en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Inexistencia de discriminación en el despido por faltas de asistencia justificadas por enfermedades no graves

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

El TS considera que, con base en el artículo 52.d) del ET (faltas de asistencia al trabajo justificadas), no puede ser considerado nulo por discriminatorio el despido de una trabajadora cuando se trata de distintos períodos de incapacidad temporal por enfermedades no graves.

En el supuesto de hecho, las faltas de asistencia obedecían a distintas dolencias, consistentes en dolor en el trapecio (en febrero), bronquitis y sinusitis (en abril), gastroenteritis (en octubre) y pérdida del conocimiento con vómitos (en noviembre).

Según el TS, ninguna de las bajas mencionadas constituyen un supuesto excepcional de ausencias por enfermedad grave que excluya el cómputo de faltas de asistencia recogido en el artículo 52.c) del ET. Asimismo, en un análisis de la jurisprudencia comunitaria a la luz de la Directiva 2000/78, el TS concluye que no cabe apreciar en el supuesto de autos discapacidad alguna sobre la que fundar el trato discriminatorio en el despido de la trabajadora protegido por la Directiva 2000/78.

Jubilación anticipada parcial. Acumulación de las horas de trabajo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 29 de marzo de 2017

El TS reitera que es posible que un trabajador en situación de jubilación anticipada parcial acumule las horas de trabajo de manera que preste sus servicios a jornada completa durante aproximadamente cuatro meses. Todo ello por los siguientes motivos:

(i) La acumulación en un año no contradice los dos fines últimos de la jubilación anticipada, que son el mantenimiento del empleo (al haberse firmado un contrato de relevo) y continuar cotizando a la Seguridad Social (al haberse cotizado por el relevista y el relevado).

(ii) El hecho de que no exista una expresa habilitación legal no supone que, en aplicación del principio de libertad de pacto, esto no sea posible.

(iii) Además, en nada afecta al contrato de relevo la concentración de la jornada del trabajador relevado.

(iv) Tampoco sucede que en realidad se esté ante una jubilación total que se ha revestido como si de una jubilación anticipada parcial se tratase, porque el trabajador, pese a concentrar su jornada, sigue dado de alta, se cotiza por él y percibe remuneración hasta que llega a la edad de jubilación.

Libertad sindical: modificar el sistema de incentivos pactado en convenio sin celebrar un período de consultas

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 1 de febrero de 2018

La AN analiza la pretensión del sindicato recurrente que reclama la nulidad de la modificación empresarial del sistema de incentivos pactado colectivamente, sin seguir el procedimiento de inaplicación de convenio o, en su defecto, de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo. Adicionalmente, reclama la vulneración del derecho de libertad sindical porque dicha modificación se realizó sin llevar a cabo el correspondiente período de consultas.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina comunitaria han admitido que el período de consultas constituye una manifestación propia de la negociación colectiva. Por ello, probado que la empresa impuso unilateralmente modificaciones sustanciales en el sistema de incentivos sin someterse previamente al correspondiente período de consultas, se hace evidente para la AN que dicha actuación vulneró el derecho de libertad sindical en su vertiente funcional a la negociación colectiva.

En consecuencia, la AN anula la modificación y declara vulnerado el derecho de libertad sindical, por lo que condena a la empresa a abonar la cantidad de 5.000 euros en concepto de indemnización por daños morales.

Compensación y absorción de dos conceptos heterogéneos

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 24 de enero de 2018

Con cita en distintas sentencias del TS, la AN recuerda que la compensación y absorción de conceptos salariales heterogéneos es factible cuando así se admite en el convenio colectivo de aplicación.

En concreto, el sindicato demandante solicitaba que se declarase que la «participación en beneficios RAE» establecida en el artículo 23 del XXIII Convenio Colectivo del Sector de Banca no era compensable ni absorbible con el «complemento voluntario de empresa».

Sin embargo, tal y como apunta la AN, el citado convenio permite la compensación y absorción de «*cualquier ventaja lograda por el trabajador*». En consecuencia, la sentencia desestima dicha pretensión y declara ajustada a derecho la decisión empresarial de compensar y absorber ambos conceptos.

El precio de la hora extraordinaria no puede fijarse por debajo de la hora ordinaria

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 7 de diciembre de 2017

La AN valora si los artículos y la tabla salarial contenidos en un convenio colectivo, en los que se establece que la cantidad a abonar por la hora extraordinaria es inferior a la de la hora ordinaria, son conformes a derecho.

Para ello, la AN parte de que el tenor literal del artículo 35 del ET, que establece que la cuantía prevista para las horas extraordinarias no puede ser inferior a la de las horas ordinarias, es una «*norma legal de Derecho imperativo relativo*», por lo que los preceptos convencionales han de ser declarados nulos.

[Portugal]

Despedimento de Trabalhador em Gozo de Licença Parental

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13 de setembro de 2017 (Processo n.º 26175/15.6T8LSB.L1-4)

No presente acórdão, o Tribunal da Relação de Lisboa foi chamado a pronunciar-se sobre a licitude do despedimento de trabalhador, que estava a gozar a respetiva licença parental quando foi proferida a decisão de despedimento, sem que esta tivesse sido precedida do parecer prévio obrigatório da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego («CITE»).

Não obstante ter concluído pela procedência dos fundamentos que integram a justa causa para o despedimento do colaborador, o Tribunal entendeu que, neste caso, foi violado o artigo 63.º do Código do Trabalho (que exige a solicitação de parecer prévio à CITE) e concluiu que o despedimento levado a cabo pela Ré era ilícito.

Esclarece-se ainda que, ao contrário do decidido pelo Tribunal de 1.ª instância, o Tribunal defendeu que o facto de o trabalhador ter recebido a comunicação com a decisão do seu despedimento no primeira dia após o termo do termo do gozo da licença parental, não afastava a obrigação da entidade empregadora solicitar a prolação de parecer prévio à CITE.

Natureza retributiva do subsídio de alimentação - Presunção juris tantum

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 1 de março de 2018 (Processo n.º 5989/16.5T8VNF.G1)

O acórdão em apreço vem abordar uma questão há muito discutida no seio da jurisprudência portuguesa: a natureza retributiva (ou não) do subsídio de alimentação.

Em causa estava um contrato de trabalho a termo certo, celebrado em 2000, tendo a Autora intentado uma ação, sob a forma de processo comum, contra o Réu, com o intuito de requerer a condenação deste no pagamento da quantia de € 7.201,84, devida a título de diferenças salariais, e de subsídios de férias e de Natal, relativos ao ano de 2014.

O Réu contestou a presente ação alegando, em suma, a prescrição dos créditos reclamados, bem como, o efetivo pagamento das quantias em causa. Segundo o Réu a quantia de € 8.448,00 paga a título de «subsídio de alimentação», apesar da rubrica em que foi inserida, constituía, na prática, parte integrante da retribuição da Autora, conforme havia sido anteriormente acordado pelas partes.

Em sede de recurso de apelação, o Tribunal da Relação de Guimarães («TRG») veio pronunciar-se sobre a questão em apreço, invocando o artigo 260.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2 do Código do Trabalho, segundo o qual «não se consideram como retribuição as importâncias recebidas a

título de subsídio de refeição, salvo quando essas importâncias, na parte que exceda os respectivos montantes normais, tenham sido previstas no contrato ou se devam considerar pelos usos como elemento integrante da retribuição do trabalhador».

Sobre o preceito, o TRG defendeu tratar-se de uma presunção ilidível quanto ao carácter não retributivo do subsídio de alimentação. Nesses termos, pode a parte interessada, se assim o entender, provar que o subsídio de alimentação tem efetivamente uma natureza retributiva.

No caso em análise, o Réu logrou ilidir esta presunção, provando que os valores em causa, apesar de inseridos na rubrica «subsídio de alimentação», eram, em bom rigor, parte integrante da retribuição da Autora, muito por força de os valores em causa terem sido pagos independentemente do número de dias de cada mês, incluindo durante o período de férias da Autora, e ainda que esta faltasse, preenchendo assim os requisitos e características inerentes à «retribuição» conforme descrita no artigo 258.º, n.ºs 1 e 2 do CT.

Processos disciplinares Comunicações por correio eletrónico

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19 de abril de 2018 (Processo n.º 931/17.9T8VRL.G1)

No acórdão em apreço, o Tribunal da Relação de Guimarães pronunciou-se no sentido da admissibilidade das comunicações a efetuar no âmbito de um processo disciplinar poderem ser realizadas por meio de correio eletrónico.

Com efeito, nada dispondo a lei quanto à exigibilidade de um meio de comunicação diverso (nomeadamente o correio registado com aviso de receção), a correspondência trocada por correio eletrónico terá o mesmo valor que a tradicional correspondência postal, sendo aplicável a presunção iuris et de iuris do artigo 224.º, n.º 1, do Código Civil, nos termos da qual «a declaração negocial que tem um destinatário torna-se eficaz logo que chega ao seu poder ou é dele conhecida». Do ponto de vista probatório, tal significa que não se exige a prova do efetivo conhecimento pelo destinatário, mas apenas que a declaração seja colocada ao alcance e disposição do mesmo, e que este esteja em condições de, só com a sua vontade, conhecer o seu conteúdo.

Ainda que sem grande inovação do ponto de vista civilista, a decisão é particularmente relevante no âmbito de procedimentos disciplinares laborais onde, precisamente por facilidade de prova, o correio registado com aviso de receção é ainda o meio de comunicação mais utilizado.

MARÍTIMO, TRANSPORTE Y LOGÍSTICA*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Aéreo. Transporte aéreo con globos

Reglamento (UE) 2018/395, de la Comisión, de 13 de marzo de 2018, por el que se establecen normas detalladas para la operación de globos en virtud del Reglamento (CE) n.º 2016/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 71/2018, de 14 de marzo de 2018)

Este Reglamento tiene por objeto establecer una serie de normas detalladas para las operaciones aéreas con globos cuando dichas aeronaves reúnan las condiciones establecidas en las letras b) y c) del artículo 4, apartado 1, del Reglamento 216/2008, esto es, aeronaves matriculadas en un Estado miembro, a menos que su supervisión reglamentaria en materia de seguridad haya

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

sido delegada a un tercer país y no sean utilizadas por un operador comunitario, o aeronaves matriculadas en un tercer país y que sean utilizadas por un operador a quien supervise cualquier Estado miembro, o sean utilizadas por un operador establecido o residente en la Comunidad en rutas con entrada o salida en el territorio comunitario, o situadas en su interior.

— *Reglamento (UE) 2018/394, de la Comisión, de 13 de marzo de 2018, que modifica el Reglamento (UE) n.º 965/2012 en lo que respecta a la supresión de requisitos para las operaciones aéreas con globos (DOUE L 71/2018, de 14 de marzo de 2018)*

Las condiciones para la seguridad de las operaciones con globos, entre otras categorías de aeronaves, se regulan en el Reglamento (UE) n.º 965/2012 de la Comisión. A partir de la fecha de aplicación del Reglamento (UE) 2018/395, la operación de globos contará con su normativa específica, por lo que dicha actividad dejará de estar sujeta a las normas generales del Reglamento 965/2012.

No obstante, algunas de las normas del Reglamento de 2012, relativas a la supervisión de las operaciones por las autoridades competentes de los Estados miembros deberán seguir siendo aplicables a las operaciones con globos, al ser de aplicación horizontal en relación con todas las actividades. Por ello, a través del Reglamento (UE) 2018/394, se modifica el Reglamento (UE) n.º 965/2012 para adaptarlo a las nuevas normas aplicables a las operaciones con globos. En particular, se modifican los artículos 1 a 3, 5, 6, 8 y 10, y los anexos I a IV, VII y VIII.

[España]

Transporte por carretera

Real Decreto-ley 3/2018, de 20 de abril, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor (BOE de 21 de abril de 2018)

El Real Decreto-ley tiene por objeto garantizar la adecuada coordinación entre normas de aplicación de dos modalidades de transporte que interactúan en un mismo segmento del mercado: el ejercicio de la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor y la actividad de transporte urbano en la modalidad de taxi, habida cuenta del incremento exponencial del número de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor.

Para ello, la norma modifica el artículo 9.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres («LOTT»), creando la Conferencia Nacional de Transportes, «*constituida por el Ministerio de Fomento y los Consejeros de las Comunidades Autónomas, competentes en el ramo de los transportes*».

Además, añade un apartado 3 al artículo 48 de la LOTT, el cual establece el carácter reglado de las autorizaciones de transporte público, a fin de mantener el adecuado equilibrio entre la oferta de ambas modalidades de transporte, posibilitando la denegación del otorgamiento «*de nuevas autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor cuando la proporción entre el número de las ya existentes en el territorio de la comunidad autónoma en que pretendan domiciliarse y el de las de transporte de viajeros en vehículos de turismo domiciliadas en ese mismo territorio sea superior a una de aquéllas por cada treinta de éstas*».

Finalmente, las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor habilitarán a sus titulares para realizar servicios en todo el territorio nacional, sin limitación alguna por razón del origen o destino del servicio. Sin embargo, los vehículos deberán ser utilizados habitualmente en la prestación de servicios destinados a atender necesidades relacionadas con el territorio de la comunidad autónoma en que se encuentre domiciliada la autorización en que se amparan.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Transporte aéreo. Competencia judicial en materia contractual. Acción de compensación dirigida contra el transportista aéreo no domiciliado en un Estado miembro o con el que el pasajero no tenía vínculo contractual

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de marzo de 2018 (as. C-2748/16, C-447/16 y C-448/16)

La sentencia trata de manera acumulada las cuestiones prejudiciales iniciadas en tres asuntos distintos. En dos de los casos, unos pasajeros reservaron vuelos de España a Alemania con conexión interna en España. La compañía aérea española que realizó el primero de los trayectos, distinta a aquella con la cual los pasajeros habían contratado, incurrió en un retraso que provocó la pérdida de los segundos vuelos y, por lo tanto, que los pasajeros llegasen a su destino final ubicado en Alemania con más de tres horas de retraso. En un caso, los pasajeros reclamaron a la aerolínea española que provocó el retraso y, en el otro, a un intermediador del transporte, que a su vez demandó a la aerolínea. Los tribunales alemanes se plantean si son competentes para enjuiciar acciones contra una compañía domiciliada en otro Estado miembro que sólo ha operado el primero de los vuelos (nacional en España), y con la cual el pasajero no había contratado.

El Tribunal de Justicia de la UE declara que el Reglamento de Bruselas I bis, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, se debe interpretar en el sentido de que el concepto de «materia contractual» incluye la acción de compensación de los pasajeros aéreos ejercitada sobre la base del Reglamento (CE) n.º 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, contra un transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo aunque no haya sido el contratado por el pasajero afectado. Asimismo, «lugar de ejecución» de un vuelo de conexión debe interpretarse como el lugar de destino del segundo vuelo, cuando los dos vuelos los realicen dos transportistas distintos y la indemnización se base en un incidente que tuvo lugar en el primero de dichos vuelos, realizado por un transportista distinto a aquel con el que contrataron los pasajeros afectados.

Interpretación del concepto de servicios de las sociedades de la información y de servicios en el ámbito de transporte. Caso Uber Pop en Francia

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de abril de 2018 (as. C-320/16)

La sentencia se dicta como consecuencia de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Primera Instancia de Lille (Francia). Uber estaba siendo juzgada en Francia por considerar que la aplicación Uber Pop, que conecta a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar desplazamientos urbanos por medio de una aplicación para teléfonos móviles inteligentes, puede ser considerada ilegal. En concreto, se le acusa de organización ilegal de un sistema de conexión de clientes con conductores que efectúan transportes por carretera de personas a título oneroso por medio de vehículos de menos de diez plazas sin disponer de habilitación al efecto, tipificada en el Código de Transportes francés. El tribunal francés planteó dudas sobre si la disposición nacional debía contemplarse en el sentido de que instituye una «*regla relativa a los servicios*» de las sociedades de la información, que caería dentro del ámbito de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información; o si, por el contrario, esta norma se refiere a un servicio en el ámbito de transportes, excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 98/34/CE y de la Directiva 2006/123. En el primer caso, la falta de notificación a la Comisión de la citada norma nacional implicaría que no podría ser opuesta a los particulares y, por lo tanto, Uber no podría ser sancionada con base en esta disposición.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la UE declara que el concepto de «servicios» de la Directiva 98/34/CE, en su versión modificada por la Directiva 98/48/CE, y el artículo 2.2.(d), de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, deben interpretarse en el sentido de que una norma nacional que sanciona penalmente el hecho de organizar un sistema de conexión de clientes con personas que realizan prestaciones de transporte por carretera de

personas a título oneroso con vehículos de menos de diez plazas sin disponer de habilitación a tal efecto se refiere a un «*servicio en el ámbito de los transportes*», dado que se trata de una intermediación mediante una aplicación para teléfonos inteligentes y que forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es el servicio de transporte. La sentencia concluye que dicho servicio está excluido del ámbito de aplicación de las mencionadas Directivas.

Transporte aéreo. Pérdida de equipaje y formas de realizar la protesta. Interpretación del artículo 31 del Convenio de Montreal

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de abril de 2018 (as.C-258/16)

El litigo principal dirime la responsabilidad de la compañía aérea por el perjuicio que resulta de la pérdida de objetos que forman parte del equipaje de una pasajera. La compañía aseguradora indemnizó a la pasajera y se subrogó en la acción de esta frente a la compañía aérea —transportista—. La compañía aérea se opuso a la demanda de la aseguradora alegando, en esencia, la falta de la declaración por escrito prevista en el artículo 31 del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, celebrado en Montreal el 28 de mayo de 1999. Mediante la resolución de una cuestión prejudicial, la Sala declara que una protesta como la controvertida en el litigio principal, registrada en el sistema informático del transportista aéreo, cumple la exigencia de forma escrita, prevista en el artículo 31.3 del citado Convenio. Además, declara que este artículo debe interpretarse en el sentido de que la exigencia de forma escrita se cumple cuando un representante del transportista aéreo (en este caso fue el servicio de atención al cliente telefónico) registra por escrito, con conocimiento del pasajero el aviso de protesta, tanto si es en papel o electrónicamente, introduciéndolo en el sistema informático de este transportista, siempre que el pasajero pueda comprobar la exactitud del texto de la protesta y, en su caso, modificarla o completarla, incluso sustituirla, antes de que expire el plazo previsto en dicho artículo. Tampoco cabe imponer otros requisitos materiales a la protesta, aparte de la indicación al transportista aéreo del daño causado.

MEDIO AMBIENTE*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Conjunto de órdenes ministeriales que establecen cuándo determinadas sustancias u objetos resultantes de un proceso de producción se consideran subproductos o alcanzan el fin de su consideración como residuo

Órdenes APM/189/2018 (BOE de 27 de febrero de 2018), APM/205/2018 y APM/206/2018 (BOE de 2 de marzo de 2018), y APM/397/2018 (BOE de 19 de abril de 2018)

El Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente ha aprobado durante los últimos meses varias órdenes ministeriales en materia de subproductos y fin de la consideración de residuo, de acuerdo con los artículos 4 y 5 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados.

Por un lado, las Órdenes APM/189/2018, de 20 de febrero, y APM/397/2018, de 9 de abril, establecen cuándo los residuos de producción procedentes de la industria agroalimentaria destinados a alimentación animal y los recortes de espuma de poliuretano utilizados en la fabricación de espuma compuesta, respectivamente, se consideran subproductos.

Por su parte, las Órdenes APM/205/2018, de 22 de febrero, y APM/206/2018, de 22 de febrero, establecen cuándo el aceite usado procesado procedente del tratamiento de aceites usados y el fuel recuperado procedente del tratamiento de residuos MARPOL tipo C, respectivamente, pueden dejar de ser considerados como residuos.

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

Cataluña

Real Decreto 209/2018 y Real Decreto 210/2018, ambos de 6 de abril, por los que se aprueban, respectivamente, el Plan Territorial Sectorial de Infraestructuras de Gestión de Residuos Municipales de Cataluña (PINFRECAT20) y el Programa de Prevención y Gestión de Residuos y Recursos de Cataluña (PRECAT20) (BOE de 16 de abril de 2018)

El Gobierno ha aprobado dos reales decretos en materia de planificación de residuos en Cataluña, al amparo del artículo 155 de la Constitución Española.

En primer lugar, el PINFRECAT20 es un plan territorial sectorial de los previstos en la Ley 23/1983 de Política Territorial, que supone la revisión del Plan Territorial Sectorial de Infraestructuras de Gestión de Residuos Municipales aprobado por el Decreto 16/2010, de 16 de febrero. Su objeto es (i) adaptar las nuevas bases del modelo de gestión de residuos municipales; (ii) determinar los criterios de implantación de las instalaciones de gestión de residuos; (iii) determinar las instalaciones que tienen que dar servicio a las diferentes comarcas; (iv) exponer la situación de las infraestructuras existentes y capacidades disponibles; y (v) determinar los déficits actuales y futuros de infraestructuras que tienen que ser cubiertos para garantizar el modelo de gestión de residuos municipales.

En segundo lugar, el PRECAT20 determina con carácter programático el modelo de prevención y gestión de residuos y recursos de Cataluña, establece objetivos y programa las actuaciones e instrumentos necesarios para su cumplimiento. Por ejemplo, el Real Decreto 210/2018 establece como objetivos prioritarios los siguientes: (i) reducir la huella de carbono asociada a la gestión de residuos y al uso de los recursos en Cataluña en un 30 % respecto al año 2012; (ii) reducir las emisiones de gases de efecto invernadero asociados a la deposición, el tratamiento biológico y la combustión de residuos municipales en un 30 % respecto al año base 2012; e (iii) incrementar la eficiencia de captación de biogás de los depósitos controlados hasta un 60 %.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

La falta del análisis de los efectos sinérgicos o acumulativos en el marco de la evaluación de impacto ambiental acarrea la nulidad de la autorización administrativa que autorice el proyecto

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª), de 5 de marzo de 2018 (recurso n.º 1524/2015)

El Tribunal Supremo confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una plataforma ciudadana contra la resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas por la que se otorgaba a una mercantil autorización administrativa para la construcción de una planta de recepción, almacenamiento y regasificación de gas natural licuado, autorización que había sido anulada.

La anulación de la mencionada autorización administrativa se basó en las deficiencias del estudio de impacto ambiental y la declaración de impacto ambiental del proyecto («DIA») resultante. En concreto, se hace referencia a la ausencia de un análisis de los riesgos acumulativos o sinérgicos del proyecto, de forma contraria a lo preceptuado en el artículo 10.3 del Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental (normativa por entonces vigente).

El Tribunal Supremo centra el debate en las deficiencias advertidas sobre la DIA, esto es, sobre la falta de estudio de los riesgos acumulativos o sinérgicos del proyecto. Considera que la insuficiencia de un estudio relativo a los efectos acumulativos o sinérgicos se configura como un vicio capaz de dar lugar a la anulación de la DIA y, por ende, también de la resolución por la que se otorgaba la autorización administrativa para el desarrollo del proyecto posterior.

Entiende el Alto Tribunal que la gravedad de la ausencia del examen de los efectos acumulativos o sinérgicos del proyecto depende de las circunstancias específicas del caso y, que en el supuesto analizado, se justificó de forma razonable la trascendencia de que hubiera un examen específico de los efectos acumulativos o sinérgicos del concreto proyecto debido a la proximidad de una central térmica.

Se confirma la legalidad del impuesto de Castilla y León sobre la afección medioambiental causada por determinados aprovechamientos del agua embalsada, por los parques eólicos y por las instalaciones de transporte de energía eléctrica de alta tensión

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2.ª), de 30 de enero de 2018 (recurso n.º 3286/2014)

El Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación sobre la Orden HAC/112/2012, de 7 de marzo, de la Consejería de Hacienda de la Junta de Castilla y León, por la que se aprobó el modelo de autoliquidación y las normas de gestión del impuesto sobre la afección medioambiental causada por determinados aprovechamientos del agua embalsada, por los parques eólicos y por las instalaciones de transporte de energía eléctrica de alta tensión, establecido, a su vez, por la Ley de 1/2012, de 29 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras de Castilla y León.

En esencia, el recurso solicitaba la nulidad de la Orden sobre la base de que el impuesto resultaba inconstitucional y contrario al Derecho de la Unión Europea.

En primer lugar, el Tribunal Supremo considera que el impuesto no contraviene el Derecho europeo y, en concreto, la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, ya que entiende que el impuesto persigue alcanzar los mismos objetivos que los de la Directiva (la mejora de la eficiencia energética y el reflejo de los costes de producción, incluidos los medioambientales, en los precios de la energía). Además, se remite a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2017 (asuntos acumulados C-215/16, C-216/16, C-220/16 y C-221/16), según la cual la citada Directiva no se opone a una normativa nacional que establezca la percepción de un tributo asimilable al impuesto impugnado.

En segundo lugar, Tribunal Supremo concluye que el impuesto tampoco contraviene la Constitución española (principios de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad e igualdad tributaria). La demanda denunciaba que el impuesto se impone solo sobre algunas, y no todas, las instalaciones productoras de energía eléctrica o contaminantes. Sin embargo, el Tribunal sentencia que el término de comparación utilizado no es homogéneo, que el impuesto no es discriminatorio y tampoco carece de toda explicación racional. En ese sentido, se reconoce al legislador un amplio margen para, como es el caso, gravar únicamente aquellas actividades que considere que producen un «importante daño» medioambiental, sin que la recurrente haya acreditado que las otras instalaciones contaminen con la misma importancia.

Un proyecto de apertura de accesos en el monte que afecte a una superficie superior a 10 hectáreas debe someterse a evaluación de impacto ambiental, aunque no exista un cambio de uso urbanístico del suelo

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1.ª), de 24 de enero de 2018 (recurso n.º 116/2016)

El Tribunal anula la decisión de las autoridades ambientales autonómicas de no someter a evaluación de impacto ambiental un proyecto de apertura de accesos en el monte.

La principal cuestión litigiosa consistió en determinar si el proyecto encajaba en el grupo 10.6 del anexo II de la Ley 7/2006, de 22 de junio, de Protección ambiental de Aragón y, en concreto, si afectaba a una superficie superior a 10 hectáreas e implicaba una transformación de uso del suelo. El Tribunal Superior de Justicia entiende que sí concurrían los requisitos establecidos en el grupo 10.6 para proceder el sometimiento del proyecto a evaluación de impacto ambiental.

En primer lugar, el Tribunal concluye que la superficie afectada por el proyecto no es un término equivalente a la superficie de la obra. En este sentido, no solo ha de contabilizarse la superficie de la pista, sino también la superficie de los taludes artificiales que se han realizado para construir la pista. En tal caso, la suma de ambas superficies superaba las 10 hectáreas establecidas como umbral de sujeción en el anexo II citado.

En segundo lugar, el Tribunal consideró que también se daba el requisito de transformación de uso del suelo, aunque no haya cambio de uso urbanístico. En concreto, argumenta que «*la norma habla de transformación del suelo, no está pensando en el cambio de uso al que pudiéramos referirnos en una norma urbanística. Está pensando en la transformación de un suelo natural, no transformado al que se le da otro uso distinto que el realizado en un monte de las característi-*

cas del que es objeto del proceso. Y en este caso, es claro que el suelo va a tener un uso distinto, ahora será también tránsito de vehículos».

Por lo tanto, en la medida en que el proyecto debió haberse sometido a evaluación de impacto ambiental, el recurso es estimado.

Se reconoce el interés legítimo de una mercantil en el procedimiento de revisión de la autorización ambiental integrada de su competidor

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1.ª), de 18 de diciembre de 2017 (recurso n.º 70/2017)

Una mercantil impugnó la resolución de la consejera de Universidades e Investigación, Medio Ambiente y Política Social del Gobierno de Cantabria por la que se denegó su solicitud de personación como parte interesada en el expediente de revisión de la autorización ambiental integrada («AAI») de un competidor en el sector de la producción de cloro-alcalí.

En esencia, la modificación de la AAI pretendida consistía en otorgar una prórroga de 24 meses para el cumplimiento de la prohibición de la utilización de mercurio antes del 11 de diciembre de 2017 en el sector del cloro-alcalí, fecha límite para la que el Derecho de la Unión Europea no establecía la posibilidad de prórroga. Pese a ello, la propuesta de resolución de revisión de la AAI recogía el otorgamiento de una prórroga de 24 meses.

En este contexto, una mercantil solicitó que se le reconociera como parte interesada al poseer un interés legítimo de carácter competitivo debido a los efectos negativos que supondrían para ella la probabilidad de que, en un contexto de cese obligado de un determinado método de producción, se concediera a un competidor una prórroga para el cumplimiento de la norma mediante la revisión de su AAI.

El Gobierno de Cantabria no aceptó que la recurrente tuviera la condición de interesada, sino un mero interés en el cumplimiento de la legalidad en un ámbito en el que no existe acción pública. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia entiende que la situación de la recurrente en el expediente se incardina en el concepto definido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo por la que se entiende que «*la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo ocasionaría un prejuicio, con tal de que la repercusión del mismo no sea lejanamente derivada o indirecta sino resultado inmediato de la resolución dictada o que se dicte o llegue a dictarse*». Por tanto, reconoce interés legítimo a la mercantil competidora.

Finalmente, debe destacarse que, aunque la resolución definitiva no hubiera recogido la prórroga solicitada y se hubiera dictado antes de emitirse la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, la Sala entiende que no existía pérdida de interés tutelable, por lo que seguía siendo necesario un pronunciamiento judicial sobre la denegación de intervención como parte interesada.

Absolución de un delito contra el medio ambiente del artículo 325.1 del Código Penal por la acumulación ilícita de residuos

Sentencia del Juzgado de lo Penal de Cartagena, de 28 de marzo de 2018 (recurso n.º 232/2016)

Una compañía que desarrolló durante más de 50 años actividades de hidrometalurgia de zinc en unas fincas ubicadas en Murcia se las transmitió a otra mercantil mediante la correspondiente escritura de compraventa. En dicha escritura el vendedor asumió las obligaciones de demoler las edificaciones existentes sobre las fincas, retirar los escombros resultantes y efectuar las labores de descontaminación necesarias de conformidad con la normativa aplicable en un plazo máximo de tres años desde la compraventa —a cuyo efecto se suscribió el correspondiente contrato de arrendamiento—.

Cuando todavía el vendedor tenía la posesión de las fincas en virtud del mencionado contrato de arrendamiento, el Servicio de Vigilancia e Inspección Ambiental realizó una inspección en la que se detectó la acumulación de residuos y vertedero, aunque sin hacer constar que se causara grave peligro a los sistemas naturales o a la salud de las personas. En todo caso, se realizó un análisis de riesgo sobre el suelo y se concluyó que el riesgo era aceptable.

Dentro del plazo de tres años para la entrega de las fincas, la parte vendedora entregó los terrenos al comprador, si bien no habían concluido los trabajos de desmantelamiento y demolición de las edificaciones.

Tras un incendio en las edificaciones remanentes de las fincas, el Servicio de Vigilancia e Inspección Ambiental hizo una nueva inspección y detectó «*el abandono de residuos de diferente tipología a la intemperie, sin control y sin las medidas de seguridad para la protección del medioambiente*», residuos a los que clasificó como «*muy peligrosos y reactivos*». Posteriormente, una nueva visita de inspección concluyó, entre otras cuestiones, que existían (i) un almacenamiento de residuos peligrosos que incumplía las obligaciones legales en materia de plazos máximos de almacenamiento y condiciones de seguridad e higiene; (ii) zonas donde residuos de distintas tipologías estaban mezclados; y (iii) deficiencias graves en el mantenimiento de las medidas mínimas de seguridad en las fincas e indicios de grave riesgo para la salud humana y el ecosistema debido al almacenamiento de las sustancias sin medidas mínimas de seguridad.

Con base en los anteriores hechos, se acusó a los representantes del vendedor y a la propia mercantil vendedora de un delito contra el medio ambiente del artículo 325.1 del Código Penal.

La sentencia absuelve a los acusados al entender que es un hito «*importantísimo*» para la apreciación del tipo penal la entrega de la posesión de los terrenos una vez transcurrido el plazo de tres años que se había concedido a la parte vendedora para descontaminar las fincas. En la medida en que no se ha acreditado que las fincas se encontraran, en el momento de ser entregada su posesión, en situación de causar un grave riesgo para el equilibrio de los recursos naturales o la salud de las personas, entiende el juez que no se cumplían las exigencias del tipo penal para condenar a la parte vendedora.

MERCANTIL*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

— *Reglamento (UE) 2017/1986 de la* ***Comisión, de 31 de octubre de 2017, que modifica el Reglamento (CE) 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Información Financiera 16 (DOUE de 9 de noviembre de 2017)***

— ***Reglamento (UE) 2017/1987 de la Comisión, de 31 de octubre de 2017, que modifica el Reglamento (CE) 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Información Financiera 15 (DOUE de 9 de noviembre de 2017)***

— ***Reglamento (UE) 2017/1988 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2017, que modifica el Reglamento (CE) 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Información Financiera 4 (DOUE de 9 de noviembre de 2017)***

— ***Reglamento (UE) 2017/1989 de la Comisión, de 6 de noviembre de 2017, que modifica el Reglamento (CE) 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) 1606/2002 del Parlamento Europeo y del***

* Esta sección ha sido elaborada por Ignacio Klingenberg, Ane Lamela, Luis Knörr, Rodrigo Gallardo, Alexandre Pedral Sampaio, Inês Caria Pinto Basto, Manuel Barbosa Moura y Marta Bonvalot del Aéra de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Bilbao y Lisboa).

Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Contabilidad 12 (DOUE de 9 de noviembre de 2017)

— Reglamento (UE) 2017/1990 de la Comisión, de 6 de noviembre de 2017, que modifica el Reglamento (CE) 1126/2008 por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Contabilidad 7 (DOUE de 9 de noviembre de 2017)

— Reglamento (UE) 2017/1991 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2017, por el que se modifica el Reglamento (UE) 345/2013, sobre los fondos de capital riesgo europeos, y el Reglamento (UE) 346/2013, sobre los fondos de emprendimiento social europeos (DOUE de 10 de noviembre de 2017)

— Decisión (UE) 2017/2080 del Banco Central Europeo, de 22 de septiembre de 2017, por la que se modifica la Decisión BCE/2010/9 sobre el acceso a ciertos datos de TARGET2 y su utilización (BCE/2017/29) (DOUE de 14 de noviembre de 2017)

— Decisión (UE) 2017/2081 del Banco Central Europeo, de 10 de octubre de 2017, por la que se modifica la Decisión BCE/2007/7 relativa a las condiciones de TARGET2-ECB (BCE/2017/30) (DOUE de 14 de noviembre de 2017)

— Reglamento (UE) 2017/2094 del Banco Central Europeo, de 3 de noviembre de 2017, por el que se modifica el Reglamento (UE) 795/2014 sobre los requisitos de vigilancia de los sistemas de pago de importancia sistémica (BCE/2017/32) (DOUE de 16 de noviembre de 2017)

— Reglamento (UE) 2017/2095 del Banco Central Europeo, de 3 de noviembre de 2017, por el que se modifica el Reglamento (CE) 2157/1999 sobre las competencias del Banco Central Europeo para imponer sanciones (BCE/2017/34) (DOUE de 16 de noviembre de 2017)

— Reglamento (UE) 2017/2097 del Banco Central Europeo, de 3 de noviembre de 2017, sobre la metodología de cálculo de las sanciones por incumplimiento de los requisitos de vigilancia de los sistemas de pago de importancia sistémica (BCE/2017/35) (DOUE de 16 de noviembre de 2017)

— Decisión (UE) 2017/2098 del Banco Central Europeo, de 3 de noviembre de 2017, sobre el procedimiento de imposición de medidas correctoras del incumplimiento del Reglamento (UE) 795/2014 (BCE/2017/33) (DOUE de 16 de noviembre de 2017)

— Reglamento (UE) 2017/2395 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, por el que se modifica el Reglamento (UE) 575/2013 en lo referente a las disposiciones transitorias para mitigar el impacto de la introducción de la NIIF 9 en los fondos propios y para el tratamiento de las grandes exposiciones correspondiente a determinadas exposiciones del sector público denominadas en la moneda nacional de cualquier Estado miembro (DOUE de 27 de diciembre de 2017)

— Directiva (UE) 2017/2399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, por la que se modifica la Directiva 2014/59/UE en lo que respecta al orden de prioridad de los instrumentos de deuda no garantizada en caso de insolvencia (DOUE de 27 de diciembre de 2017)

— Reglamento (UE) 2017/2401 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, por el que se modifica el Reglamento (UE) 575/2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión (DOUE de 28 de diciembre de 2017)

— Reglamento (UE) 2017/2402 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, por el que se establece un marco general para la titulización y se crea un marco específico para la titulización simple, transparente y normalizada, y por el que se modifican las Directivas 2009/65/CE, 2009/138/CE y 2011/61/UE y los Reglamentos (CE) 1060/2009 y (UE) 648/2012 (DOUE de 28 de diciembre de 2017)

— Reglamento (UE) 2018/182 de la Comisión, de 7 de febrero de 2018, que modifica el Reglamento (CE) 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) 1606/2002 del Parlamento Europeo y del

Consejo, en lo que respecta a la Norma Internacional de Contabilidad 28 y a las Normas Internacionales de Información Financiera 1 y 12 (DOUE de 8 de febrero de 2018)

— *Reglamento (UE) 2018/289 de la Comisión, de 26 de febrero de 2018, que modifica el Reglamento (CE) 1126/2008 por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Información Financiera (NIIF) 2 Pagos basados en acciones (DOUE de 27 de febrero de 2018)*

— *Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE (DOUE de 2 de marzo de 2018)*

— *Reglamento (UE) 2018/400 de la Comisión, de 14 de marzo de 2018, que modifica el Reglamento (CE) 1126/2008 por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 40 (DOUE de 15 de marzo de 2018)*

— *Reglamento (UE) 2018/498 de la Comisión, de 22 de marzo de 2018, que modifica el Reglamento (CE) 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la Norma Internacional de Información Financiera 9 (DOUE de 26 de marzo de 2018)*

— *Reglamento (UE) 2018/519 de la Comisión, de 28 de marzo de 2018, que modifica el Reglamento (CE) 1126/2008 por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la Interpretación 22 del Comité de Interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera (DOUE de 3 de abril de 2018)*

[España]

Bancario

— *Circular 3/2017, de 24 de octubre, del Banco de España, por la que se modifica la Circular 2/2014, de 31 de enero, sobre el ejercicio de diversas opciones regulatorias contenidas en el Reglamento (UE) 575/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 648/2012 (BOE de 2 de noviembre de 2017)*

Tiene por objeto adaptar el contenido de la Circular 2/2014, de 31 de enero, a lo dispuesto en la Orientación (UE) 2017/697 del Banco Central Europeo, de 4 de abril de 2017, sobre el ejercicio por las autoridades nacionales competentes de las opciones y facultades que ofrece el derecho de la Unión respecto de las entidades menos significativas.

En este sentido, se modifica el ámbito de aplicación de la Circular, que se circunscribe a las entidades menos significativas, se ajusta su contenido a las orientaciones emitidas por el Banco Central Europeo y se eliminan las normas relativas a opciones transitorias que resultaban de aplicación hasta 2017.

— *Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones (BOE de 25 de noviembre de 2017)*

Tiene por objeto transponer la Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas.

En este sentido, garantiza el derecho universal de acceso a una cuenta de pago básica, mejora la transparencia y comparabilidad de las comisiones aplicadas a las cuentas de pago y agiliza el

traslado de cuentas de pago. La cuenta de pago básica es un nuevo producto bancario, y solo en casos muy tasados las entidades de crédito podrán denegar el acceso a ella.

— *Circular 4/2017, de 27 de noviembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros ((BOE de 6 de diciembre de 2017)*

Tiene por objeto establecer las normas sobre información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros que deben presentar las entidades de crédito. En este sentido, adapta el régimen contable de las entidades españolas al marco contable derivado de las nuevas Normas Internacionales de Información Financiera sobre instrumentos financieros (NIIF 9) y sobre ingresos ordinarios (NIIF 15). La Circular entrará en vigor el 1 de enero de 2018 con las excepciones previstas en la disposición final única.

— *Circular 1/2018, de 31 de enero, por la que se modifican la Circular 5/2016, de 27 de mayo, sobre el método de cálculo para que las aportaciones de las entidades adheridas al Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito sean proporcionales a su perfil de riesgo; y la Circular 8/2015, de 18 de diciembre, a las entidades y sucursales adscritas al Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, sobre información para determinar las bases de cálculo de las aportaciones al Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito (BOE de 9 de febrero de 2018)*

Su finalidad es incorporar un nuevo factor al método de cálculo previsto en la Circular 5/2016. Ese nuevo factor ha sido introducido por el Real Decreto-ley 11/2017, de medidas urgentes en materia financiera, mediante la modificación del artículo 6.3 del Real Decreto-ley 16/2011, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de entidades de crédito.

— *Circular 1/2018, de 12 de marzo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre advertencias relativas a instrumentos financieros (BOE de 27 de marzo de 2018)*

Refuerza el consentimiento informado de los clientes minoristas cuando contraten productos de inversión que, a su vez, sean pasivos admisibles para la recapitalización interna, estableciendo una advertencia específica al respecto. Adicionalmente, deberán identificarse los instrumentos de este tipo que hayan adquirido con anterioridad y mantengan los clientes a la fecha de entrada en vigor de la Circular y ser objeto de advertencia, una única vez, en el primer extracto de posición que deba remitirse a los clientes minoristas con posterioridad a dicha entrada en vigor.

Dispone que, en ciertos supuestos, se advierta al cliente cuando exista una diferencia significativa entre la estimación que la entidad comercializadora haga respecto al valor actual del instrumento y el precio o importe efectivo al que el cliente minorista vaya a operar, incluyendo en su caso las comisiones explícitas que resulten de aplicación.

— *Resolución de 12 de abril de 2018, de la Comisión Ejecutiva del Banco de España, de modificación de su Resolución de 11 de diciembre de 1998, por la que se aprueban las cláusulas generales aplicables a las operaciones de política monetaria del Banco de España (BOE de 14 de abril de 2018)*

Modifica varias cláusulas generales aplicables a las operaciones de política monetaria del Banco de España aprobadas por Resolución de 11 de diciembre de 1998 con motivo de la adopción por parte del Banco Central Europeo de la Orientación BCE/2018/3 por la que se modifica la Orientación (UE) 2015/510 del Banco Central Europeo, sobre la aplicación del marco de la política monetaria del Eurosistema y de la Orientación BCE/2018/4 por la que se modifica la Orientación (UE) 2016/65 del BCE sobre los recortes de valoración que se utilizan en la aplicación del marco de la política monetaria del Eurosistema.

Se aprueba como anejo de esta resolución un texto consolidado de las «Cláusulas generales aplicables a las operaciones de política monetaria del Banco de España».

— *Resolución de 24 de abril de 2018, del Consejo de Gobierno del Banco de España, por la que se aprueba la modificación del Reglamento Interno del Banco de España, de 28 de marzo de 2000 (BOE de 27 de abril de 2018)*

Mercado de Valores

— *Circular 2/2017, de 25 de octubre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se modifica la Circular 2/2011, de 9 de junio, sobre información de las instituciones de inversión colectiva extranjeras inscritas en los Registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (BOE de 7 de noviembre de 2017)*

Tiene por objeto modificar el estado estadístico A01 para incorporar nuevas variables tanto cuantitativas como cualitativas y para incluir de manera explícita a las instituciones de inversión colectiva extranjeras no armonizadas como sujetos obligados al envío de información estadística.

En consecuencia, toda institución de inversión colectiva extranjera que se comercialice en España está obligada al envío del estado estadístico A01.

— *Circular 3/2017, de 29 de noviembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre obligaciones de publicidad a través de la página web de las Empresas de Servicios de Inversión en materia de gobierno corporativo y política de remuneraciones y por la que se modifica la Circular 7/2008, de 26 de noviembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las Empresas de Servicios de Inversión, Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva y Sociedades Gestoras de Entidades de Capital-Riesgo (BOE de 18 de diciembre de 2017)*

— *Real Decreto-ley 21/2017, de 29 de diciembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia del mercado de valores (BOE de 30 de diciembre de 2017)*

Tiene por objeto regular determinados aspectos del régimen jurídico de los centros españoles de negociación de instrumentos financieros con el fin de garantizar su plena homologación con los estándares contenidos en la Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros y con los estándares internacionales en materia de transparencia, eficacia y estabilidad.

Establece los requisitos de funcionamiento y organización impuestos por MIFID II e introduce nuevos requisitos en materia de gobierno corporativo para los órganos rectores de estos mercados en materias como nombramientos y conflictos de interés. Contempla también los requisitos de funcionamiento y organización de los Sistemas Multilaterales de Negociación (SMN) y de los Sistemas Organizados de Contratación (SOC), figura de nueva creación. Entró en vigor el 3 de enero de 2018.

— *Resolución de 6 de febrero de 2018, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 21/2017, de 29 de diciembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia del mercado de valores (BOE de 14 de febrero de 2018)*

Societario

— *Real Decreto-ley 15/2017, de 6 de octubre, de medidas urgentes en materia de movilidad de operadores económicos dentro del territorio nacional (BOE de 7 de octubre de 2017)*

Tiene por objeto la modificación del artículo 285.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, para aclarar que el cambio de domicilio social dentro del territorio nacional es una competencia que corresponde originariamente al órgano de administración de la sociedad y que, solo si los accionistas consideran que dicha regla debe modificarse, lo deben establecer en los estatutos, negando expresamente esta competencia al órgano de administración.

— *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)*

Tiene por objeto transponer la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

En este sentido, aumenta la información no financiera que hay que incluir en el informe de gestión que acompaña a las cuentas anuales individuales y consolidadas en grandes empresas en lo relativo a cuestiones sociales, medioambientales, recursos humanos, respeto a los derechos humanos y lucha contra la corrupción.

Para las sociedades anónimas cotizadas se exige, además, que incluyan, dentro del informe anual de gobierno corporativo, las políticas de diversidad de competencias y puntos de vista aplicados en la elección de su consejo de administración.

— *Orden JUS/318/2018, de 21 de marzo, 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 27 de marzo de 2018)*

— *Orden JUS/319/2018, de 21 de marzo, 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 27 de marzo de 2018)*

Otras materias

— *Proposición de Ley (Congreso) relativa a la modificación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital*

El Grupo Parlamentario Popular en el Congreso ha presentado una Proposición de Ley para modificar el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. La propuesta de nueva redacción que se propone, y según su exposición de motivos, va encaminada a encontrar un equilibrio entre la sostenibilidad financiera de la sociedad y la legítima aspiración de los accionistas a participar de los beneficios cuando ello sea posible y razonable, y así mantener el espíritu del artículo, protegiendo a los minoritarios, pero sin que pueda ocasionar daños irreparables a las sociedades.

— *Proyecto de Ley de resolución alternativa de litigios en materia de consumo*

— *Proyecto de Ley por la que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (BOE de 8 de noviembre de 2017)*

— *Anteproyecto de Ley del Mercado de Servicios de Pago*

Regula los servicios de pago que se presten en territorio español, incluyendo la forma de prestación de dichos servicios, el régimen jurídico de las entidades de pago, el régimen de transparencia e información aplicable a los servicios de pago, así como los derechos y obligaciones respectivas tanto de los usuarios de los servicios como de los proveedores.

Su finalidad es la transposición de la Directiva (UE) 2015/2366 sobre servicios de pago en el mercado interior (PSD2). El plazo límite para la transposición finalizaba el 13 de enero de 2018. La nueva ley sustituirá a la vigente Ley 16/2009 de Servicios de Pago, dado que las modificaciones afectan a casi todo el texto de la Ley. Sus principales novedades son la ampliación del ámbito de aplicación objetivo de la norma respecto de PSD1 para dar cabida a dos nuevos servicios de pago y la simplificación sustancial de procedimiento de autorización de las entidades de tamaño reducido y que operen en el ámbito nacional.

— *Plan Anual Normativo de la Administración General del Estado para el año 2018*

— *Proyecto de Ley de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia del mercado de valores*

Regula determinados aspectos del régimen jurídico de los centros españoles de negociación de instrumentos financieros con el fin de garantizar su plena homologación con los estándares contenidos en la Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE.

Mediante este Real Decreto-ley se incorporan parcialmente la Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE, y la Directiva 2016/1034 por la que se modifica la Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros.

Castilla La Mancha

— *Ley 4/2017, de 30 de noviembre, de Microempresas Cooperativas y Cooperativas Rurales de Castilla-La Mancha y por la que se modifica la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha (DOCM de 11 de diciembre de 2017)*

— *Ley 6/2017, de 14 de diciembre, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Servicios de Castilla-La Mancha (DOCM de 21 de diciembre de 2017)*

Castilla y León

— *Ley 6/2017, de 20 de octubre, de medidas de reducción de cargas administrativas para la dinamización empresarial (BOCYL de 25 de octubre de 2017)*

Cataluña

— *Resolución VEH/2816/2017, de 15 de noviembre, por la que se aprueban los modelos de información cuantitativa anual y trimestral que deben enviar las sociedades anónimas de seguro y reaseguro acogidas al régimen especial de solvencia que están bajo la supervisión de la Generalidad de Cataluña (DOGC de 7 de diciembre de 2017)*

La Rioja

— *Decreto 46/2017, de 24 de noviembre, por el que se regula la organización y composición de los órganos de gobierno de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de La Rioja y el procedimiento para la elección de sus miembros (BOLR de 29 de noviembre de 2017)*

Valencia

— *Decreto 125/2017, de 29 de septiembre, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de la Comunitat Valenciana y de su Consejo (DOGV de 2 de octubre de 2017)*

[Portugal]

Regime da Conversão de Valores Mobiliários ao Portador em Valores Mobiliários Nominativos

Decreto-Lei n.º 123/2017, de 25 de setembro (DR 185, Série I, de 25 de setembro de 2017)

O Decreto-Lei n.º 123/2017, de 25 de setembro, vem, na sequência da proibição da emissão de novos valores mobiliários ao portador prevista na Lei n.º 15/2017, de 3 de maio, estabelecer o procedimento aplicável à conversão dos valores mobiliários ao portador existentes em valores mobiliários nominativos.

Os emitentes de valores mobiliários ao portador deverão, durante o período transitório de 6 meses (até 4 de novembro de 2017) estabelecido pela Lei n.º 15/2017, de 3 de maio («Período Transitório»), publicar um anúncio informando os titulares desses valores mobiliários acerca do processo de conversão dos mesmos, do qual deve constar, designadamente:

— a identificação dos valores mobiliários em causa;

— a fonte normativa em que assenta a decisão;

— a data em que foram deliberadas as alterações aos estatutos e demais documentos relativos à conversão dos valores mobiliários ao portador em nominativos e o respetivo órgão social deliberativo;

— a data prevista para a apresentação do pedido de inscrição das alterações aos estatutos e aos demais atos sujeitos a registo comercial;

— as consequências da não conversão dos valores mobiliários ao portador durante o Período Transitório;

— tratando-se de valores mobiliários titulados ao portador não integrados em sistema centralizado, a indicação de que os títulos deverão ser apresentados ao emitente ou ao intermediário financeiro por este indicado pelos titulares ou mediante instruções e por conta destes, pelas entidades depositárias ou pelas entidades que tenham os títulos em sua posse (nomeadamente, os beneficiários de garantias) até 31 de outubro de 2017, para efeitos de atualização ou substituição dos títulos;

— tratando-se de valores mobiliários ao portador integrados em sistema centralizado, a indicação da data prevista para a conversão ocorrer nesse sistema.

Este anúncio deverá ser publicado (i) no sítio da Internet do emitente, se existir; (ii) no Portal do Ministério da Justiça, em Publicações on-line de Atos Societários; e (iii) no caso de emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado ou sistema de negociação multilateral ou emitentes com o capital aberto ao investimento do público, no Sistema de Difusão de Informação da CMVM.

Estabelece ainda o Decreto-Lei n.º 123/2017 que os intermediários financeiros depositários de valores mobiliários titulados ao portador não integrados em sistema centralizado deverão comunicar a cada cliente, em suporte duradouro, a necessidade de os títulos serem apresentados junto dos emitentes para serem convertidos, bem como as consequências legais da não conversão.

Durante o Período Transitório, a conversão dos valores mobiliários ao portador em valores mobiliários nominativos deve ocorrer (i) por iniciativa e a expensas do emitente; ou, caso tal não ocorra, (ii) por entidade gestora do sistema centralizado ou por intermediário financeiro. Após o Período Transitório, os títulos representativos dos valores mobiliários titulados ao portador deverão ser apresentados junto do emitente para efeitos da sua conversão (através de substituição ou alteração das suas menções).

Na sequência da conversão, os emitentes deverão requerer o registo comercial, designadamente, das alterações aos seus estatutos e aos demais documentos sujeitos a registo comercial necessários para a conversão dos valores mobiliários ao portador em nominativos, devendo, por sua vez, a entidade gestora de sistema centralizado, as entidades registadoras e os emitentes atualizar os respetivos registos dos valores mobiliários convertidos. Os atos de registo comercial e as publicações efetuados ao abrigo do Decreto-Lei n.º 123/2017 ficam dispensados do pagamento de emolumentos.

Quanto ao incumprimento da conversão, em complemento ao disposto na Lei n.º 15/2017, de 3 de maio, o Decreto-Lei n.º 123/2017 vem determinar que o montante correspondente aos dividendos, juros ou quaisquer outros rendimentos cujo pagamento se encontre suspenso em consequência desse incumprimento, deverá ser depositado em conta aberta em nome do emitente junto de uma única entidade legalmente habilitada para o efeito, sendo entregue, com base em instruções do emitente, aos titulares dos valores mobiliários aquando da respetiva conversão. Caso o montante referido vença juros, os mesmos revertem para o emitente.

O Decreto-Lei n.º 123/2017 entrou em vigor no dia 26 de setembro de 2017

Regulamentação do Regime Jurídico do Crédito Hipotecário

No seguimento da aprovação do Decreto-Lei n.º 74 A/2017, de 23 de junho («DL 74A/2017»), que veio introduzir na ordem jurídica interna o novo regime do crédito bancário concedido a particulares e garantido por hipoteca ou outros direitos sobre imóveis, foram aprovados pelo Banco de Portugal («BdP») os seguintes diplomas que vieram regulamentar aquele regime:

Aviso n.º 4/2017 do Banco de Portugal (DR 184, Série II, de 22 de setembro de 2017)

O Aviso n.º 4/2017 do BdP, de 22 de setembro, veio estabelecer os procedimentos e critérios que devem ser observados pelos mutuantes, na avaliação da solvabilidade dos consumidores.

O Aviso n.º 4/2017 veio prever determinados deveres gerais de diligência e lealdade a observar pelos mutuantes, regulando, entre outros: os contornos específicos do dever de avaliação da solvabilidade dos consumidores (incluindo o impacto de circunstâncias futuras); os elementos a ter em conta naquela avaliação; as informações e documentos a solicitar ao consumidor; o modo de determinação do rendimento e das despesas regulares dos consumidores; e os procedimentos internos a instituir pelos mutuantes.

Este aviso entrou em vigor: no dia 1 de janeiro de 2018, relativamente aos contratos de crédito abrangidos pelo disposto no DL 74A/2017 e no dia 1 de julho de 2018, relativamente aos contratos de crédito aos consumidores abrangidos pelo disposto no Decreto Lei n.º 133/2009, de 2 de junho («DL 133/2009»).

Instrução n.º 15/2017 do Banco de Portugal (BO n.º 9/2017, Suplemento, de 22 de setembro de 2017)

A Instrução n.º 15/2017 do BdP, de 22 de setembro, veio definir os critérios para a ponderação do impacto na solvabilidade dos consumidores de aumentos do indexante aplicável a contratos de crédito a taxa de juro variável ou a taxa de juro mista, tendo entrado em vigor: no dia 1 de

janeiro de 2018, relativamente aos contratos de crédito abrangidos pelo disposto no DL 74A/2017, e no dia 1 de julho de 2018, relativamente aos contratos de crédito aos consumidores abrangidos pelo disposto no DL 133/2009.

Aviso n.º 5/2017 do Banco de Portugal (DR 184, Série II, de 22 de setembro de 2017)

O Aviso n.º 5/2017 do BdP, de 22 de setembro, veio estabelecer as regras a observar pelos mutuantes (e, conforme aplicável, pelos intermediários de crédito): na definição das políticas de remuneração dos trabalhadores envolvidos na elaboração, comercialização e concessão de contratos de crédito; (no âmbito do dever de assistência ao consumidor e no que respeita aos deveres de informação aplicáveis aos mutuantes na vigência dos contratos de crédito. Adicionalmente, o Aviso n.º 5/2017 estabelece ainda os deveres de informação que incumbem aos mutuantes na negociação e celebração dos contratos de crédito regulados pelo DL 74A/2017, e, por outro lado, os deveres de informação e transparência a serem observados pelas instituições de crédito e sociedades financeiras na publicidade de produtos e serviços financeiros.

Este Aviso entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2018.

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

Aviso n.º 6/2017 do Banco de Portugal (DR 193, Série II, de 6 de outubro de 2017)

O Aviso n.º 6/2017 do BdP, de 6 de outubro, veio regulamentar algumas das normas previstas no Decreto-Lei n.º 81-C/2007, de 7 de julho («DL 81C/2017»), que aprovou o regime jurídico que estabelece os requisitos de acesso e de exercício da atividade de intermediação de crédito e da prestação de serviços de consultoria relativamente a contratos de crédito.

O Aviso n.º 6/2017 veio regulamentar, no essencial, as seguintes matérias: documentos que devem acompanhar o pedido de autorização para o exercício da atividade de intermediação de crédito; registo dos intermediários de crédito junto do BdP; dever de prestação de informação ao BdP por parte das entidades habilitadas para o exercício destas atividades; elementos de informação que devem constar na notificação ao BdP com vista ao exercício da atividade de intermediação de crédito noutro Estado-Membro (através do estabelecimento de sucursal ou em regime de livre prestação de serviços); regras a observar na definição das políticas de remuneração dos trabalhadores dos intermediários de crédito relativamente a contratos de crédito à habitação; regras a observar pelos mutuantes relativamente à remuneração dos intermediários de crédito vinculados ou com os quais celebrem contratos de vinculação; e regras a observar pelos mutuantes relativamente à remuneração dos trabalhadores afetos à prestação de serviços de consultoria relativamente a contratos de crédito à habitação.

Este Aviso entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2018.

Alterações ao Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora e ao Regime da Constituição e o Funcionamento dos Fundos de Pensões e das Entidades Gestoras de Fundos de Pensões

Decreto Lei n.º 127/2017, de 9 de outubro (DR 194, Série I, de 9 de outubro de 2017)

O Decreto Lei n.º 127/2017, de 9 de outubro («DL 127/2017»), veio transpor as Diretivas 2009/138/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009 («Solvência II»), e 2014/51/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, alterando: a Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro, que regula o regime jurídico de acesso e exercício da atividade seguradora e resseguradora e o Decreto-Lei n.º 12/2006, de 20 de janeiro, que regula a constituição e o funcionamento dos fundos de pensões e das entidades gestoras de fundos de pensões («DL 12/2006»).

O DL 127/2017 veio introduzir alterações de relevo à Lei 147/2015, de entre as quais: a introdução da «competência no exercício das funções» enquanto critério de avaliação do requisito de qualificação profissional dos membros que dirigem efetivamente a empresa a fiscalizam ou desempenham funções chave; o reforço das regras em matéria de provisões técnicas de acordo com o disposto na Solvência II; o reconhecimento do poder vinculativo e regulador de acordos internacionais celebrados pelo Estado Português relativamente a empresas de seguros ou resseguros de países terceiros, relativamente aos quais a União Europeia não tenha reconhecido a equivalência da solvência, que não estejam estabelecidas em Portugal; e a extensão do âmbito de aplicação subjetivo do dever de reporte e de apresentação de documentos de prestação de contas consolidadas à Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões.

O DL 127/2017 veio também alterar o DL 12/2006, introduzindo: uma maior flexibilização das condições em que as pensões podem ser pagas diretamente pelos fundos de pensões; um acréscimo do conteúdo mínimo do contrato constitutivo de fundos de pensões fechados; e a possibilidade de as entidades gestoras procederem ao pagamento das pensões relativas a prémios únicos de rendas vitalícias, contanto que se verifiquem os pressupostos previstos neste diploma.

O DL 127/2017 entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2018.

Alteração ao Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras: Redução de Potenciais Conflitos de Interesse e Reforço dos Critérios de Avaliação da Idoneidade

Lei n.º 109/2017, de 24 de novembro (DR 227, Série I, de 24 de novembro de 2017)

A Lei n.º 109/2017, de 24 de novembro, veio alterar o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras com vista a reduzir potenciais conflitos de interesses procurando, também, reforçar os critérios de avaliação da idoneidade dos candidatos a membros dos órgãos de administração e fiscalização de instituições de crédito ou a titulares de funções essenciais nas mesmas.

Entre as principais alterações estão a introdução do currículo profissional e de potenciais conflitos de interesses no percurso dos candidatos enquanto elementos a considerar na apreciação da idoneidade dos mesmos pelo BdP e, por outro lado, a eliminação da exceção que previa determinadas exclusões à proibição da concessão de crédito a membros dos órgãos sociais das instituições.

Esta Lei entrou em vigor no dia 25 de novembro de 2017.

Regulamentação do Regime Jurídico da Atividade de Intermediário de Crédito e da Prestação de Serviços de Consultoria

Na sequência da publicação do DL 74A/2017 e do DL 81C/2017, foram publicadas no dia 29 de dezembro de 2017 os diplomas sumariamente descritos infra.

Portaria n.º 385 B/2017, de 29 de dezembro (DR 249, Série I, de 29 de dezembro de 2017)

A Portaria n.º 385 B/2017, de 29 de dezembro, estabelece os conteúdos mínimos de formação referidos no artigo 13.º, n.º 2, do Anexo I do DL 81C/2017 e a duração mínima das formações que conferem a certificação profissional referida no citado preceito do DL 81C/2017.

Portaria n.º 385 D/2017, de 29 de dezembro (DR 249, Série I, de 29 de dezembro de 2017)

A Portaria n.º 385 D/2017, de 29 de dezembro, prevê o regime de certificação das entidades formadoras que ministram a formação referida no artigo 6.º, n.º 3, alínea a), do DL 74A/2017 e das entidades formadoras que ministram a formação referida no artigo 13.º, n.º 2, alínea a), do Anexo I do DL 81C/2017.

Portaria n.º 385 E/2017, de 29 de dezembro (DR 249, Série I, de 29 de dezembro de 2017)

A Portaria n.º 385 E/2017, de 29 de dezembro, define as condições mínimas dos seguros de responsabilidade civil profissional cuja subscrição é obrigatória por parte das pessoas singulares e coletivas que pretendam desenvolver a atividade de intermediário de crédito ou prestar serviços de consultoria relativamente aos contratos regulados pelo DL 74A/2017 ou a outros contratos de crédito celebrados com consumidores.

Todas as Portarias referidas supra entraram em vigor no dia 1 de janeiro de 2018.

Comercialização de Produtos de Crédito aos Consumidores através de Canais Digitais: Prestação de Informação ao Banco de Portugal

Carta Circular n.º CC/2018/00000004 do Banco de Portugal, de 17 de janeiro de 2018

A Carta Circular n.º CC/2018/00000004 do Banco de Portugal («BdP»), de 17 de janeiro de 2018, veio consagrar o entendimento do BdP relativo à prestação de informação ao regulador por parte das instituições de crédito e sociedades financeiras que disponibilizem aos seus clientes o acesso a canais digitais (nomeadamente através de aplicações para dispositivos móveis ou de plataformas online) vocacionados para o início ou conclusão de processos de contratação de produtos de crédito aos consumidores regulados pelo Decreto Lei n.º 133/2009, de 2 de junho.

As referidas instituições devem prestar informação ao BdP sobre as especificidades daquele processo de contratação, incluindo no que respeita aos mecanismos de segurança implementados e às características dos produtos de crédito em causa, devendo ainda indicar ao BdP um interlocutor que sirva de ponto de contacto para efeitos deste regime. Desta forma, as instituições que pretendam disponibilizar aos seus clientes o acesso aos referidos canais digitais devem remeter ao BdP, através de correio eletrónico, pelo menos dez dias úteis antes da comer-

cialização dos respetivos produtos de crédito: (i) um questionário (cujo modelo se encontra pré-definido) devidamente preenchido; (ii) os documentos de informação pré-contratual relativos ao produto em causa; e (iii) a correspondente ficha técnica. Esta obrigação deve ser igualmente cumprida sempre que sejam introduzidas alterações significativas aos elementos comunicados ao BdP.

Orientações da European Banking Authority em Matéria de Governo Interno das Instituições

Carta Circular n.º CC/2018/00000016 do Banco de Portugal, de 22 de fevereiro de 2018

Através da Carta Circular n.º CC/2018/00000016 do BdP, de 22 de fevereiro de 2018, o BdP veio dar nota da publicação das novas orientações da EBA em matéria de governo interno das instituições (Guidelines on internal governance under Directive 2013/36/EU) e consequente revogação das orientações anteriores, datadas de 27 de setembro de 2011, estabelecendo que as instituições incluídas no seu âmbito de aplicação adotem as medidas necessárias com vista a darem cumprimento às mesmas.

Orientações da European Banking Authority em Matéria de Avaliação da Adequação dos Membros dos Órgãos Sociais e dos Titulares de Funções Essenciais

Carta Circular n.º CC/2018/00000018 do Banco de Portugal, de 22 de fevereiro de 2018

Através da Carta Circular n.º CC/2018/00000018 do BdP, de 22 de fevereiro de 2018, o BdP veio dar nota da publicação das novas orientações da EBA em matéria de avaliação da adequação dos membros dos órgãos sociais e dos titulares de funções essenciais (Joint ESMA and EBA Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function holders under Directive 2013/36/EU and Directive 2014/65/EU) e consequente revogação das orientações anteriores, datadas de 22 de novembro de 2012, estabelecendo que as instituições incluídas no seu âmbito de aplicação adotem as medidas necessárias com vista a darem cumprimento às mesmas.

Regime jurídico da conversão de créditos em capital

Lei n.º 7/2018, de 2 de março (DR 44, Série I, de 2 de março de 2018)

A Lei n.º 7/2018, de 2 de março, vem criar o regime jurídico da conversão em capital de créditos detidos sobre uma sociedade comercial ou sob forma comercial com sede em Portugal («Regime da Conversão de Créditos em Capital»). Este regime surge no contexto do Programa Capitalizar, programa estratégico que o Governo aprovou através da resolução do Conselho de Ministros n.º 100/2015 (DR 250, Série I, de 23 de dezembro de 2015), tendo em vista a capitalização das empresas e a retoma do investimento, permitindo uma reestruturação atempada de empresas que sejam economicamente viáveis não obstante o seu nível excessivo de endividamento.

Encontram-se excluídos do Regime da Conversão de Créditos em Capital:

(i) os créditos detidos sobre empresas de seguros, instituições de crédito, as sociedades financeiras, as empresas de investimento, as sociedades abertas e as entidades integradas no setor público empresarial; e

(ii) os créditos sobre sociedades cujo volume de negócios seja inferior a € 1.000.000.

O Regime da Conversão de Créditos em Capital não prejudica a aplicação de outros mecanismos de conversão de créditos em capital, seja por via voluntária ou por aplicação do que se encontra previsto no CIRE.

Os credores podem propor à sociedade a conversão dos seus créditos em capital social desde que se verifiquem os seguintes pressupostos:

(i) o capital próprio da sociedade seja inferior ao capital social; e

(ii) se encontrem em mora superior a 90 dias créditos não subordinados sobre a sociedade de valor superior a 10% do total de créditos não subordinados ou, caso estejam em causa prestações de reembolso parcial de capital ou juros, desde que estas respeitem a créditos não subordinados de valor superior a 25% do total de créditos não subordinados.

A proposta referida acima deve ser subscrita por credores cujos créditos constituam, pelo menos, dois terços do total do passivo da sociedade e a maioria dos créditos não subordinados, devendo a mesma ser acompanhada dos seguintes elementos:

(i) relatório elaborado por revisor oficial de contas ou contabilista certificado independente que demonstre a verificação dos pressupostos supra referidos;

(ii) documento com as propostas de alteração do capital social da sociedade, incluindo os projetos de alteração dos estatutos da sociedade, aplicando-se, neste caso, as regras do CSC relativas aos aumentos de capital com entradas em espécie. Por sua vez, este documento deverá prever, entre outros aspetos, o montante do aumento do capital social a subscrever pelos credores proponentes, mediante a conversão dos créditos não subordinados de que sejam titulares em participações sociais, bem como a fundamentação do rácio de conversão do crédito em capital.

O aumento de capital social pode ser precedido de redução prévia do capital social para cobertura de prejuízos, incluindo para zero ou outro montante inferior ao mínimo estabelecido na lei para o respetivo tipo de sociedade, caso seja de presumir que, em liquidação integral do património da sociedade, não subsistiria qualquer remanescente a distribuir pelos sócios. Para além disso, a proposta pode prever a transformação da sociedade noutra de tipo distinto, bem como a exclusão de todos os sócios, desde que as partes sociais sejam destituídas de qualquer valor.

Os sócios gozam sempre de preferência no aumento de capital; nestes casos, o aumento deve ser realizado em dinheiro e obrigatoriamente aplicado na amortização dos créditos que seriam convertidos em capital nos termos da proposta. Se nem todos os sócios exercerem o seu direito de preferência, os preferentes podem subscrever a parte de capital que caberia aos demais, na proporção das suas ações em capital.

Uma vez recebida a proposta de conversão dos credores, esta é submetida à apreciação da assembleia geral da sociedade num prazo máximo de 60 dias.

Caso a proposta seja recusada ou não se pronuncie a assembleia sobre a mesma no prazo acima referido, podem os credores preponentes requerer o suprimento judicial da deliberação de alteração social, mediante um processo de natureza urgente, no âmbito do qual são aferidos judicialmente os pressupostos da medida. A sentença homologatória da lista de créditos constitui título bastante para a redução de capital, aumento de capital, modificação dos estatutos, transformação e exclusão de sócios, bem como para a realização dos respetivos registos.

Caso a sociedade venha a ser declarada insolvente, caduca a proposta dos credores para conversão dos seus créditos ou, estando pendente o processo de suprimento judicial da deliberação social, extingue-se a respetiva instância.

Serviços Mais Representativos Associados a Contas de Pagamento

Instrução n.º 11/2018 do Banco de Portugal (BO n.º 4/18, Suplemento, de 26 de abril de 2018)

A Instrução n.º 11/2018 do BdP, de 26 de abril, veio estabelecer a lista de serviços mais representativos associados a contas de pagamento em Portugal e respetiva terminologia harmonizada, em execução do disposto no Decreto-Lei n.º 107/2017, de 30 de agosto, que transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva 2014/92/UE do Parlamento e do Conselho, de 23 de julho de 2014, relativa à comparabilidade das comissões relacionadas com contas de pagamento, à mudança de conta de pagamento e ao acesso a contas de pagamento com características básicas.

Esta Instrução entrou em vigor no dia 30 de abril de 2018.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

Ampliación de capital

Resolución de 12 de septiembre de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 5 de octubre de 2017)

La cuestión objeto de esta resolución es la posibilidad de inscripción de una escritura de elevación a público de un acuerdo de aumento de capital social adoptado unánimemente por la

junta general de una sociedad limitada. Sin embargo, no consta el consentimiento de un socio, titular de un derecho de crédito objeto de aportación.

La DGRN reitera la doctrina de la Resolución de 30 de noviembre de 2012. Se está ante un negocio jurídico entre el acreedor que aporta a la sociedad y esta última, por lo que se exige la concurrencia de los requisitos que señala el artículo 1261 del Código Civil para todo negocio jurídico. Asimismo, la aportación de crédito —como toda aportación— se entiende hecha a título de propiedad (artículo 60 de la Ley de Sociedades de Capital), de donde la DGRN colige, igualmente, que es necesario el consentimiento del cedente para la transmisión. Las mismas reglas deben aplicarse a la compensación de créditos contra la sociedad, pues desde el punto de vista jurídico la transformación de un crédito en capital supone que un acreedor de la sociedad va a mudar su posición jurídica deviniendo socio de la sociedad deudora o aumentando su participación en el capital de la sociedad, descargando el pasivo exigible de ella.

Concluye la DGRN que la sociedad no puede obligar a un socio acreedor a modificar su posición jurídica sin su consentimiento. A la luz de lo anterior, desestima el recurso y confirma la calificación del registrador.

Constitución de sociedad limitada profesional

Resolución de 9 de octubre de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 31 de octubre de 2017)

Se trata de dilucidar si un determinado artículo de los estatutos sociales de una sociedad limitada profesional puede acceder o no al Registro Mercantil. El registrador opone que (i) la previsión de que la transmisión de las participaciones sociales (en manos de tres socios profesionales) implica una modificación de estatutos, vulnera su vocación circulante, altera el régimen estatutario de la transmisión e induce a confusión sobre los requisitos que la transmisión comporta; y (ii) no queda claro si se pretende atribuir derechos distintos a las participaciones, como si de clases se tratara.

Argumenta la DGRN que debe distinguirse adecuadamente entre el régimen jurídico derivado de la condición de profesionales de los socios integrados en una sociedad de este tipo y las eventuales modificaciones que, por vía estatutaria, se hayan llevado a cabo en el régimen de atribución de derechos a los titulares de las participaciones sociales.

Como regla general, en una sociedad de responsabilidad limitada de carácter profesional todas las participaciones sociales atribuyen iguales derechos a sus titulares. Establecido lo anterior, nada impide que la sociedad establezca diferencias en el conjunto de derechos que las participaciones sociales atribuyan a su titular. El régimen jurídico propio de las sociedades de responsabilidad limitada profesionales es perfectamente compatible con la existencia de participaciones sociales con atribución de derechos desiguales. Tales diferencias derivarían de esta especialidad y no de la condición profesional que ostente su titular (cfr. artículo 10.1 Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales). Si las participaciones sociales atribuyen derechos desiguales, se exigirá su constancia estatutaria y su individualización (cfr. artículo 23.d de la Ley del Sociedades de Capital y 184.2 del Reglamento del Registro Mercantil).

En el expediente que da lugar a la resolución, todas las participaciones sociales son iguales, puesto que no existe modalización estatutaria del conjunto de derechos que su titularidad atribuye. Por ello, la previsión estatutaria de que la transmisión de participaciones sociales de un socio profesional a un no profesional (o viceversa) haya de provocar un cambio de clase de participación es técnicamente errónea e induce a error.

Señala asimismo la DGRN que es preciso diferenciar las consecuencias que pueda tener la transmisión de participaciones de un socio profesional a quien no lo es (o viceversa) y la existencia de participaciones que atribuyen distintos derechos a sus titulares. La transmisión de una participación social no altera el conjunto de derechos que derivan de su titularidad, por lo que no existe cambio de «clase» alguna. Cuestión distinta es que la transmisión de una participación de un socio profesional a quien no lo es se sujete a requisitos específicos y pueda acarrear consecuencias jurídicas distintas a la transmisión de participaciones entre no profesionales; pero sin que ello afecte al conjunto de derechos que atribuye su titularidad, que permanece inalterado.

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

Disolución y liquidación de una sociedad de responsabilidad limitada

Resolución de 18 de octubre de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 11 de noviembre de 2017)

El supuesto de la resolución gira en torno a un auto de un juez de paz recaído en acto de conciliación por el que se acuerda la disolución y liquidación de determinada sociedad. El registrador mercantil rechaza la inscripción porque falta la escritura pública de la que resulten los requisitos establecidos para practicar la inscripción y el auto de conciliación no puede acceder por sí mismo al Registro.

Señala la DGRN que, alcanzada la transacción y homologada judicialmente, las partes pueden llevar a cabo la ejecución del negocio jurídico realizado por vía extrajudicial. En tal caso, en cumplimiento del principio de titulación formal, debe procederse al otorgamiento de la oportuna escritura con el fin de procurar la inscripción. Si la ejecución extrajudicial no resulta posible, por negarse alguna de las partes al otorgamiento señalado, la transacción homologada por el juez constituye un título que lleva aparejada ejecución. Sin embargo, aun en este último supuesto, sería preceptivo el cumplimiento de las normas civiles sobre documentación de los negocios jurídicos y, en consecuencia, el requisito de escritura pública. A este respecto, resulta del artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que serán inscribibles en el Registro de la Propiedad las declaraciones de voluntad dictadas por el juez en sustitución forzosa del obligado cuando estén predeterminados los elementos esenciales del negocio.

A la luz de lo anterior, señala la DGRN que lo procedente es entender que la Ley de Enjuiciamiento Civil no dispone la inscripción directa de los documentos presentados, sino que permite al demandante otorgar la escritura de elevación a público del documento privado. El auto del artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tan solo viene a hacer innecesaria la comparecencia de la autoridad judicial en el otorgamiento del negocio o contrato de la persona cuya voluntad ha sido suplida judicialmente.

Por ello, en el caso del que se ocupa la resolución, la parte actora debe proceder, conforme al artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al otorgamiento de la oportuna escritura pública, con los requisitos para la inscripción, ya que los consentimientos precisos se tienen por prestados en la forma determinada por el auto de ejecución. La DGRN, en consecuencia, desestima el recurso y confirma la calificación registral.

Asignación de código LEI

Resolución de 30 de octubre de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 24 de noviembre de 2017)

La presente resolución tiene por objeto resolver la negativa del registrador mercantil a expedir un código LEI (acrónimo de «*legal entity identifier*»), que permite la identificación a nivel internacional de aquellas entidades que operan en transacciones financieras.

La DGRN, con base en la resolución de 16 de julio de 2015, recuerda que la atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por el Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, en relación con la emisión y gestión del código de identificador de entidad jurídica, no debe confundirse con la de calificación, que constituye el núcleo de su función.

En este sentido, declara la DGRN que la asignación del código LEI por parte del registrador mercantil ha de ejercerse atendiendo a su normativa específica (*i.e.*, disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, y normas generales del procedimiento administrativo) y a su finalidad, que es permitir la debida identificación a nivel internacional de aquellas entidades que operan en transacciones financieras. La asignación de este código se enmarca en la política de lucha contra el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, y, en consecuencia, el interés protegible es este. Las medidas normativas que regulan el cierre registral (*e.g.*, falta de depósito de las cuentas anuales) atienden a un interés público distinto, que no se ve distorsionado por la emisión del LEI. Por ende, el cierre registral de la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil no debe impedir la asignación del código LEI.

Sin embargo, el registrador, en su función de asignación del LEI, debe comprobar igualmente la concordancia de los datos jurídicos identificadores de la entidad, según resultan de la solicitud, con los que figuran inscritos en el Registro, a fin de evitar la confusión de que quede regis-

trado junto al LEI un domicilio distinto del registral, que se presume exacto. De la misma manera que es relevante la falta de inscripción de una sociedad anónima o limitada en el Registro Mercantil como obstáculo para denegar la concesión del identificador, también es relevante la discordancia entre el domicilio que figura en la solicitud con el que figura en los libros del Registro. Tal discordancia debe impedir la asignación del código hasta que esa diferencia se subsane o regularice.

A la luz de las consideraciones anteriores, la DGRN acuerda estimar parcialmente el recurso.

Compraventa e hipoteca

Resolución de 22 de noviembre de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 14 de diciembre de 2017)

Se deniega la inscripción de una escritura de hipoteca otorgada por el administrador único de una sociedad limitada sobre determinada finca en garantía de un préstamo. La finalidad del préstamo es financiar la adquisición de la finca hipotecada que fue formalizada mediante escritura de compraventa otorgada ante el mismo notario el mismo día, con número inmediatamente anterior de protocolo. En la escritura de compraventa queda constancia de la referida financiación, así como de la autorización concedida por acuerdo unánime de socios en la junta general universal de la sociedad compradora, a efectos del artículo 160.f) de la Ley de Sociedades de Capital, por tratarse de un activo esencial de la sociedad representada, como resulta de certificación que se incorpora a la escritura. En esta certificación se expresa que se autoriza la compra de la finca referida «*por el precio que libremente convenga el Administrador de la entidad, y pudiendo pactar el representante el resto de pactos y condiciones que estime necesario*».

El registrador inscribe la compraventa, pero suspende la inscripción de la hipoteca porque, a su juicio, de conformidad con el citado apartado f) del artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital, «*al ser la finca hipotecada activo esencial de la compañía debe acreditarse la aprobación de la hipoteca de dicha finca por la Junta General correspondiente*».

El notario recurrente alega, en esencia, que en este caso la compraventa e hipoteca posterior constituyen un acto complejo de adquisición con financiación. Adicionalmente, el carácter accesorio de la hipoteca respecto de la compraventa hace que, si se han acreditado los presupuestos y requisitos de legitimación respecto de la compra, dichos requisitos deben estimarse también cumplidos respecto de la hipoteca.

La DGRN estima el recurso y revoca la calificación del registrador.

Nombramiento y cese de administrador de una S.L.

Resolución de 22 de noviembre de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 14 de diciembre de 2017)

Se deniega la inscripción de una escritura de cese y nombramiento de administrador de una sociedad limitada, ya que, al no haberse adaptado la sociedad a la Ley 2/2007, de sociedades profesionales, dicha sociedad ha quedado disuelta de pleno derecho, habiendo quedado reflejada dicha situación en la hoja registral. Para inscribir tales acuerdos sociales deberá presentarse, bien el acuerdo de liquidación de la sociedad, bien el acuerdo de reactivación de la sociedad y, simultáneamente, su adaptación a la citada Ley 2/2007, o bien la reactivación de la sociedad y, simultáneamente, la modificación del objeto social, suprimiendo las actividades profesionales que contiene.

La DGRN acuerda desestimar el recurso al entender que, disuelta de pleno derecho la sociedad y cerrada su hoja como consecuencia de la aplicación directa de la previsión legal de la Ley 2/2007, de sociedades profesionales, no procede la inscripción de los acuerdos de cese y nombramiento de administrador prescindiendo de dicha situación. Es necesario proceder antes a la reactivación de la sociedad en los términos que resultan de las consideraciones anteriores y su adecuación al ordenamiento jurídico. De este modo, una vez abierta la hoja social y adecuado el contenido del Registro a las exigencias legales, la sociedad podrá llevar a cabo los cambios subjetivos en el órgano de administración que estime oportunos y obtener la inscripción.

Nombramiento de experto a instancia de socios. Artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital

Resolución de 28 de noviembre de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Boletín del Ministerio de Justicia, LXXII, n.º 2206, marzo 2018)

Constituye el objeto de la resolución dilucidar si procede o no la designación de experto independiente a fin de determinar el valor razonable de las participaciones de un conjunto de socios de una S.L. que así lo solicitan, en ejercicio de su derecho de separación ejercitado de conformidad con la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Con relación a si es competente el registrador para determinar si concurren los requisitos necesarios para el ejercicio del derecho de separación y, en consecuencia, nombrar un experto independiente para valorar las participaciones, la DGRN entiende que es incontestable que el registrador mercantil ostenta competencia para determinar si concurren los requisitos del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital para apreciar la existencia de un supuesto de derecho de separación y proceder en consecuencia, a instancia de persona legitimada, al nombramiento de experto. Continúa afirmando la DGRN que, de igual modo, es incontestable que la propia DGRN es competente para resolver sobre el recurso que al efecto se entabla, sin perjuicio de la salvaguarda del derecho de la sociedad a ejercer el derecho de impugnación, en vía jurisdiccional. Ninguna de las dos competencias implica ni invasión de competencias judiciales ni actividad alguna reservadas a los tribunales de justicia.

En segundo lugar, la DGRN sostiene que no concurre motivo de litispendencia, como alegaba la sociedad, que fundamente la suspensión o abstención de conocimiento de la DGRN. Ciertamente, había quedado acreditado que, si bien existían distintos procedimientos judiciales entre las partes, ninguno de ellos afectaba al acuerdo de distribución de dividendos por debajo del límite establecido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, que ampara el ejercicio del derecho de separación. No resultaba del expediente que dicha cuestión estuviera siendo objeto de conocimiento por los tribunales de justicia, por lo que no existía motivo alguno de suspensión ni de abstención de conocimiento por el centro directivo. Era un hecho indiscutido en el expediente que se había producido un acuerdo de junta general en los términos previstos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, sin que dicho acuerdo constara impugnado. La DGRN concluye afirmando que la mera existencia de procedimientos de impugnación de otros acuerdos que pudieran dar lugar a una modificación de los resultados del ejercicio no impide que se den las circunstancias previstas en el precepto legal ni puede impedir que la propia DGRN se pronuncie.

En tercer lugar, y respecto al concepto de lo que debe considerarse como beneficio propio de la explotación, la DGRN afirma que resulta patente que el acuerdo de distribución de beneficios dejando fuera de ellos los procedentes del dividendo obtenido, ingresos financieros, contradice frontalmente el contenido del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, así como la interpretación que de él ha hecho la sentencia número 81/2015, de 26 marzo, de la Audiencia Provincial de Barcelona, que la propia sociedad esgrime en su defensa. En este sentido, se señala que ni los beneficios financieros por dividendo pueden ser excluidos del concepto de beneficios propios de explotación ni la sociedad ha acreditado la concurrencia del resto de requisitos (desproporción en relación a la cuantía del importe neto de la cifra de negocio ni su carácter infrecuente) que justifiquen su exclusión.

La DGRN resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador.

Modificación estatutaria. Cláusula de arrastre

Resolución de 4 de diciembre de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 27 de diciembre de 2017)

Se deniega la inscripción de una cláusula estatutaria de una sociedad limitada en la que, después de disponer que la transmisión de participaciones sociales se regirá por lo dispuesto en los artículos 106 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, se añade lo siguiente: «*cuando uno o varios socios titulares, individual o conjuntamente, de igual o más del 65% del capital social, estén dispuestos a aceptar una oferta de compra de todas las participaciones sociales de las que sea titular, y dicha oferta estuviese condicionada a la compra de un número de participaciones superior al número de participaciones ostentadas por tales socios, éstos estarán facultados para*

requerir y obligar al resto de los socios a que igualmente transmitan al tercero interesado, a prorrata de su respectiva participación social, las participaciones sociales de su titularidad que sean necesarias para cubrir la oferta del tercero, siempre que el precio ofrecido fura el mayor valor de los tres siguientes: […] *Ejercitado el derecho de arrastre, los restantes socios vendrán obligados a la venta de sus participaciones al tercero, en los términos indicados* […]».

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, es necesario «*el acuerdo unánime de todos los socios* [del acuerdo de modificación de estatutos sociales]*, por cuanto puede implicar una exclusión de los socios que se ven obligados al cumplimiento del mismo y exige el consentimiento individual de los afectados*». En el presente caso, la modificación de los estatutos sociales con ánimo de incluir una «cláusula de arrastre», tanto si se considera que es un supuesto de imposición de obligaciones a los socios con arreglo al artículo 291 de la Ley de Sociedades de Capital como una causa estatutaria de exclusión del socio, exige en su configuración estatutaria el consentimiento unánime de los socios, sin que dicho consentimiento pueda suplirse atribuyendo un derecho de separación al socio que no hubiere votado a favor, por no ser una mera cláusula de restricción de transmisión de participaciones sociales.

La DGRN recuerda que entre las ideas rectoras de la antigua Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada destaca la intensa tutela del socio y de la minoría, que se traduce en el establecimiento de normas legales que introducen límites al poder mayoritario de la junta general en caso de modificaciones estatutarias. Concluye la DGRN que ello no significa que el consentimiento de todos los socios deba ser necesariamente expresado en forma de acuerdo adoptado por unanimidad en la junta general en la que hayan estado presentes o representados todos los socios. Sería suficiente el acuerdo mayoritario de la junta siempre que a tal acuerdo presten su consentimiento individual todos los demás socios, en la misma junta o en un momento posterior.

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

Escritura de apoderamiento

Resolución de 13 de diciembre de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 3 de enero de 2018)

Se rechaza la inscripción de un poder que los administradores mancomunados de una sociedad se confieren a sí mismos para ejercer con carácter solidario las amplias facultades conferidas, cuya vigencia se determina mediante dos previsiones: (i) «*la vigencia de este poder entrará en vigor en el momento que uno de los administradores mancomunados del órgano de administración fallezca, padezca una incapacidad física temporal o una física y psíquica permanente. Dicha incapacidad deberá ser acreditada mediante certificado médico oficial*», y (ii) «*la duración del poder será de un año o hasta que la junta general ordinaria nombre un nuevo órgano de administración, momento en el cual quedará ineficaz*». En particular, la registradora suspende la inscripción solicitada porque entiende que no cabe condicionar la entrada en vigor del poder y su eficacia frente a terceros, a circunstancias extra registrales (artículos 6, 9 y 58 del Reglamento del Registro Mercantil).

Tras recordar que, cuando la estructura del órgano de administración de las sociedades de capital es la de dos administradores mancomunados, es indudable que la muerte, la renuncia, la incapacitación o la inhabilitación de cualquiera de ellos produce un caso de acefalia en la sociedad, el centro directivo señala que, cuando no existen suplentes, es relativamente frecuente que la sociedad, representada por los propios administradores mancomunados, confiera poder a estos a fin de que, de producirse dicha acefalia, pueda existir una persona (el administrador que permanezca apto en el cargo) que, como representante voluntario de la sociedad, pueda actuar en el tráfico con más o menos facultades, impidiendo así la paralización de la actividad a la que esa sociedad se dedique.

En lo que se refiere al defecto señalado por la registradora, el poder voluntario conferido por la sociedad a los administradores mancomunados presenta la particularidad de ser un poder que no tiene vigencia inmediata, sino que esa vigencia se determina en función de hechos futuros extrarregistrales. En este sentido, el centro directivo señala que no existe norma que impida hacer depender la eficacia del apoderamiento de circunstancias como las contempladas en el presente caso por el mero hecho de que estas sean extrarregistrales.

Por ello, se estima el recurso y se revoca la nota de calificación de la registradora.

Cese y nombramiento de administrador

Resolución de 18 de diciembre de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 10 de enero de 2018)

Se deniega la inscripción de una escritura de cese y nombramiento de administrador debido a la siguiente discrepancia: no coincide el nombre de la administradora única nombrada que consta en la escritura (M. P. I. S.), con el que figura en la certificación incorporada (P. I. S.).

El notario recurrente alega que, con independencia de la habitualidad con que en la práctica a las personas con nombre compuesto se les conoce con solo uno de ellos, la calificación registral atenta contra la función notarial, y que el notario, al legitimar la firma de la compareciente en la certificación que se incorpora y dejar reflejado que compareciente y certificante son la misma persona, dota, a su juicio, de la presunción de veracidad, autenticidad y fuerza legal.

El centro directivo entiende que, sin perjuicio de que es frecuente la utilización indistinta del nombre completo o de una parte de él, lo cierto es que en Derecho tanto los nombres individuales que conforman el compuesto como el propio nombre compuesto tienen identidad propia (artículo 51 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil). Por este motivo, en materia de toma de razón en un registro jurídico debe hacerse constar necesariamente el nombre como resulta del documento con el que el interesado se ha identificado ante el notario, sin perjuicio de que se haga constar, y así se refleje en el asiento, cualquier otro nombre con el que sea conocido, tal y como exigen los artículos 156 y 157 del Reglamento Notarial.

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

Constitución de una sociedad limitada. Estatutos

Resolución de 20 de diciembre de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 12 de enero de 2018)

Se deniega la inscripción de una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada. En particular, el registrador entiende que no es inscribible la disposición de los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada según la cual «*la Junta deberá convocarse mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad. En el caso de que ésta no exista, al menos, mediante remisión de carta certificada con acuse de recibo a cada uno de los socios en el domicilio que figure en el libro registro; pero será también válido cualquier otro medio de fehaciencia superior, especialmente su remisión por conducto notarial*». El registrador fundamenta su negativa en que la inclusión de la frase «*cualquier otro medio de fehaciencia superior*» no cumple con lo dispuesto en el artículo 173.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que no exige fehaciencia en la convocatoria, sino procedimiento que asegure la recepción por los socios.

El centro directivo, tras recordar que el artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital permite que los estatutos sociales establezcan «*que la convocatoria se realice por cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad*», entiende que el registrador no niega la posibilidad de exigir en los estatutos la fehaciencia en la convocatoria de la junta general, sino que, a su juicio, el sistema previsto no asegura la recepción de la convocatoria por los socios.

Pese a dicha interpretación, la Dirección General entiende que, de una interpretación no solo literal, sino también teleológica y sistemática de la cláusula debatida, se desprende inequívocamente que al referirse a cualquier otro medio de fehaciencia superior al previsto (remisión de carta certificada con acuse de recibo a cada uno de los socios) y especialmente su remisión por conducto notarial, se está exigiendo esa fehaciencia no solo del mero envío de la comunicación de la convocatoria, sino de la íntegra convocatoria, es decir del procedimiento de su comunicación y, por tanto, también de la recepción del anuncio por los socios a la que se refiere el citado artículo 173.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

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

Aumento de capital social. Compensación de créditos. Sociedades profesionales

Resolución de 21 de diciembre de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 12 de enero de 2018)

Se deniega la inscripción de una escritura de aumento del capital social por compensación de créditos. En particular, el registrador fundamenta su negativa en dos defectos:

El primero, que la sociedad Iponet Comunicaciones, S.L.U. tiene objeto profesional («*telecomunicaciones y arrendamiento de infraestructuras de telecomunicaciones. Las actividades integrantes del objeto social podrán ser desarrolladas total o parcialmente, mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo*») y, al no haberse adaptado a la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, se halla incursa en causa de disolución de pleno derecho, de modo que para inscribir tales decisiones deberá presentarse, bien el acuerdo de reactivación de la sociedad y, simultáneamente, su adaptación a la citada Ley 2/2007, bien la reactivación de la sociedad y, simultáneamente, la modificación del objeto social, suprimiendo las actividades profesionales que contiene, o bien el acuerdo de liquidación de la sociedad.

En relación con el segundo defecto, el registrador defiende que deben aportarse las escrituras de cesión de los créditos compensados realizadas por Sysmatel Ingeniería, S.L. y Servihosting Networks, S.L. a favor de European i-On Investment Group, S.L. (el socio único de Iponet Comunicaciones, S.L.U., cuyos créditos se compensan), en las que deben constar la fecha concreta en que fueron contraídos los créditos, ya que la referencia tan solo a los años en que se realizaron los préstamos no puede ser tenida por fecha cierta de los créditos que se compensan (artículos 1526 del Código Civil y 86.1 y 199.3 Reglamento del Registro Mercantil y Resolución de 19 de enero de 2012).

Respecto al primero de los defectos, el centro directivo reitera su doctrina según la cual hay que entender que se está ante una sociedad profesional siempre que en su objeto social se haga referencia a aquellas actividades que constituyen el objeto de una profesión titulada. De manera que, cuando se quiera constituir una sociedad distinta y evitar la aplicación del régimen imperativo establecido en la Ley 2/2007, se debe declarar así expresamente, indicando que se está ante una sociedad de medios, de comunicación de ganancias o de intermediación.

No obstante, en el caso objeto del recurso, el centro directivo entiende que la sociedad recurrente no tiene por objeto social la ingeniería de telecomunicaciones, que sí es una actividad profesional como resulta de lo establecido en el Real Decreto 261/2002, de 8 de marzo, por el que se aprueban los Estatutos Generales del Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación. Por el contrario, según se expresa en los estatutos, el objeto social está constituido por «*telecomunicaciones y arrendamiento de infraestructuras de telecomunicaciones*». Según el *Diccionario de la lengua española*, la telecomunicación es el «*sistema de transmisión y recepción a distancia de señales de diversa naturaleza por medios electromagnéticos*». Y no existe norma alguna que atribuya tal actividad en exclusiva a los ingenieros de telecomunicación.

Por ello, el centro directivo revoca el primer defecto señalado por el registrador.

En lo que se refiere al segundo de los defectos, el centro directivo ratifica el criterio del registrador relativo a la exigencia de que conste la fecha concreta en que fueron contraídos los créditos cedidos, sin que sea suficiente la referencia tan solo a los años en que se realizaron los préstamos. Concretamente recuerda que, para el caso de que el contravalor del aumento de capital consista en la compensación de créditos, el artículo 199 del Reglamento del Registro Mercantil impone la expresión del nombre del acreedor, la fecha en que fue contraído el crédito, la declaración de su liquidez y exigibilidad y la declaración de puesta a disposición de los socios del informe correspondiente de los administradores. Por ello, queda descartada, por notoriamente indeterminada, la posibilidad de que la referencia tan solo a los años en que se realizaron los préstamos pueda ser tenida por fecha cierta del crédito que se compensa, pues falta la declaración terminante de sustitución de obligación que para la novación real de obligaciones impone el artículo 1204 del Código Civil. No obstante, por otro lado, el centro directivo matiza que no puede ser confirmado el criterio del registrador respecto de la exigencia de que se aporten las escrituras de cesión de créditos que se compensan, dado que el artículo 199 del Reglamento del

Registro Mercantil no impone exigencia alguna sobre la acreditación del negocio del que deriva el crédito del socio que es objeto de compensación.

Por todo lo anterior, se estima parcialmente el recurso con revocación de la calificación impugnada.

Convocatoria de junta general

Resolución de 31 de enero de 2018 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 13 de febrero de 2018)

Se deniega la inscripción de una escritura mediante la cual se elevan a público los acuerdos de la junta general de una sociedad anónima porque de ellos no resulta la existencia de acuerdo del consejo de administración en relación con un complemento de convocatoria y porque la presencia de notario a dicha junta tampoco fue acordada por el consejo, de modo que el acta que acompaña a la escritura no es acta de junta, sino mera acta de presencia.

En lo que se refiere al primer defecto, el centro directivo entra a analizar si, en el ámbito de una sociedad anónima con junta convocada, la solicitud de ampliación de convocatoria a la que se refiere el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital requiere, cuando el sistema de organización es el de consejo de administración, de un previo acuerdo de este. En este sentido señala que, cuando el artículo 249.bis.j) de la Ley de Sociedades de Capital reconoce como facultad indelegable del consejo «*la convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos*» lo hace en conjunto a todos los que forman parte del órgano de administración, y no *uti singuli* a cada uno de sus miembros. En particular, el centro directivo hace alusión a su Resolución de 1 de octubre de 2013, que establecía que la convocatoria constituye un acto debido para el consejo de administración, en la que es necesaria una decisión colectiva adoptada en la forma y con las mayorías previstas estatutariamente.

En particular, la DGRN señala que, en relación con la conducta a seguir por los administradores en los supuestos en que exista un deber legal o estatutario de convocar junta o de adicionar puntos en el orden del día de una junta convocada, no se puede hablar de automatismo. Por tanto, si ante una solicitud de complemento de convocatoria el órgano de administración no actúa, la celebración de la junta general deviene imposible (artículo 172.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

De la misma manera, en lo que se refiere al segundo defecto, el centro directivo, refiriéndose a su Resolución de 28 de junio de 2013, entiende que el cumplimiento de la obligación de dar el curso correspondiente al requerimiento de la presencia de notario, que compete al órgano de administración, cuando esté estructurado como consejo de administración, le corresponde al propio consejo, al igual que ocurría en el caso del complemento de convocatoria.

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

Elevación a público de acuerdos sociales. Reelección de administradores y discordancia en el domicilio

Resolución de 1 de marzo de 2018 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 20 de marzo de 2018)

Se pretende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de reelección de administradores solidarios en la cual se expresa, en la parte relativa a la comparecencia de este instrumento público, que el administrador compareciente tiene un determinado domicilio, que no coincide con las circunstancias que resultan de los asientos registrales a los que se remite el acuerdo de su nombramiento (según figura en la certificación). El registrador suspende la inscripción solicitada por existir dicha discordancia respecto del domicilio del administrador nombrado.

La DGRN desestima el recurso y confirma la calificación del registrador, al entender que la indicación del domicilio del administrador no es un dato cualquiera que permita una determinación más o menos acertada o dudosa. Por ello, debe salvarse la discordancia respecto del dato referido de modo que resulte con claridad suficiente cuál es el domicilio que debe constar en los asientos registrales.

Elevación a público de acuerdos sociales

Resolución de 11 de abril de 2018 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 25 de abril de 2018)

Se pretende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de cese de administrador único, nombramiento de nuevo administrador único y modificación de objeto social de una S.L. La escritura es otorgada por el nuevo administrador nombrado, don Miguel P. H., según se expresa en la comparecencia y en la parte dispositiva, si bien en la certificación incorporada figura como don Miguel Ant. P. H. El número de documento nacional de identidad de la persona nombrada es el mismo tanto en el cuerpo de la escritura como en la referida certificación a ella unida. El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, ha de aclararse el nombre del nuevo administrador único: en la comparecencia y disposición de la escritura se indica Miguel; en la certificación, Miguel Ant., y consta inscrito como apoderado con el nombre de Miguel Antonio.

La DGRN acuerda estimar el recurso y revocar la calificación impugnada al entender que, si se tiene en cuenta la indudable conveniencia del mantenimiento de la validez de los actos jurídicos en la medida en que no lesionen ningún interés legítimo, así como la necesidad de facilitar la fluidez del tráfico jurídico, evitando la reiteración de trámites costosos e innecesarios y que no proporcionan garantías adicionales, deberá convenirse en la improcedencia de elevar la discordancia debatida a la categoría de defecto obstativo de la inscripción de la escritura calificada.

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de que, aun practicada la inscripción, el notario autorizante subsane el error material u omisión que haya podido existir, por propia iniciativa o a instancia de parte interesada, conforme al artículo 153 del Reglamento Notarial, para hacer coincidir los distintos extremos de la escritura calificada con los del Registro Mercantil. Asimismo, señala la DGRN que el registrador puede practicar la inscripción haciendo constar el nombre como ya figura en los asientos registrales, con el fin de que, si en dichos asientos no está correctamente reflejado el nombre, pueda ser rectificada la inscripción a instancia de los interesados.

[Portugal]

Manutenção em Funções do Presidente da Mesa da Assembleia Geral

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17 de outubro de 2017 (Processo n.º 2582/17.9T8LRA.C1)

No presente Acórdão, o tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber se, decorrido o prazo para o qual o presidente da mesa da assembleia geral de uma sociedade anónima foi designado, e encontrando-se suspensa a deliberação pela qual foram eleitos novos órgãos sociais, deve entender-se que aquele se mantém em funções.

No caso em apreço, e na sequência da publicação da convocatória de assembleia geral anual pelo referido presidente da mesa da assembleia geral, o autor intentou um processo especial de convocação de sócios, nos termos previstos no Código do Processo Civil, por considerar que: (i) o mandato daquele presidente da mesa caducara pelo decurso do prazo; (ii) por força da suspensão da deliberação social pela qual foram designados novos órgãos sociais, era evidente «(...) a vacatura do cargo de Presidente da Mesa da Assembleia Geral»; e que (iii) consequentemente, a convocatória havia sido realizada por pessoa sem legitimidade para convocar assembleias gerais da sociedade.

Quanto a esta questão, refere o Tribunal da Relação de Coimbra (TRC), pode adotar-se uma de duas interpretações: (i) entender-se que, decorrido o prazo para o qual um presidente da mesa foi designado, este se mantém em funções até que seja eficazmente designado um novo Presidente da Mesa, por aplicação extensiva do artigo 391.º, n.º 4, do Código das Sociedades Comerciais («CSC»); ou (ii) entender-se que esta norma está pensada somente para os administradores, aplicando-se os n.ºs 3 e 4 do artigo 374.º do CSC, caso em que servirá como presidente da mesa o presidente do conselho fiscal, da comissão de auditoria, do conselho geral e de supervisão ou o maior acionista.

O tribunal sufragou a primeira perspetiva, sustentando que «(...) uma coisa é a inexistência ou não comparência de presidente da mesa da assembleia de accionistas permanente, eleito ou ad

hoc (...); outra é este ter sido eleito, mas já ter decorrido o prazo do seu mandato ou; como no caso dos autos (o que equivale à mesma situação) estar suspensa a deliberação que o elegeu.».

O TRC concluiu, assim, por uma interpretação extensiva do artigo 391.º, n.º 4, do CSC, entendendo, portanto, que o presidente da mesa da assembleia geral se mantém em funções até que um novo presidente da mesa seja eficazmente eleito.

Contrato de Distribuição Autorizada - Denúncia e Indemnização de Clientela

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de outubro de 2017 (Processo n.º 1212/12.0TBSTS.P1)

Neste acórdão, o Tribunal da Relação do Porto («TRP») analisou a relação entre uma empresa importadora, produtora e comerciante de determinados refrigerantes («produtora») e uma empresa que se dedicava à distribuição daqueles produtos aos seus clientes («distribuidora»).

A relação entre as partes assentara num contrato verbal por tempo indeterminado e com caráter estável. Com base neste contrato, a distribuidora, servindo-se dos seus próprios meios, fornecia aos seus clientes, entre outros, os produtos por si adquiridos à produtora por preço inferior aos vendidos por esta aos demais grossistas, mas sem que se verificasse, um efetivo controlo da ação da distribuidora pela produtora.

As grandes questões que se suscitaram junto do tribunal foram as seguintes: (i) qualificação do referido contrato como contrato de concessão comercial; (ii) subsunção de uma notificação de alteração das regras comerciais vigentes enviada pela produtora à distribuidora como denúncia contratual; e (iii) aplicação do instituto da indemnização de clientela.

Na perspetiva do TRP, o fator determinante para efeitos da qualificação de determinado contrato como contrato de concessão comercial é o grau de integração do distribuidor na rede de distribuição do concedente.

Atendendo ao circunstancialismo fáctico invocado no processo, o tribunal constatou que se verificara uma integração económica da distribuidora na rede de distribuição da produtora. Tratava-se, no entanto, de uma integração muito ténue (limitada ao facto de uma das partes ter «aument[ado] o volume de negócios e o número de clientes [da contraparte] ao longo de anos, numa relação estável e duradoura [...] que a levou a fazer investimentos»), porquanto o controlo da produtora era pouco expressivo (traduzido apenas no envio de determinada informação relativa a clientes), concluindo, assim, o TRP que o contrato se traduzia num contrato de distribuição autorizada, tipo de contrato de distribuição próximo da concessão comercial mas que com ele não se confunde.

De seguida, o TRP analisou a questão de saber se a notificação de alteração das regras comerciais vigentes (concretamente, de aumento unilateral dos preços) enviada pela produtora à distribuidora consubstanciava uma denúncia do contrato.

Efetivamente, o contrato em análise cessou na sequência de a produtora ter aumentado unilateralmente os preços dos produtos que fornecia à distribuidora para revenda. Esta conjuntura impediu que a produtora deixasse de comercializar tais produtos e levou a que rejeitasse tal modificação, dando o contrato por terminado. Perante tal cenário, o tribunal considerou que tal circunstância consubstancia uma denúncia-modificação, ou seja, «uma denúncia sob condição - sob a condição da não aceitação das modificações propostas pelo seu autor: uma das partes, durante a vigência da relação contratual, entende que o contrato deverá ser objeto de alguma modificação, pelo que dirige à contraparte uma proposta nesse sentido». O tribunal acrescentou ainda que a denúncia-modificação em causa é tácita, na medida em que a produtora não manifestara expressamente a intenção de denunciar o contrato caso a sua proposta de modificação do mesmo não fosse aceite.

Neste contexto, o TRP constatou ainda que a referida denúncia ocorrera sem pré-aviso, considerando aplicável, com as devidas alterações, o regime do contrato de agência aprovado pelo Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho («Lei da Agência»). Na perspetiva do tribunal, nos contratos de distribuição autorizada, tal como nos de concessão comercial, por os mesmos envolverem, em regra, maiores investimentos por parte do distribuidor, a antecedência razoável do pré-aviso deve ser aferida atendendo às circunstâncias de cada caso concreto, havendo que ter

em consideração, especialmente, os investimentos que o distribuidor haja feito, maxime se incentivados ou consentidos (expressa ou tacitamente) pela contraparte, e o tempo necessário para a respetiva amortização. No caso em apreço, verificou-se que a distribuidora organizara a sua atividade em função dos fornecimentos que lhe eram efetuados pela produtora, sendo que grande parte do seu volume de negócios provinha dos produtos adquiridos ao abrigo do contrato com a produtora. Por conseguinte, o tribunal concluiu que era exigível um aviso prévio superior ao previsto para a denúncia do contrato de agência, tendo fixado tal prazo em cinco meses.

Por fim, o TRP pronunciou-se ainda sobre a eventual existência de indemnização de clientela.

Neste contexto, o tribunal considerou que não obstante o contrato em apreço se traduzir numa simples distribuição autorizada, existia uma relação contratual duradoura, na qual a distribuidora angariara novos clientes e aumentara substancialmente o volume de negócio da produtora. Neste sentido, sublinhou-se que «havia entre as partes uma relação de compromisso duradoura, estável e de confiança que se deve presumir recíproca, assente numa política especial de preços que [...] não fazia supor a cessação abrupta dessa relação em que havia colaboração, e a perda efetiva e significativa de clientela [angariada] ao longo de vários anos [...]». Desta forma, o tribunal concluiu que, «ainda que incomum», a indemnização de clientela se justificava neste caso por aplicação adaptada das regras da Lei da Agência.

Prestação de Garantia - Justificado Interesse Próprio

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de novembro de 2017 (Processo n.º 1721/14.6T8VNG-E.P1.S1)

No caso em apreço, foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal de Justiça («STJ») a eventual incompatibilidade com o artigo 6.º do CSC da constituição de duas hipotecas sobre bens de uma sociedade a favor de terceiros.

Com efeito, no caso decidendo o banco mutuante havia intentado ação de verificação ulterior de créditos contra uma sociedade comercial, pedindo que lhe fosse reconhecido um crédito garantido por hipoteca sobre dois imóveis entretanto apreendidos à ordem do processo de insolvência.

Importa ter em conta que a sociedade garante declarou nas escrituras públicas celebradas para efeitos da prestação das garantias que «tendo em vista que parte do empréstimo que se vai efectuar ao sócio CC e DD, é também para liquidação de responsabilidades assumidas pela sociedade que representam e que o referido CC é o sócio maioritário, verificando-se assim interesse justificado no acto a praticar e, como tal, cumprido o pressuposto da segunda parte do número três do artigo sexto do Código das Sociedades Comerciais, neste acto: O sócio EE, uma vez que o restante sócio está impedido de votar nos termos da alínea g) do número um, do artigo duzentos e cinquenta e um (..), delibera, para garantia do referido empréstimo, hipotecar os imóveis supra identificados». Todavia, concluiu o tribunal que tal declaração não se encontrava abrangida pela força probatória plena do documento autêntico em que se encontrava inscrita, antes carecendo tal justificado interesse próprio de ser alegado e provado.

O tribunal acrescentou ainda que, no caso em apreço, não havia lugar à inversão do ónus da prova do justificado interesse próprio da sociedade, pois que a situação se reportava a «acção proposta pelo credor reclamante que se quer valer das garantias prestadas (e a quem compete demonstrar essa validade – artigo 342.º, n.º 1 do Código Civil)», sendo que, além disso, a «excepção de nulidade das garantias foi deduzida não pela sociedade que as prestou, a devedora insolvente, mas pela massa insolvente, património autónomo que com a primeira se não confunde e que, por existir apenas com o processo insolvencial, não lhe pode ser atribuída posição probatória privilegiada do (des)interesse da sociedade aquando da prestação das garantias – artigo 146.º, n.º1, do CIRE.».

Termos em que se confirmou o acórdão recorrido, não se considerando válidas as garantias prestadas, por inexistência de justificado interesse próprio da sociedade e por violação do disposto no artigo 6.º, n.º 3, do CSC.

Nulidade de Cláusula Penal - Regime das Cláusulas Contratuais Gerais

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de novembro de 2017 (Processo n.º 26399/09.5T2SNT.L1.S1)

No caso que foi submetido à sua apreciação, o Supremo Tribunal de Justiça («STJ») teve de se pronunciar sobre a validade de uma cláusula penal inserida em 7 contratos de manutenção de elevadores.

O processo iniciou-se com a entidade responsável pela manutenção dos elevadores a pedir a condenação da ré no pagamento de uma indemnização por ter resolvido os referidos sete contratos sem que, na verdade, existisse justa causa para tanto.

No contexto da resposta a tal pedido, apresentou a Ré pedido reconvencional, em que peticionou, entre outros, a declaração de nulidade da cláusula 5.6 dos contratos celebrados. Todavia, o que veio a ser objeto de aprofundada análise no referido acórdão foi, ao invés, a cláusula 5.7.4. Era como segue o conteúdo de tal cláusula: «Uma vez que a natureza, âmbito e duração dos serviços contratados é elemento conformante da dimensão da estrutura empresarial da AA, em caso de denúncia antecipada do presente contrato pelo Cliente, a AA terá direito a uma indemnização por danos, que será imediatamente faturada, no valor da totalidade das prestações do preço previstas até ao termo do prazo contratado para contratos com duração até 5 anos, no valor de 50% das prestações do preço para contratos com a duração entre 5 e 10 anos e no valor de 25% do preço para contratos com duração entre os 10 e 20 anos».

Em primeiro lugar, começou o Tribunal por considerar que tal cláusula teria de ser analisada à luz do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, tendo fundamentado tal conclusão no facto de o texto dos contratos de manutenção integrarem um formulário que foi apresentado pela autora à ré «para subscrição, caso o aceitasse nos seus precisos termos», não tendo sido objeto de negociação prévia pelas partes.

Já na análise da validade da cláusula à luz de tal regime legal, entendeu o tribunal que: «Vale tudo isto por dizer que, apesar de se aceitar que a denúncia antecipada do contrato de manutenção completa de elevadores por parte da ré/recorrida implica, seguramente, um dano para a autora/recorrente, é indiscutível que esse dano não se traduz, em regra, num prejuízo equivalente a 25% do valor de todas as prestações devidas até final do contrato, tanto mais que existem gastos associados à contraprestação da predisponente que nunca serão realizados».

Interessante é ainda a comparação estabelecida pelo próprio acórdão com uma outra cláusula do contrato: «E, nesta perspetiva, basta atentar no preceituado na cláusula 5.6. das condições gerais dos contratos em causa, para facilmente se constar que, para o caso de incumprimento do contrato imputável à AA, ela apenas responderá «até à concorrência do valor de 3 meses de facturação AA do presente Contrato, como máximo de indemnização a pagar ao Cliente», o que patenteia um manifesto desequilíbrio contratual de interesses e, no dizer do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24.11.2015[30] (proc. nº 1069/13.3TBGDM.P1 e em que estava em causa uma cláusula idêntica relativa a um contrato com a duração de 20 anos), evidencia a abusiva posição da autora.»

Conclui o tribunal, em suma, que «dúvidas não restam que a aplicação da cláusula 5.7.4. conduzirá sempre a uma superioridade manifesta da indemnização em relação ao montante dos danos normalmente previsíveis.» Em consequência da linha de raciocínio que vem de ser descrita, termina o acórdão com a seguinte conclusão: «Por conseguinte, tal como se decidiu no acórdão recorrido, impõe-se concluir que a cláusula 5.7.4. é proibida, por desproporcionada, nos termos do disposto no art. 19º, al. c) do DL nº446/85, de 25.10, o que acarreta a sua nulidade nos termos do art. 12º do mesmo diploma legal, ficando, deste modo, prejudicado o conhecimento da questão de saber se a autora tem direito ao montante peticionado».

Preenchimento abusivo de livrança

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de abril de 2018 (Processo n.º 10888/14.2T8PRT-A.P1)

No caso que foi submetido à sua apreciação, o Tribunal da Relação do Porto («TRP») foi chamado a pronunciar-se sobre a validade da execução de uma livrança em branco por parte de uma instituição bancária por incumprimento da respetiva contraparte emergente da relação

jurídica que deu origem à emissão da livrança em branco, no valor correspondente a aproximadamente € 8.000,00.

Tendo apreciado a situação, o TRP decidiu que a declaração mediante a qual se pretende resolver o contrato deve ser suficientemente precisa quanto aos motivos e intenção dessa mesma resolução, não bastando à instituição bancária invocar genericamente que se resolve o contrato porque a contraparte incumpriu as obrigações a que estava adstrita, tornando-se mister concretizar a situação de incumprimento que legitima essa forma de extinção do vínculo contratual.

A decisão refere, também, que é inadmissível a posterior invocação na ação, como fundamento da resolução, de um qualquer incumprimento da contraparte que não tenha sido feito valer oportunamente na declaração resolutória.

À luz do exposto, entendeu o TRP que o preenchimento da livrança pela instituição bancária foi abusivo, na medida em que não foi respeitado o pacto de preenchimento previamente celebrado entre esta e o seu cliente, porquanto a extinção do contrato subjacente levada a cabo pela exequente (o banco) foi realizada fora do condicionalismo prescrito no mesmo, o que implica, por conseguinte, a sua ilicitude.

Em suma, a decisão dá importância premente à justificação da denúncia ou da fundamentação da causa de resolução do contrato de forma a encontrarem-se devidamente preenchidas as condições para a execução da livrança, não bastando à instituição bancária apenas fazer menções vagas e genéricas de fundamentação da resolução que não permitem à outra parte exercer o contraditório.

PROCESAL CIVIL*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Modificación de la LEC, en relación con la nulidad del embargo indeterminado

Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación (BOE de 12 de junio de 2018)

La Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación, reforma el artículo 588 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («LEC»), relativo a la nulidad del embargo indeterminado.

La reforma consiste en que se modifica la rúbrica del precepto, añadiendo a la anterior de «Nulidad del embargo indeterminado» la de «Embargo de cuentas abiertas en entidades de crédito», y que se añaden dos nuevos apartados (3 y 4) en los que se regulan los casos de embargo de cuentas con varios titulares y de cuentas en las que se efectúa el abono de salario, sueldo, pensión, retribución o equivalente.

En virtud del nuevo apartado 3 del artículo 588 de la LEC se establece que, en el caso de cuentas abiertas a nombre de varios titulares, solo se podrá embargar la parte correspondiente al deudor.

---

* 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, Laura Salas Gómez, Jorge Azagra Malo, 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, Jorge Ruiz Jiménez, David García Martín, Miguel Moratinos López, Luis Bertolo Rosa, Susana Esteváo y Catarina Fernandes, del Área de Derecho Público Fiscal, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona y Lisboa).

A estos efectos, se concreta que, en el caso de cuentas de titularidad indistinta con solidaridad activa frente al depositario o de titularidad mancomunada, el embargo solo podrá alcanzar a la parte del saldo correspondiente al deudor, entendiéndose que corresponde a partes iguales a los titulares de la cuenta, salvo que conste una titularidad distinta (artículo 588.3 de la LEC).

Por su parte, en el nuevo apartado 4 se prevé que, cuando en la cuenta se efectúe habitualmente el abono del salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, deberán respetarse las limitaciones impuestas por el artículo 607 de la LEC. A estos efectos, se considera sueldo, salario, pensión, retribución o su equivalente el importe ingresado en dicha cuenta por ese concepto en el mes en el que se practique el embargo o, en su defecto, en el mes anterior.

Esta reforma entrará en vigor el próximo 2 de julio de 2018.

Modificación de la LEC en relación con la ocupación ilegal de viviendas

Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas (BOE de 12 de junio de 2018)

El 12 de junio de 2018 se publicó en el *BOE* la Ley 5/2018, de reforma de la LEC, con el objetivo de agilizar los cauces legales previstos en la vía civil para conseguir la eficaz recuperación de inmuebles objeto de ocupación ilegal. La reforma será de aplicación a los procedimientos iniciados a partir del 2 de julio de 2018, sin que se haya establecido ningún régimen transitorio.

El mecanismo que introduce la reforma para la inmediata recuperación de la posesión de viviendas (parecen excluirse otros bienes inmuebles, como garajes, trasteros y locales) podrá ser utilizado únicamente por (i) las personas físicas que sean sus propietarias o poseedoras legítimas, de viviendas, (ii) las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerlas y (iii) las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social.

Una vez que entre en vigor la reforma, sus beneficiarios podrán pedir en los procedimientos de tutela sumaria de la posesión, junto con la demanda y como medida cautelarísima, la inmediata recuperación de la vivienda (segundo párrafo del artículo 250.1.4.º de la LEC).

La demanda, a la que el actor deberá aportar el título que justifique su derecho de posesión, podrá dirigirse genéricamente contra los desconocidos o ignorados ocupantes de la vivienda, sin perjuicio de que se notifique a quien se encuentre en la vivienda en ese momento (artículo 437.3 bis de la LEC).

En tales casos, en el decreto de admisión de la demanda se requerirá a los ocupantes para que, en el plazo de cinco días, aporten el título que justifique su situación posesoria. Si no lo aportasen, el tribunal ordenará mediante auto la inmediata entrega de la posesión de la vivienda al demandante y el desalojo de los ocupantes. Contra este auto no cabrá recurso alguno (artículo 441.1 bis de la LEC). En esa misma resolución, y siempre que los ocupantes lo consientan, se comunicará su desalojo a los servicios sociales públicos para que puedan adoptar las medidas de protección que procedan en el plazo de 7 días.

Además, en estos procedimientos, si el demandando no contesta a la demanda (los únicos motivos de oposición que podría plantear serían la falta de legítimo título por parte del actor o la existencia de título suficiente frente al actor para poseer) se procederá de inmediato a dictar sentencia. Si esta fuese estimatoria y con la demanda no se hubiera instado la medida cautelarísima, se podrá ejecutar la sentencia inmediatamente, sin necesidad de esperar el plazo de veinte días del artículo 548 (artículo 444.1 bis de la LEC).

Por último, en el artículo 150.1 de la LEC se establece que en todas las resoluciones en las que se fije una fecha para el lanzamiento de una vivienda, y siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados que vayan a ser desahuciados, se informará a los servicios públicos de política social por si procediera su actuación.

Secretos empresariales

Proyecto de Ley de Secretos Empresariales (BOCG de 1 de junio de 2018)

El Consejo de Ministros aprobó el 28 de mayo de 2018 el Proyecto de Ley de Secretos Empresariales, cuyo objetivo es reforzar la protección de la información empresarial no divulgada contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. Esta norma transpone a nuestro ordena-

miento jurídico la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los secretos comerciales que proporciona un marco jurídico armonizado para toda la Unión Europea (la «Directiva 2016/943»).

En el Derecho vigente, la regulación general de la protección civil de los secretos empresariales reside en el artículo 13 de la Ley 3/1991 de 10 de enero, de Competencia Desleal (la «Ley de Competencia Desleal»). Ahora bien, esa regulación presenta carencias que determinaban la necesidad de transponer las normas imperativas previstas en la Directiva 2016/943.

La distinta naturaleza material y procesal de esas disposiciones, junto con la indefinición de la naturaleza del régimen de los secretos profesionales (competencia desleal o propiedad industrial), han motivado que se transponga la Directiva 2016/943 en una ley especial.

Desde un plano sustantivo, el Proyecto de Ley define el concepto de *secreto empresarial* del siguiente modo: «*Se reputa secreto empresarial cualquier información, relativa a cualquier ámbito de la empresa, incluido el tecnológico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones: a) ser secreta, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas; b) tener un valor empresarial precisamente por ser secreta, y c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerla en secreto*» (artículo 1.1). Esta noción —descrita también en la Directiva 2016/943— es coincidente con la del artículo 39.2 del Acuerdo sobre los ADPIC.

Además, se reconoce la distinción entre secretos empresariales objeto de protección jurídica y conocimientos, habilidades y capacidades, que forman el patrimonio intelectual y profesional de los trabajadores. Respecto de estos últimos, la tutela de los secretos empresariales no se extiende de «*al uso por parte de estos* [los trabajadores] *de experiencia y competencias adquiridas honestamente durante el normal transcurso de su carrera profesional*» (artículo 1.3).

Por su parte, se definen las conductas constitutivas de violación de secretos empresariales: «*cualquier modalidad de obtención, utilización o revelación de la información constitutiva de aquellos* [secretos empresariales] *que resulte ilícita o tenga un origen ilícito con arreglo a lo previsto en esta ley*» (artículo 1.2). Se describen también las circunstancias que determinan que esas conductas «*resulte*[n] *ilícitas*» (artículo 3). En ese punto, las novedades más relevantes son la extensión de la ilicitud a la obtención, utilización y revelación de secretos empresariales por quien los obtenga sabiendo o habiendo debido saber que obtenía el secreto de persona que lo revelaba o utilizaba ilícitamente (artículo 3.3), y también a los actos de explotación comercial de las llamadas mercancías infractoras o «*productos y servicios cuyo diseño, características, funcionamiento, proceso de producción, o comercialización se benefician de manera significativa de secretos empresariales obtenidos, utilizados o revelados de forma ilícita*» (artículo 3.4).

El Proyecto de Ley fija también los supuestos en que la obtención de un secreto empresarial es lícita (artículo 2). Entre ellas, destaca (i) el descubrimiento o la creación independientes; (ii) «*la observación, estudio, desmontaje o ensayo de un producto u objeto que se haya puesto a disposición del público o esté lícitamente en posesión de quien realiza estas actuaciones, sin estar sujeto a ninguna obligación que válidamente le impida obtener de este modo la información constitutiva del secreto empresarial*» (la denominada ingeniería inversa); (iii) la obtención, utilización o revelación de secretos «*en ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información constitucionalmente reconocido, incluido el respeto a la libertad y al pluralismo de los medios de comunicación [...] con la finalidad de descubrir, en defensa del interés general, alguna falta, irregularidad o actividad ilegal*» o, en general, «*con el fin de proteger un interés legítimo reconocido por la ley*»; (iv) el ejercicio del derecho de los trabajadores y los representantes de los trabajadores a ser informados y consultados, de conformidad con la legislación y prácticas vigentes, y (v) cualquier otra actuación que, según las circunstancias del caso, resulte conforme con las prácticas comerciales leales, incluida la transferencia, cesión o licencia contractual del secreto empresarial.

Asimismo, se establece un catálogo abierto de acciones de defensa del titular del secreto empresarial para hacer frente a la posible violación de este que podrán ser interpuestas contra el

infractor y contra «*terceros adquirentes de buena fe*»: declaración, cesación, completada con indemnizaciones coercitivas, aprehensión de mercancías infractoras para su modificación, destrucción o entrega a instituciones benéficas, remoción, atribución en propiedad de las mercancías infractoras, indemnización de daños y perjuicios, y publicación o difusión de la sentencia (artículos 4 y 5). En particular, se presta especial atención a la regulación de la indemnización de daños y perjuicios al convertirse en un remedio sustitutivo en determinadas circunstancias (sustituir la cesación cuando la violación del secreto empresarial no fuera dolosa) y al concretar su contenido económico con medidas que facilitan su cálculo y liquidación en línea con lo previsto en la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes.

La regulación de las acciones de defensa concluye con una regla de prescripción de tres años, cuyo cómputo comienza desde que la acción pudo ejercitarse y se tuvo conocimiento del infractor (artículo 7).

Desde un plano procesal, las novedades más sobresalientes se refieren a tres aspectos. En primer lugar, se prevén nuevas reglas para preservar la confidencialidad de la información aportada o generada en el proceso y que pueda constituir secreto empresarial (artículo 11). En segundo lugar, se amplían las medidas preparatorias del proceso, incorporando las diligencias de comprobación de la Ley de Patentes, las medidas de acceso a fuentes de prueba recientemente introducidas en la LEC en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia y las medidas de aseguramiento de pruebas (artículos 12 a 14). En tercer lugar, se establecen normas especiales sobre medidas cautelares para asegurar la eficacia de su acción y evitar de manera inmediata la revelación, uso u obtención ilícita del secreto empresarial (artículos 15 a 20).

Finalmente, la disposición final primera modifica el artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal para contemplar la violación de secretos empresariales como un acto desleal, pero con remisión a su régimen legal específico previsto en ese Proyecto de Ley.

Estatuto de los Consumidores de Extremadura

LEY 4/2018, de 21 de febrero, por la que se modifica la Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura (DOE de 23 de febrero de 2018)

El 23 de febrero de 2018 se publicó en el *Diario Oficial de Extremadura* («*DOE*») la Ley 4/2018, de 21 de febrero, por la que se modifica la Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura. La Ley 4/2018 entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *DOE*.

La principal novedad de esta Ley es que introduce en el Estatuto de los Consumidores de Extremadura el artículo 12.bis, que regula el «*Derecho de información sobre la titulización de préstamos hipotecarios y de otro tipo*».

La Ley define qué ha de entenderse por *préstamos hipotecarios y de otro tipo* a efectos de la Ley. Así, se definen las hipotecas titulizadas como «*aquellos préstamos con garantía hipotecaria contratados por un consumidor o por una consumidora con una entidad de crédito cuya actuación en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura se halle sujeta a la supervisión del Banco de España y que hayan sido cedidos por cualquier título a un fondo de titulización*». Por su parte, los créditos titulizados son «*aquellos préstamos concertados por un consumidor o una consumidora con una entidad financiera sin garantía hipotecaria, con garantías de otro tipo o sin garantía real de ningún tipo*».

Este artículo 12.bis de la Ley establece la obligación de las entidades que hayan cedido un crédito (hipotecario u ordinario, tal como se definen en el párrafo anterior) a un fondo de titulización de informar por escrito de esa cesión al consumidor con quien hubieran firmado dicho crédito.

Esta notificación de la cesión, transmisión o titulización, que se hará mediante correo postal, deberá indicar la identidad del adquirente y, además, todos los datos que permitan la identificación de manera sencilla y comprensible:

(i) La fecha de escritura de cesión, transmisión o titulización del crédito.

(ii) La fecha de constitución del fondo de titulización.

(iii) La página del documento de constitución del fondo de titulización en la que se encuentre el crédito del consumidor.

(iv) El código del crédito del consumidor, de modo que a este le sea posible identificar y localizar su deuda en el documento y página indicada.

(v) El precio en euros de la transmisión.

Además, si la entidad cedente conserva la titularidad del crédito, en la notificación remitida al consumidor habrá de incluirse la manifestación de que la entidad continúa siendo la acreedora del crédito.

La notificación se realizará, bien de oficio por parte de las entidades financieras en el momento de producirse la cesión, transmisión o titulización, bien a petición del consumidor interesado, en cualquier otro momento. El plazo para la notificación no podrá superar los cinco días hábiles desde que se produce la titulización, o desde la solicitud de información realizada por el deudor consumidor respecto de los préstamos titulizados antes de la entrada en vigor de la Ley.

La no notificación en plazo de la cesión, transmisión o titulización por las entidades bancarias se califica como infracción grave. Esa no notificación en plazo pasará a ser una infracción muy grave cuando la omisión de informar sobre la titulización de una hipoteca afecte a la capacidad del deudor hipotecario para defenderse en un procedimiento de ejecución hipotecaria.

De conformidad con el artículo 38 de la Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura, (i) las infracciones graves serán sancionadas por la Administración autonómica con multas de entre 3.005,07 euros y 15.025,30 euros; (ii) las infracciones muy graves serán sancionadas con multas de entre 15.025,31 euros y 601.012,10 euros, y, además, la Administración podría acordar el cierre temporal del establecimiento, instalación o servicio por un plazo máximo de cinco años; y (iii) tanto en el caso de las infracciones graves como muy graves, las multas podrían rebasar las cantidades previstas hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los bienes o servicios objeto de infracción.

Por último, la Ley contiene una disposición transitoria en virtud de la cual se concede a las entidades bancarias, financieras y de crédito un plazo de tres meses desde la publicación de la Ley en el *DOE* para comunicar a todos sus deudores (hipotecarios u ordinarios) que sean consumidores y cuyos créditos hubieran sido total o parcialmente cedidos, transmitidos o titulizados la información que sobre dicha cesión exige el artículo 12.bis de la Ley.

Tanteo y retracto en desahucios de viviendas en Andalucía

Ley 1/2018, de 26 de abril, por la que se establece el derecho de tanteo y retracto en desahucios de viviendas en Andalucía, mediante la modificación de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía, y se modifica la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y el suelo (BOJA de 8 de mayo de 2018)

El 8 de mayo de 2018 se publicó en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* («*BOJA*») la Ley 1/2018, de 26 de abril, por la que se establece el derecho de tanteo y retracto en desahucios de viviendas en Andalucía. Esta Ley entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *BOJA* (salvo las disposiciones de carácter sancionador, que entrarán en vigor a los seis meses de su publicación).

La Ley, que pretende complementar las medidas adoptadas en el ámbito estatal para contribuir a aliviar la situación de los deudores hipotecarios, introduce, como principal novedad, el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración de la Junta de Andalucía para adquirir viviendas procedentes de procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria o dación en pago. Con ello se pretende:

(i) Obtener viviendas para proceder a su alquiler social a personas que han sido privadas de ellas como consecuencia de un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria o mediante una dación en pago de deuda con garantía hipotecaria.

(ii) Configurar una oferta de viviendas dirigida a personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad conforme a la normativa estatal o autonómica.

El ejercicio de los derechos de tanteo y retracto será de aplicación a las transmisiones de viviendas adquiridas en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria o mediante dación en pago de deuda con garantía hipotecaria que se produzcan tras la entrada en vigor de la Ley. No obstante, se excluye el ejercicio de dichos derechos durante la vigencia de la suspensión de lanzamiento establecida en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

La competencia para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto corresponderá a la Consejería competente en materia de vivienda, directamente o a través de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía o quien asuma sus competencias.

La Consejería podrá ejercer los derechos de tanteo y retracto en los supuestos de adquisiciones de viviendas con ocasión de una dación en pago de deuda con garantía hipotecaria, y el derecho de retracto en las transmisiones de viviendas derivadas de un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria.

Las viviendas sobre las que se podrán ejercitar los derechos de tanteo y retracto son las que cumplan los siguientes requisitos de manera cumulativa:

(i) Aquellas que, una vez transmitidas, queden totalmente libres del préstamo hipotecario o de cualquier otra deuda de la que responda la vivienda con la entidad que realiza la ejecución o la dación en pago.

(ii) Aquellas que estén incluidas en las previsiones del Plan Andaluz de Vivienda y Suelo, que tendrá que delimitar (i) los supuestos de aplicación en los que las transmisiones de viviendas derivadas de un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria o mediante dación en pago de deuda con garantía hipotecaria quedarán sujetas al ejercicio de estos derechos por la Administración; y (ii) las condiciones socioeconómicas de las personas a las que se destinarán las viviendas obtenidas tras el ejercicio de estos derechos.

Mientras no se delimiten, mediante el citado Plan Andaluz de Vivienda y Suelo, los supuestos de aplicación en los que las transmisiones de viviendas queden sujetas al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, estos podrán ejercitarse respecto de aquellos inmuebles que reúnan las características propias de vivienda protegida que, en virtud de tal ejercicio, vayan a destinarse a personas incluidas en los grupos de especial protección contemplados en el vigente Plan de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía 2016-2020.

El plazo máximo de sujeción de las transmisiones de viviendas al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto será coincidente con la vigencia del Plan Andaluz de Vivienda y Suelo que delimite los supuestos de aplicación de dichos derechos, salvo que el citado Plan establezca un plazo de sujeción menor.

Para el ejercicio de ambos derechos se requerirá, en el caso del retracto, que la transmisión se produzca durante la vigencia del Plan y, respecto del tanteo, que la oferta del negocio jurídico traslativo se comunique a la Administración durante la vigencia del Plan. En ambos casos se requerirá, además, que los procedimientos para el ejercicio de tanteo y retracto se hubieran iniciado mediante el correspondiente acuerdo de inicio antes de la pérdida de vigencia del Plan.

La Consejería competente en materia de vivienda comunicará a los juzgados decanos de los partidos judiciales afectados, a los decanatos de los colegios de registradores de Andalucía y al Ilustre Colegio Notarial de Andalucía la delimitación de los supuestos de aplicación del tanteo y retracto contenida en el Plan Andaluz de Vivienda y Suelo en el plazo de quince días desde su publicación, para que dichas instituciones puedan realizar las siguientes comunicaciones a la Consejería en un plazo no superior a treinta días naturales:

(i) Los órganos judiciales que hayan conocido de los procesos de ejecución hipotecaria de viviendas incluidas en los supuestos de aplicación recogidos en el Plan Andaluz de Vivienda y Suelo trasladarán a la Consejería (i) copia de los testimonios de firmeza de los decretos de adjudicación, comprensivos de la resolución de aprobación del remate o de la adjudicación

al acreedor de las viviendas; y (ii) copia de los testimonios de firmeza de las resoluciones judiciales que acuerden el lanzamiento de las personas ocupantes de las viviendas objeto de proceso de ejecución hipotecaria.

(ii) Los registros de la propiedad comunicarán a la Consejería el asiento de presentación del testimonio del decreto de adjudicación de viviendas incluidas en los supuestos de aplicación recogidos en el Plan Andaluz de Vivienda y Suelo, comprensivo de la resolución de aprobación del remate o de la adjudicación al acreedor, o, en su caso, de la escritura pública de transmisión derivada de la ejecución extrajudicial o subasta notarial.

(iii) Las notarías que formalicen actos de transmisión de viviendas incluidas en los supuestos de aplicación recogidos en el Plan Andaluz de Vivienda y Suelo procedentes de pago de deuda con garantía hipotecaria o de ejecución extrajudicial trasladarán a la Consejería copia de tales actos.

A continuación, se analizará la regulación prevista en la Ley para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en adquisiciones por dación en pago:

(i) La persona interesada en adquirir una vivienda mediante dación en pago de deuda con garantía hipotecaria incluida en los supuestos de aplicación del Plan Andaluz de Vivienda y Suelo comunicará a la Consejería competente en materia de vivienda la oferta del negocio jurídico traslativo, indicando el precio, la forma de pago y las demás condiciones de la transmisión, así como la conformidad del transmitente con las condiciones de la transmisión.

(ii) El derecho de tanteo habrá de ejercitarse en el plazo de sesenta días naturales a partir del siguiente a aquel en que haya tenido entrada en el Registro General de la Consejería la comunicación con el contenido indicado en el apartado anterior. Si transcurrido ese plazo no se hubiera ejercitado el derecho de tanteo, podrá llevarse a efecto la transmisión comunicada en sus mismos términos.

(iii) El adquirente de la vivienda deberá comunicar a la Consejería, en los treinta días naturales siguientes a la transmisión, las condiciones en que esta se produjo, adjuntando una copia de la escritura o documento en el que la venta se hubiera formalizado.

(iv) Si no se hubiese realizado la comunicación de la oferta del negocio jurídico traslativo, si dicha comunicación estuviera incompleta o defectuosa o si la transmisión se hubiera producido antes del transcurso del plazo para el ejercicio del derecho de tanteo o en condiciones distintas a las anunciadas, la Consejería podrá ejercer el derecho de retracto en el plazo de sesenta días naturales a contar desde el siguiente a la comunicación de la transmisión o, en su defecto, desde que la Consejería tuviera conocimiento fehaciente por cualquier medio de todos los elementos y condiciones de la transmisión.

(v) En caso de ejercicio del derecho de tanteo o de retracto de transmisiones de vivienda mediante dación en pago, el precio vendrá determinado por el valor del crédito de cuya extinción se trata.

Las notarías, para elevar a escritura pública las transmisiones de viviendas sujetas a los derechos de tanteo y retracto, exigirán que la persona adquirente acredite haber realizado las comunicaciones a la Consejería respecto de la oferta del negocio jurídico traslativo, con los requisitos que la Ley requiere, así como el vencimiento del plazo establecido para el ejercicio del derecho de tanteo, circunstancias que deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras. Además, deberán comunicar a la Consejería, en el plazo de diez días hábiles, la transmisión realizada, remitiéndole copia simple de la escritura pública en la que se hubiera instrumentado la transmisión.

Asimismo, para inscribir en el Registro de la Propiedad las transmisiones de viviendas sujetas a los derechos de tanteo y retracto, deberá acreditarse el cumplimiento tanto de las obligaciones contempladas para el ejercicio del derecho de tanteo y retracto en adquisiciones por dación en pago como de las obligaciones a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior para poder elevar a escritura pública las transmisiones de viviendas sujetas a los derechos de tanteo y retracto.

Por lo que se refiere al ejercicio del derecho de retracto en adquisiciones derivadas de procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria, su regulación es la siguiente:

(i) La Consejería ejercitará el derecho de retracto en el plazo de sesenta días naturales contados desde el siguiente al de la notificación de la transmisión que le hubieran realizado los órganos judiciales, los registros de la propiedad o las notarías. En defecto de notificación, el plazo para el ejercicio del derecho se contará desde que tuviera conocimiento fehaciente de la transmisión.

(ii) En el caso de que, pese a haberse producido la transmisión derivada de un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria, aún no se hubiera producido el lanzamiento de las personas ocupantes de la vivienda afectada, el plazo para el ejercicio del derecho de retracto empezará a contarse a partir del día en que sea notificado el testimonio de firmeza de la resolución judicial que acuerde el referido lanzamiento o, en defecto de notificación, desde que la Administración autonómica tenga conocimiento del lanzamiento.

(iii) Producida la notificación de la transmisión o del testimonio de firmeza de la resolución judicial que acuerde el lanzamiento de los ocupantes de la vivienda, la Consejería notificará al rematante el día de inicio del plazo de sesenta días naturales para el ejercicio del derecho de retracto.

(iv) En el supuesto de ejercicio del derecho de retracto, se abonará el precio satisfecho por el adjudicatario del bien y, además, los gastos soportados por este y directa e inmediatamente causados por la ejecución hipotecaria.

Modificación de la LEC para facilitar las demandas colectivas y agrupadas

Proposición de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil para facilitar las demandas colectivas y agrupadas. Presentada por Joan Baldoví Roda (GMx) y 14 Diputados (BOCG de 6 de abril de 2018)

El 6 de abril de 2018 se publicó en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* la Proposición de Ley de modificación de la LEC para facilitar las demandas colectivas y agrupadas, que fue presentada por 15 diputados de distintos grupos parlamentarios y fue elaborada por el colectivo Xnet y la Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN).

La Proposición de Ley propone la modificación de cuatro artículos de la LEC (artículos 6,11,15 y 221) y la inclusión de un artículo 71 bis. El objetivo consiste, según se indica, en que plataformas o grupos de afectados puedan presentar demandas colectivas y que las demandas acumuladas puedan desarrollarse y crear jurisprudencia.

En particular, se modificarían los artículos 6 y 11 de la LEC para dotar de capacidad para ser parte y legitimación, respectivamente, a los grupos de consumidores o usuarios agrupados por haber resultado afectados por un hecho dañoso cuando su agrupación tenga como único objetivo el ejercicio de cualquier tipo de acción frente a tales hechos dañosos. Se propone también la modificación del artículo 15 de la LEC para suprimir la regla del llamamiento individual a todos los afectados previsto en los procesos promovidos para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores (esto es, cuando estén determinados o sean fácilmente determinables). Además, se modificarían los artículos 221 y 519 de la LEC para incluir los efectos de cosa juzgada de ese tipo de acciones y la posibilidad de su ejecución por los consumidores individuales. Finalmente, se introduciría un artículo 71 bis para permitir la acumulación de «*cuantas acciones estimen convenientes para su defensa*» en los procesos promovidos por los grupos de afectados por un mismo hecho dañoso.

Reforma de las condiciones de acceso y ejercicio de las profesiones de abogado y procurador de los tribunales

Anteproyecto de Ley de reforma de las condiciones de acceso y ejercicio de las profesiones de abogado y procurador de los tribunales (CNMC de 22 de marzo de 2018)

Esta norma tiene tres objetivos: habilitar un título único para el ejercicio de las profesiones de abogado y procurador; habilitar las sociedades profesionales multidisciplinares para que puedan ofertar un servicio integral, de defensa y representación en juicio; y modificar el marco arancelario de los procuradores, fijando importes máximos.

Para conseguir estos tres objetivos, la norma se articula en torno a tres artículos.

El artículo primero modifica la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales, para tratar de consolidar un acceso único a las profesiones de abogado y procurador. Con ese fin:

— La obtención del título profesional de abogado y procurador se condiciona a la superación de una formalización especializada, reglada y oficial, que prevé la norma, a través de unos cursos de capacitación profesional de abogado y procurador, regulados conjuntamente, bajo la orientación de las directrices del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y con la participación del profesorado universitario.

— Se prevé (i) la creación de escuelas de práctica jurídica por los colegios de abogados y procuradores, permitiendo la homologación conjunta por el Consejo General de la Abogacía y por el Consejo General de los Procuradores de los Tribunales; (ii) que las prácticas externas se realicen tanto en actividades propias del ejercicio de la abogacía como en las de la procura; y (iii) la integración de ambos Consejos en la comisión evaluadora para el acceso a la abogacía y la procura.

El artículo segundo modifica el artículo 3 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, para posibilitar que las sociedades profesionales puedan ejercer, simultáneamente, las actividades profesionales de la abogacía y de la procura de los tribunales. Es decir, se autoriza que abogados y procuradores se integren en una misma entidad profesional, como excepción a lo previsto en la Ley de Sociedades Profesionales, que solo permite que las sociedades profesionales puedan ejercer varias actividades profesionales cuando su desempeño no se haya declarado incompatible por norma legal. No obstante, como se pone de manifiesto en la exposición de motivos de la norma, «*a fin de garantizar la imparcialidad e independencia del ejercicio de la respectiva actividad profesional, se mantiene la incompatibilidad del ejercicio simultáneo de las profesiones de abogado y procurador*».

Por último, el artículo tercero de la norma modifica el Real Decreto-Ley 5/2010, de 31 de marzo, por el que se amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal, para fijar un máximo de 75.000 euros como cuantía global de los derechos devengados por un procurador en un mismo asunto (frente a los 300.000 euros de cuantía máxima que se establecía en dicho Real Decreto-Ley). La norma prevé que, excepcionalmente, y sometido a la justificación y autorización del tribunal, podrá superarse este límite de 75.000 euros «*para remunerar justa y adecuadamente los servicios profesionales efectivamente realizados por el procurador de manera extraordinaria*».

[Portugal]

Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas

Lei n.º 8/2018, de 2 de março (DR 44, Série I, de 2 de março de 2018)

No dia 3 de março de 2018, entrou em vigor o novo Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas («RERE»).

O RERE permite ao devedor que se encontre em situação económica difícil ou de insolvência iminente negociar com os seus credores um acordo de reestruturação totalmente extrajudicial. Poderão também nele participar os titulares de garantias sobre bens do devedor e os sócios deste. O acordo apenas produzirá efeitos entre as partes que nele intervirem ou que a ele venham a aderir posteriormente.

O conteúdo do acordo de reestruturação é livre e totalmente confidencial. No entanto, para beneficiar de algumas das vantagens mais interessantes do novo regime, é necessário depositar o acordo junto da Conservatória do Registo Comercial, sem prejuízo da confidencialidade do mesmo.

Em particular, o depósito do acordo produzirá os seguintes efeitos: (i) imediata extinção dos processos judiciais em curso (declarativos, executivos ou cautelares, mas excluindo os litígios de natureza laboral); (ii) caso o devedor venha a ser declarado insolvente, insusceptibilidade de resolução em benefício da massa dos negócios que hajam compreendido a efetiva disponibilização ao devedor de novos créditos pecuniários e das respetivas garantias; (iii) direito aos benefícios fiscais previstos no artigo 27.º do diploma.

Destacamos que os efeitos (ii) e (iii) supra só se verificam caso o acordo seja acompanhado de uma declaração emitida por um Revisor Oficial de Contas («ROC») a certificar que o acordo compreende a reestruturação de, pelo menos, 30% do passivo não-subordinado do devedor, que a situação financeira da empresa fica mais equilibrada e que o os capitais próprios do devedor são superiores ao capital social.

Com relevância em matéria fiscal, em matéria de IRC (i) foi acrescentado ao elenco do artigo 41.º do CIRC - que estabelece quais os créditos incobráveis que podem ser considerados gastos ou perdas do período de tributação -, os créditos decorrentes de situações em que seja celebrado e depositado na Conservatória do Registo Comercial um acordo sujeito ao RERE, do qual resulte o não pagamento definitivo do crédito, devidamente acompanhado de uma declaração emitida por um ROC a certificar que o acordo compreende a reestruturação de, pelo menos, 30% do passivo não-subordinado do devedor, que a situação financeira da empresa fica mais equilibrada e que os capitais próprios do devedor são superiores ao capital social; e (ii) para efeitos de autorização da dedução de prejuízos fiscais nos casos de alteração da titularidade em mais de 50% do capital social ou da maioria dos direitos de voto, presume-se que os referidos acordos de reestruturação revestem reconhecido interesse económico.

Em matéria de IVA, passou a estabelecer-se, no artigo 78.º-A, n.º 4, do CIVA, que os sujeitos passivos podem deduzir os impostos relacionados com créditos considerados incobráveis nos casos em que seja celebrado e depositado na Conservatória do Registo Comercial um acordo sujeito ao RERE do qual resulte o não pagamento definitivo do crédito, devidamente acompanhado de uma declaração emitida por um ROC a certificar que o acordo compreende a reestruturação de, pelo menos, 30% do passivo não-subordinado do devedor, que a situação financeira da empresa fica mais equilibrada em virtude do acordo e que os capitais próprios do devedor são superiores ao capital social.

Finalmente, quanto aos benefícios fiscais em sede de IRC, IMT e Imposto do Selo previstos nos artigos 268.º a 270.º do CIRE, a referida Lei vem estabelecer que os mesmos se aplicam também a situações de acordos de reestruturação, devidamente acompanhados de uma declaração emitida por um ROC a certificar que o acordo compreende a reestruturação de, pelo menos, 30% do passivo não-subordinado do devedor, que a situação financeira da empresa fica mais equilibrada em virtude do acordo e que os capitais próprios do devedor são superiores ao capital social.

Por último, se aderir ao acordo um número de credores suficiente para perfazer as maiorias previstas no artigo 17.º-I, n.º 1, do Código de Insolvência e Recuperação de Empresas, pode o devedor iniciar um PER com vista à homologação judicial do acordo alcançado e à extensão dos efeitos do mesmo a todos os credores, mesmo aqueles que não tenham aderido ao RERE.

2 · JURISPRUDENCIA

Cobro de lo indebido del artículo 1895 del Código Civil: no existe cuando el pago tiene base contractual y se produce una modificación del contrato

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de abril de 2018

Una comunidad de propietarios interpuso demanda de juicio ordinario frente a la empresa municipal de aguas en ejercicio de la acción restitutoria de cobro de lo indebido prevista en el artículo 1895 del Código Civil. En su demanda, la comunidad sostenía que la empresa municipal de aguas había venido cobrándole, entre los años 1999 y 2012, y de forma indebida, los servicios de suministro de agua.

Según la demandante, en el año 1999 se había producido una agrupación de locales en el edificio. En la medida en que las cuotas fijas de los servicios de suministro de agua tienen en cuenta la cifra de locales existentes, se había estado facturando en exceso por la parte fija de la cuota. Por ello, solicitaba la restitución de 205.551,55 euros. Fue a partir del año 2012 cuando la comunidad de propietarios comunicó a la empresa municipal de aguas que se había produ-

cido la reagrupación de algunos locales del edificio, rectificando entonces la demandada los criterios de facturación.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La demandante recurrió en apelación ante la Audiencia Provincial, que revocó en parte la sentencia de instancia al apreciar la existencia de un error en el pago efectuado por la comunidad de propietarios a la empresa municipal de aguas. En consecuencia, el tribunal de apelación condenó a la demandada a la devolución de las cantidades cobradas en exceso, si bien solo respecto de las pagadas por la demandante en los cinco años anteriores a la primera factura rectificada.

Ambas partes interpusieron recurso frente a la sentencia de la Audiencia Provincial: la demandada por infracción procesal y de casación, y la demandante únicamente de casación. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de la comunidad de propietarios, así como el de infracción procesal de la empresa municipal de aguas. Sin embargo, estimó íntegramente el recurso de casación de la demandada.

La Sala determinó que, si bien en algún caso excepcional podría darse la figura del «*cuasicontrato de cobro de lo indebido en supuestos regidos por reglas contractuales*», en el caso objeto de análisis se constató la efectiva existencia de unos servicios prestados por la demandada, tanto antes como después de la consideración del pago en exceso. Así, el cobro de la cantidad en exceso no carecería de causa ni supondría un enriquecimiento injusto para quien lo recibe, pues solo en ese caso procedería la devolución de las cantidades por haber sido cobradas «*indebidamente*».

Cláusula suelo. Validez de la transacción posterior con el fin de evitar controversia judicial. Voto particular

Sentencia 205/2018 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 11 de abril de 2018

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por una entidad financiera frente a la sentencia de apelación por la que, confirmando la de primera instancia, se declaró la nulidad de la «*cláusula suelo*» inserta en el contrato de préstamo hipotecario y su posterior novación mediante contrato privado.

Los compradores de una vivienda interpusieron demanda de juicio ordinario frente a la entidad financiera en la que solicitaban: (i) la declaración de nulidad de la «cláusula suelo» inserta en las escrituras de préstamo hipotecario que habían sido otorgadas, así como su posterior novación mediante documento privado; y (ii) la condena a la entidad demandada a restituir las cantidades pagadas por los demandantes en aplicación de la referida estipulación.

Los demandantes otorgaron dos escrituras públicas de préstamo en el año 2007: mediante la primera escritura, se habían subrogado en el préstamo hipotecario del promotor, novándolo y ampliándolo; en virtud de la segunda, contrataron otro préstamo hipotecario para financiar la vivienda. En ambos casos, se pactó un tipo de interés fijo para el primer año y un tipo de interés variable para el resto de la vida del préstamo. El tipo de interés variable contenía cláusulas techo y suelo, esto es, límites máximos y mínimos a la delimitación del tipo de interés.

Como consecuencia de la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que declaró la nulidad de las cláusulas suelo de determinadas entidades bancarias por falta de transparencia, los demandantes y la entidad demandada suscribieron dos documentos privados por los que acordaban: (i) una «novación modificativa» del tipo mínimo del interés variable del 2,25% para el resto de la vida del contrato; y (ii) una renuncia expresa y mutua al ejercicio de acciones judiciales que trajeran causa de la formalización y clausulado del contrato de préstamo, así como por las liquidaciones y pagos que se hubiesen realizado hasta la fecha. Ambos documentos contenían la transcripción a mano por los demandantes, junto con su firma, de la siguiente declaración: «soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25 % nominal anual».

El Pleno estimó el recurso de casación con base en que los contratos privados suscritos entre los demandantes y la demandada debían ser considerados como una «*transacción*» y no una novación. Ello es así, a juicio del Tribunal Supremo, por las siguientes razones:

(i) Los documentos privados se suscribieron entre las partes en un contexto social en el que existía una situación de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a contratos de préstamo hipotecario.

(ii) Si bien es cierto que, como se decía en la sentencia n.º 558/2017, de 16 de octubre, la falta de transparencia no se puede convalidar posteriormente, en este caso lo que verdaderamente existen son «*recíprocas concesiones*» y no la mera equiparación de las cláusulas suelo a otros clientes. Esto es, la entidad bancaria rebajó el mínimo del tipo de interés al 2,25 % y los clientes renunciaron a eventuales acciones frente al banco.

(iii) La transacción entre consumidores y empresarios es válida. Así, la imperatividad de las normas en esta materia no impediría, a juicio del Tribunal, la posibilidad de transigir con fundamento en el principio dispositivo del proceso, siempre que el resultado del acuerdo sea conforme al ordenamiento jurídico. A ello se añadiría que, en la práctica, el ordenamiento jurídico prevé mecanismos para la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo.

(iv) El tribunal debe apreciar de oficio que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en el contrato de transacción. En el presente caso, el Tribunal Supremo consideró que los demandantes eran capaces de comprender las consecuencias económicas y jurídicas de la aceptación de la transacción. Y ello pese a que la transcripción manuscrita de la cláusula no equivale necesariamente a que los demandantes hubiesen comprendido realmente sus consecuencias. No obstante, para la Sala, no cabe duda que tal transcripción manuscrita contribuye a permitir constatar la existencia de la cláusula y a resaltar su contenido.

La sentencia cuenta con un voto particular de un magistrado, que discrepa del criterio de la mayoría de la Sala, para concluir que el recurso de la entidad financiera debería haber sido desestimado. Para el magistrado discordante, los documentos privados suscritos entre los demandantes y la entidad demandada eran novaciones de los contratos de préstamo y contenían igualmente condiciones generales susceptibles de ser consideradas abusivas por falta de transparencia, sin que se hubiese constatado en el caso de autos que existió una negociación mínima por parte de la entidad y los clientes.

Así, el magistrado discrepante considera que en el presente caso no existió el «plus» de información que se exige a las entidades en estos casos y, particularmente, que se haya informado a los demandantes sobre las consecuencias económicas y jurídicas de la suscripción de los documentos privados. En síntesis, porque (i) se trataba de documentos predispuestos por la entidad financiera; (ii) se partía de la presunción de validez de los pactos insertos en las escrituras de préstamo hipotecario originarias; (iii) la causa de la novación fue el mero «cambio de la coyuntura económica»; y (iv) la entidad bancaria no informó de que mediante la firma de esos documentos lo que hacía era protegerse frente a una eventual y futura declaración de nulidad de la cláusula suelo.

Desestimación de las acciones ejercitadas por una sociedad mercantil en relación con la contratación de distintas permutas financieras o swaps

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2018

El litigio tiene su origen en la demanda interpuesta por una sociedad mercantil frente a una entidad financiera por la contratación de varias permutas financieras o *swaps* en el marco de un proyecto de financiación por valor de catorce millones de euros.

Tras analizar el *iter* procesal del asunto —estimación íntegra de la demanda en primera instancia y revocación con desestimación de la demanda en apelación—, el Alto Tribunal analiza algunos de los aspectos jurídicos más controvertidos y litigiosos en la comercialización de este tipo de productos.

En concreto: (i) la caducidad de la acción de anulabilidad por error en el consentimiento, (ii) las consecuencias derivadas de la no realización del test de idoneidad o la falta de prueba de información facilitada, y (iii) el análisis de las acciones de responsabilidad ejercitadas de forma subsidiaria.

(i) Respecto a la caducidad de la acción de anulabilidad por error como vicio en el consentimiento, la Sala aplica la doctrina sentada en la sentencia de Pleno de 19 de febrero de 2018, reiterando que, en los contratos de permuta financiera «*el cómputo del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad empieza a correr «desde la consumación del contrato», y no antes*».

(ii) Tras desestimar la excepción de caducidad, la Sala procede a analizar si existe el error en el consentimiento alegado, y recuerda que la no realización del test de idoneidad o la falta de prueba de información facilitada constituye una presunción *iuiris tantum* del error que puede ser desvirtuada por el banco. El Alto Tribunal desestima los recursos y confirma la sentencia de apelación porque entiende que en este caso se ha desvirtuado tal presunción por cuanto *(a)* las personas físicas que contrataron los *swaps* en representación de la mercantil demandante tenían experiencia profesional e inversora previa suficiente para entender el funcionamiento y riesgos del producto, y *(b)* el valor millonario de la financiación resulta coherente con la contratación de coberturas del tipo de interés como las que se estudian en este caso.

(iii) Por último, al tratar las acciones subsidiariamente ejercitadas por la demandante, concluye el Tribunal Supremo que la inexistencia de error determina la inexistencia de un nexo de causalidad entre los daños reclamados y la actuación de la entidad financiera, puesto que estos daños ya no podrían imputarse al comportamiento del banco, sino al normal funcionamiento del producto contratado, cuyos riesgos y naturaleza la demandante conoció y comprendió desde un principio.

La reserva estatutaria del sistema de remuneración y el contrato concertado con los consejeros delegados o ejecutivos

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de febrero de 2018

El procedimiento trae causa de la demanda de impugnación interpuesta por una sociedad mercantil contra la calificación del registrador mercantil que denegó la inscripción del siguiente precepto de sus estatutos sociales: «*El cargo de administrador no será retribuido, sin perjuicio de que, de existir consejo, acuerde éste la remuneración que tenga por conveniente a los consejeros ejecutivos por el ejercicio de las funciones ejecutivas que se les encomienden, sin acuerdo de la Junta ni necesidad de previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios, todo ello en aplicación de lo que se establece en el artículo 249.2º de la Ley de Sociedades de Capital*».

La demanda se desestimó en primera instancia y se estimó en segunda instancia. La Audiencia Provincial siguió en su sentencia la tesis sostenida por un sector relevante de la doctrina y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, para quienes la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (la «Ley 31/2014») en la regulación de la retribución de los administradores sociales en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital («TRLSC») consagra una dualidad de regímenes retributivos: uno para los administradores en su condición de tales, que estaría sujeto a los estatutos y al acuerdo de la Junta previsto en el artículo 217.3 TRLSC, y otro para los consejeros ejecutivos, que quedaría al margen del sistema general del artículo 217 y que se regula en el artículo 249.3 TRLSC. El registrador mercantil recurre en casación denunciando la infracción de los artículos 217 y 249 del TRLSC.

La Sala no comparte las conclusiones que la Audiencia Provincial alcanzó sobre el significado de la reforma que la Ley 31/2014 ha realizado en el régimen legal de la remuneración de los administradores sociales. La Sala no considera que el artículo 217 TRLSC regule exclusivamente la remuneración de los administradores que no sean consejeros delegados o ejecutivos, y que la remuneración de los consejeros delegados o ejecutivos esté regulada exclusivamente por el artículo 249.3 y 4 TRLSC, de modo que la exigencia de previsión estatutaria no afecte a la remuneración de estos últimos ni se precise acuerdo alguno de la Junta General en los términos previstos en el artículo 217 TRLSC.

Por ello, considera la Sala que una cláusula estatutaria como la controvertida no es conforme al régimen legal de retribución de los administradores y, en concreto, de los consejeros ejecutivos, tal como ha quedado diseñado en el TRLSC tras la reforma, puesto que la posibilidad de fijar una retribución para los consejeros delegados (i) es contradictoria con el carácter gratuito del cargo de administrador que se expresa en la cláusula, (ii) no se establece sistema de remuneración alguno para los consejeros ejecutivos, y (iii), es más, se declara que no es necesaria previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios, excluyéndose expresamente el acuerdo de la Junta que fije el importe máximo anual de la remuneración del conjunto de los administradores por el ejercicio de su cargo.

La Sala recuerda que la atribución al consejo de administración de la competencia para acordar la distribución de la retribución entre los distintos administradores supone el reconocimiento de un ámbito de autonomía «*dentro del marco estatutario*» a que hace mención el artículo 249.bis.i TRSLC, que es el regulado con carácter principal en el artículo 217 TRLSC, dentro del importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores que haya aprobado la Junta General conforme prevé el artículo 217.3 TRLSC.

Según la Sala, este ámbito de autonomía, dentro de un marco estatutario entendido de una forma más flexible, debe permitir adecuar las retribuciones de los consejeros delegados o ejecutivos a las cambiantes exigencias de las propias sociedades y del trafico económico en general, compaginándolo con las debidas garantías de transparencia para los socios, que no deben verse sorprendidos por remuneraciones desproporcionadas, no previstas en los estatutos y por encima del importe máximo anual que la Junta haya acordado para el conjunto de los administradores sociales.

La dicción contenida en el apartado 3.º del artículo 93.2 de la Ley Concursal relativa a los «socios comunes» a efectos de subordinación no se considera de aplicación a los concursos que se tramitasen conforme a la redacción anterior del precepto, que solo exigía que el acreedor fuera socio de alguna sociedad integrada dentro del grupo de la concursada

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2018

En el supuesto enjuiciado se considera persona especialmente relacionada con el deudor concursado a un acreedor que participaba, a través de una filial, en la mitad del capital social de tres sociedades participadas conjuntamente por la sociedad en concurso. Si bien el acreedor no era socio de la concursada, las referidas sociedades fueron consideradas como integrantes del grupo de la sociedad en concurso.

La redacción originaria del apartado 3.º del artículo 93.2 de la Ley Concursal consideraba como acreedores subordinados a «*las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios*». Posteriormente, el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, incluyó la exigencia de que dichos socios tuvieran una participación significativa en la sociedad concursada en el momento del nacimiento de su derecho de crédito, mientras que la Ley 38/2011, de 10 de octubre, añadió el calificativo de «*comunes*» a la dicción «*y sus socios*» incluida en el referido precepto.

La sentencia analiza si las reformas de la Ley Concursal anteriormente indicadas deben ser entendidas como aclaratorias del tenor originario de la norma o si, por el contrario, se trata de verdaderas modificaciones.

A este respecto, la resolución concluye que la reforma establecida por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, supuso una reforma aclaratoria, ya que carecería de sentido hacer de peor condición a los socios de las sociedades del mismo grupo de la sociedad en concurso que a los socios de la propia concursada (sin exigir a los primeros un porcentaje mínimo de participación que, sin embargo, la Ley exigía en el caso de los socios de la concursada).

Sin embargo, la sentencia considera que la reforma establecida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que añadió el calificativo de «*comunes*» a la dicción «*y sus socios*», no es aclaratoria, sino modificativa de la norma. Así, en opinión del Tribunal Supremo, no resulta claro que con arreglo al tenor literal del precepto se quisiera reducir el ámbito de subordinación exclusivamente a los socios comunes. Por ello estima el recurso al entender que, siendo aplicable al caso enjuiciado la redacción originaria del artículo 93.2.3.º de la Ley Concursal, no era necesario para apreciar la subordinación de los créditos del acreedor que este participara también en la sociedad en concurso (es decir, que fuera socio común), sino que bastaba con que fuera socio de tres sociedades del grupo de la concursada.

Por último, la resolución vuelve a incidir en el criterio asentado desde la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo n.º 134/2016, de 4 de marzo, al señalar que el momento a tener en cuenta para apreciar la subordinación es el del nacimiento del crédito. Según la sentencia, este criterio resulta también aplicable para los socios de las sociedades del mismo grupo que la sociedad en concurso en los casos en los que resulta de aplicación la redacción originaria del apartado 3.º del artículo 92.3 LC. Y ello porque, como se ha analizado, se considera que la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, resulta aclaratoria y, por tanto, no debe existir duda acerca de que la remisión del apartado 3.º del artículo 92.3 LC a las

condiciones establecidas en el apartado 1.º incluye que deban concurrir en el momento de nacimiento del crédito.

La pendencia de un proceso concursal no impide a la Administración tributaria iniciar un procedimiento de derivación de responsabilidad tributaria subsidiaria contra el administrador concursal de una sociedad en concurso

Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, de 21 de marzo de 2018

En el supuesto de autos, la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (la «AEAT») acordó declarar responsable subsidiario del pago de las deudas tributarias pendientes de la concursada a su administrador concursal en el momento de la comisión de las infracciones tributarias.

El Juzgado Mercantil dictó auto en el que acordaba requerir de inhibición a la AEAT a fin de que se abstuviera de continuar conociendo el procedimiento de derivación de responsabilidad subsidiaria hasta que no se produjera la conclusión del concurso.

El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, avalando la posición de la Abogacía del Estado que representaba a la Administración Tributaria, concluye declarando la compatibilidad de la declaración de responsabilidad tributaria con la pendencia de un proceso concursal y la posibilidad de reclamación a los administradores concursales por tales deudas sin esperar a la conclusión del concurso.

A este respecto, la Abogacía del Estado mantenía, entre otros razonamientos, que (i) la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de julio de 2017 (rec. 433/2016), admitía la posibilidad de iniciar procedimientos de derivación de responsabilidad tributaria y concluirlos mientras se tramitaba el concurso del deudor principal porque, aunque las deudas tributarias no puedan hacerse efectivas sobre el patrimonio de la concursada, sí pueden serlo sobre el patrimonio de otras personas no sujetas al concurso si han sido legítimamente declaradas responsables; y (ii) no hay justificación para esperar a la finalización del concurso y ver si la masa activa es insuficiente para atender el crédito de la AEAT porque la responsabilidad es solidaria.

Además de las anteriores razones, considera el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción que la derivación de responsabilidad tributaria no es una de las acciones a que se refiere el artículo 36.1 LC. Es más, el apartado 6 de ese artículo deja a salvo de la competencia del juez del concurso las acciones individuales de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores o a terceros por los actos u omisiones de los administradores concursales que lesionen directamente sus intereses.

En este sentido, dado que la derivación de responsabilidad no se dirige contra la entidad concursada, sino contra terceros, ello no supone ninguna injerencia en el patrimonio del deudor ni ataca la *par conditio creditorum*.

Finalmente, declara el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción que, al no existir una específica atribución competencial a favor de los Juzgados Mercantiles para conocer de tales acciones individuales de responsabilidad, la competencia para declarar la responsabilidad tributaria ha de corresponder a la AEAT, sin perjuicio de su posible revisión en vía administrativa ante los Tribunales Económico Administrativos y, en vía jurisdiccional, ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Administrador de hecho. Concepto y caracterización. Personas físicas representantes de personas jurídicas administradores de varias sociedades. Doctrina jurisprudencial aplicable

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 2018

En el supuesto de autos, la demandante ejercita una acción de responsabilidad contra las dos personas jurídicas administradoras de una sociedad y contra las dos personas físicas representantes de estas. La acción se fundamenta tanto en la responsabilidad por no promover la disolución social, con invocación de la concurrencia de las causas de disolución previstas en el artículo 260.1.3.ª y 4.ª LSA, como en la acción individual de responsabilidad de los administradores de los artículos 133 y 135 LSA.

Las acciones ejercitadas por la demandante se derivan de la suscripción de un contrato con una sociedad para la ejecución de una obra de instalación y acondicionamiento de un laboratorio que la demandante estaba construyendo. Dicha sociedad abandonó la obra dejándola inacabada.

La demanda fue desestimada tanto en primera como en segunda instancia, desestimación que también es mantenida por parte del Tribunal Supremo, que establece que, por definición, las personas físicas representantes de personas jurídicas administradoras de unas sociedades no

pueden ser calificadas de administradores de hecho, pues precisamente desarrollan las funciones de su cargo con arreglo a una representación expresamente prevista en la ley.

Improcedencia de declarar la concurrencia de una nueva causa de culpabilidad cuando la sentencia de calificación no es recurrida por la administración concursal ni por el Ministerio Fiscal

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de abril de 2018

El supuesto objeto de análisis trae causa de la sentencia de un juzgado de lo mercantil que calificó el concurso de una sociedad como culpable, por entender que concurrían dos de las tres causas de culpabilidad señaladas en el informe de la administración concursal —rechazando la concurrencia de la tercera—. En consecuencia, condenó a las personas afectadas por la calificación a tres años de inhabilitación y a cubrir determinados porcentajes del déficit de la liquidación concursal —el 50 % y el 30 %, según el caso—.

Las personas afectadas por la calificación recurrieron en apelación, pese a lo cual la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia, salvo en lo relativo a una de las personas afectadas por la calificación, a la que rebajó la condena —de un 30 % a un 15 % del déficit—.

Sin embargo, en la fundamentación jurídica de su sentencia, la Audiencia Provincial declaró que también concurría una tercera causa de culpabilidad —que el Juzgado Mercantil había rechazado— y fijó una base ampliada para el cálculo del déficit concursal, incluyendo partidas adicionales no contempladas en la sentencia de primera instancia.

El Tribunal Supremo estima en parte el primero de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal planteado por los afectados por la calificación al entender que la sentencia de la Audiencia Provincial incurrió en vicio de incongruencia y vulneró la prohibición de *reformatio in peius* enunciado en el artículo 465.5 de la LEC.

Según establece el Alto Tribunal, aunque las declaraciones de la Audiencia Provincial no fueron llevadas al fallo de la sentencia, la concurrencia de una nueva causa de culpabilidad y la fijación de una nueva base para el cálculo para el déficit concursal deben considerarse como parte integrante de los pronunciamientos de la sentencia. Por tanto, al no haber sido recurrida la sentencia de primera instancia por la administración concursal ni por el Ministerio Fiscal, sus pronunciamientos no pudieron verse agravados en segunda instancia.

Acción de reintegración concursal. Dación en pago de deuda. Inexistencia de perjuicio

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 2018

En el supuesto de autos, la sociedad concursada efectuó una serie de daciones en pago de derechos sobre plazas de *parking* en el periodo comprendido entre la presentación de la comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal y la declaración de concurso. Posteriormente, en el marco del concurso de acreedores, la AEAT interpuso una demanda incidental de reintegración en la que solicitaba la ineficacia jurídica de las daciones en pago y la consiguiente reintegración de los derechos transmitidos a la masa activa concursal.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que desestimaba la demanda por considerar que, aunque las daciones en pago habían comportado una disminución de la masa activa del concurso, debía tenerse en cuenta que el precio fijado para la dación de los derechos era muy superior al de mercado y que, además, la condonación de deuda aceptada por el acreedor superaba el 50 % de sus créditos. La sentencia pone en relación esta condonación de créditos con el hecho de que fue aprobado un convenio de acreedores que contenía una quita menor. La AEAT formuló recurso de apelación frente a la resolución de instancia.

La Audiencia Provincial dictó sentencia en la que estimaba el recurso de apelación y acordaba la rescisión concursal de las daciones en pago. El tribunal entendió que, al margen de que las daciones en pago hubieran comportado una importante condonación de deuda, el principio *par conditio creditorum* habría resultado infringido, por cuanto el acreedor afectado habría visto antepuesto el pago de sus créditos frente a los demás acreedores en un contexto de concurso inminente. Tanto la sociedad concursada como el acreedor afectado formularon sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación.

El Tribunal Supremo dicta sentencia estimatoria del recurso de casación y concluye que las daciones en pago impugnadas no resultaron perjudiciales para la masa activa. Este pronuncia-

miento se fundamenta en que, por un lado, el valor de los derechos cedidos era inferior a la mitad del importe de los créditos extinguidos, por lo que no existía propiamente sacrificio patrimonial y, por el otro, no se habría infringido el principio *par conditio creditorum*. El Tribunal Supremo rechaza una infracción de este principio porque los créditos satisfechos se encontraban vencidos y eran exigibles al tiempo de realizarse la daciones en pago y, además, por la falta de concurrencia de circunstancias excepcionales de ningún tipo que provocaran una diferencia de trato injustificada.

PROCESAL PENAL*

JURISPRUDENCIA

[España]

El Tribunal Supremo sostiene que el motivo de casación por denegación de pruebas (art. 850.1 LECrim) solo se estimará cuando el recurrente acredite que esa diligencia hubiera podido tener una influencia decisiva en el sentido del fallo. De otro modo, la nulidad de la resolución supondría una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 12 de marzo de 2018

El Tribunal Supremo estima los recursos de casación interpuestos contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 22 de noviembre de 2016, condenatoria para los dos acusados.

Por la vía casacional de la infracción de precepto constitucional, el recurso denuncia la vulneración de los derechos a la defensa, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes y a la presunción de inocencia de los acusados, que derivaría de la denegación indebida de una prueba testifical propuesta por una de las defensas al comienzo del juicio oral —el testigo ya había declarado previamente ante la policía y en fase sumarial—, ya que, según los recurrentes, podría haber confirmado la coartada de uno de los acusados.

La propuesta tardía de la testifical estaba justificada en el cambio de estrategia procesal del nuevo letrado de uno de los acusados —el anterior no había propuesto prueba alguna en sus escritos de conclusiones provisionales—. A pesar de que el procedimiento ordinario no prevé un trámite equivalente a las cuestiones previas del procedimiento abreviado, el nuevo letrado solicitó al inicio de las sesiones la práctica de dicha testifical, indicando al tribunal que el testigo había acudido, por lo que estaba disponible. Pese a todo, el tribunal denegó la prueba por extemporánea y no permitió a la defensa consignar en el acta las preguntas que habría formulado al testigo. Frente a ello, las defensas dejaron constancia de la oportuna protesta.

La sentencia del Tribunal Supremo, que repasa la doctrina en materia del derecho a la prueba, recuerda que no estamos ante un derecho absoluto o ilimitado a la proposición y práctica de pruebas, sino que la decisión del tribunal debe atender a criterios de pertinencia, utilidad y posibilidad. En este caso, el Alto Tribunal fundamenta la estimación de los recursos y, por tanto, la anulación de la sentencia de instancia con los siguientes argumentos:

(i) Desde el punto de vista formal, debe entenderse que la proposición de prueba se realizó en tiempo y forma. A pesar de que el procedimiento ordinario no prevé un trámite de cuestiones previas similar al del abreviado, el Tribunal Supremo aboga por una interpretación garantista de la norma siempre que «*se trate de pruebas útiles, necesarias y esenciales para la resolución final del juicio y que se puedan practicar en el acto*». En el plano formal, la sentencia también destaca que los recurrentes formularon la oportuna protesta (requisito indispensable para la estimación del motivo).

* Esta sección ha sido coordinada por Ismael Clemente, y en su elaboración han participado Pablo López Ferrer, Elisa Llop Cardenal, Marta Barceló Moyano, Arianna Vázquez Fernández, Cecilia Osorio Marugán, Marta Martínez-Almeida de Navasqües y Eduardo Jiménez, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

(ii) Desde el punto de vista material, el Tribunal Supremo incide en que la testifical era pertinente (estaba directamente relacionada con el objeto del juicio) y en que podía practicarse en el acto sin dificultad alguna. Asimismo, la sentencia concluye también que se trataba de una prueba necesaria, toda vez que, desde un plano abstracto, la declaración del testigo podría haber tenido una influencia decisiva en el sentido del fallo (con independencia de la convicción que finalmente merezca al tribunal *a quo*). A este respecto, la sentencia subraya que la necesariedad de la prueba es imprescindible para que se estime una casación por este motivo, argumentando que «*si la prueba carece de aptitud para variar el sentido del fallo, pese a su eventual pertinencia, no puede arrastrar una nulidad que redundaría negativamente en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*».

La declaración judicial de un testigo en fase de instrucción puede ser valorada y fundar una condena si resulta convincente aunque el testigo se haya retractado de ella en el juicio oral

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 28 de febrero de 2018

El Tribunal Supremo confirma íntegramente la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 11 de mayo de 2017, que condenó al acusado por un delito de agresión sexual y un delito de lesiones en el ámbito familiar.

La Audiencia Provincial basa la condena en la testifical de la víctima, pareja del acusado, que fue corroborada por diversos elementos objetivos periféricos. El recurrente, a través del cauce casacional de la infracción de precepto constitucional, consideró que se había vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, pues la víctima se retractó en juicio oral del testimonio inculpatorio prestado ante el juez de instrucción.

El Alto Tribunal desestima el único motivo del recurso por considerar que la contradicción de la declaración de la víctima en juicio oral con su declaración en fase sumarial, aunque es un dato significativo, no conlleva inexorablemente la imposibilidad de valorar la declaración inicial, siempre que (i) se hubiera realizado en presencia judicial y, (ii) teniendo en cuenta todas las circunstancias, se revele como la adecuada para establecer la realidad de lo sucedido.

Las premisas de las que parte la sentencia de instancia —que hace suyas la Sala Segunda en la resolución del recurso— son, por un lado, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, según la cual una única prueba testifical, aunque proceda de la víctima, puede enervar la presunción de inocencia; y, por otro, la jurisprudencia constitucional y ordinaria, que, basándose en el artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), ha establecido que la convicción del órgano judicial puede formarse sobre la base de una declaración en instrucción, aunque existan contradicciones (e incluso una abierta retractación), siempre que se pregunte sobre esas divergencias y se proceda a dar lectura a la declaración inicial, convirtiéndose así en prueba practicada en plenario.

Aplicando los anteriores criterios, el Alto Tribunal considera acertada la motivación de la Audiencia al otorgar total crédito a la declaración inicial de la víctima, ya que:

(i) Se ofreció a la testigo la posibilidad de acogerse a la dispensa del artículo 416 de la LECrim.

(ii) El perdón del ofendido no tiene eficacia en los delitos de agresión sexual, a pesar de que tengan carácter de delitos semipúblicos.

(iii) La retractación de la víctima únicamente se refiere a los hechos más graves, la agresión sexual, al afirmar en el plenario que la relación sexual fue consentida. En cambio, la testigo mantuvo el relato sobre las lesiones, que estaban refrendadas por datos objetivos. La Audiencia considera que las explicaciones ofrecidas por la víctima para justificar su retractación no son válidas ni tampoco admisibles para poner en entredicho la veracidad de lo que dijo en instrucción. Por ello, el tribunal *a quo* deduce que la variación de su testimonio únicamente encuentra justificación en la pretensión de la víctima de evitar las consecuencias negativas que tendría para el acusado el mantenimiento de su versión inicial.

(iv) La convicción de la Audiencia se ve consolidada por los elementos periféricos: la constatación objetiva de lesiones compatibles y congruentes con las manifestaciones iniciales de la víctima, el informe del médico forense tras la exploración de la víctima y la admisión del acusado de algunas lesiones.

Por todo ello, el Tribunal Supremo considera que existió prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia del recurrente, razón por la cual confirma íntegramente la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya.

El principio de legalidad impide aplicar un plazo de prescripción diferente al previsto para el delito cometido. No puede aplicarse la prescripción del delito de blanqueo doloso, relativo a la trama en la que se inserta, a un delito de blanqueo imprudente

Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2018, de 5 de marzo

El Tribunal Constitucional, en el marco de un recurso de amparo frente al auto del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2016, analiza la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a la libertad y a la legalidad penal, por inaplicación de la institución de la prescripción penal en un delito de blanqueo imprudente.

Los antecedentes de la sentencia del Tribunal Constitucional describen cómo la Audiencia Nacional declaró probado que, en el contexto de un entramado familiar organizado para blanquear los ingresos procedentes del tráfico de drogas, el recurrente participó en una concreta operación simulada de compra y posterior venta de una finca, en octubre de 2004, a una de las acusadas integrantes de la estructura diseñada para blanquear. Sobre la base del anterior relato fáctico, el tribunal condenó al recurrente como autor de un delito de blanqueo doloso. Dicha sentencia fue casada parcialmente por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que modificó la calificación jurídica y condenó al recurrente por un delito imprudente, al haber intervenido únicamente como testaferro en esa operación. Sin embargo, el Alto Tribunal rechazó la aplicación de la prescripción de tres años prevista en el artículo 131.1 del Código Penal anterior a la reforma de la LO 5/2010, ya que, según el criterio del propio Tribunal Supremo, el recurrente aislaba incorrectamente su conducta del año 2004 del complejo entramado configurado por los restantes acusados entre los años 2002 y 2010. La conexidad de los delitos, según el Tribunal Supremo, obstaba la apreciación de la prescripción interesada, ya que la pena que debía tenerse en cuenta no era la del delito de blanqueo imprudente por el que se condenó al recurrente, sino la del delito de blanqueo doloso relativo a la trama en la que se insertó su actuación.

Frente a ello, el Tribunal Constitucional sostiene que, efectivamente, la prescripción aplicable para el delito imprudente de blanqueo de capitales cometido es —según el Código Penal vigente en el momento de comisión de los hechos— la de tres años, prevista para delitos menos graves. De lo contrario, en palabras del Tribunal, «*se haría recaer y soportar sobre la persona sometida a un proceso penal los plazos de prescripción correspondientes a una infracción penal que no habría cometido*».

La sentencia concluye, así, que existe una clara diferenciación, en el relato fáctico y en la calificación jurídica, entre el delito de blanqueo doloso cometido por el resto de los acusados que formaban parte de la trama y el delito de blanqueo imprudente cometido por el recurrente, que era autónomo respecto del primero. Esta delimitación viene marcada por el propio relato de hechos probados de la sentencia de instancia —sobre la que el Tribunal Supremo sustenta la modificación de la calificación—. Por ello, el Tribunal Constitucional considera irracional que se sostenga la imprudencia del recurrente por su condición de testaferro y, al mismo tiempo, se parta de la participación en la estructura de blanqueo doloso para el cómputo de los términos de la prescripción.

Respecto al cómputo a efectos de la prescripción del delito más grave, acaba concluyendo el Tribunal Constitucional: «*La consideración como un solo delito a efectos de prescripción de tipos delictivos tan claramente diferenciados como los concurrentes en el caso excede el más directo significado gramatical de los preceptos legales aplicados (arts. 131.1 y 132.1 CP), que disponen la extinción del delito en tanto transcurra el término prescriptivo señalado en función de su gravedad y no por la gravedad de otro delito coetáneo cometido por otra persona que está subjetivamente desconectado*». Todo ello lleva finalmente al Tribunal a estimar la demanda de amparo, y a anular el auto del Tribunal Supremo.

Para valorar una posible injerencia al derecho de secreto de comunicaciones por un supuesto de intromisión al correo electrónico, se debe analizar si el usuario en cuestión había sido notificado de las normas de uso que autorizaban la intromisión y si posteriormente las había aceptado

Sentencia 26/2018 del Tribunal Constitucional del 5 de marzo de 2018

Se interpone ante el Tribunal Constitucional un recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva o *ius ut procedatur* (art. 24.1 CE) en conexión con los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (art. 18.1 y 3 CE) por un auto de la Audiencia Provincial de Madrid que confirmó el sobreseimiento provisional de las actuaciones seguidas ante el Juzgado de Instrucción.

Tales actuaciones derivan de una querella interpuesta por un miembro de un partido político contra otros dos miembros del consejo de dirección de ese partido, por un supuesto delito de descubrimiento y revelación de secretos tipificado en el artículo 197 CP. Lo anterior resulta de un conflicto con uno de sus afiliados, cuyos correos electrónicos fueron monitorizados por los querellados para obtener evidencias de su decisión de integrarse en otro partido. Fruto de esa monitorización, se elaboró un informe pericial que comprendía un mensaje remitido por el querellante (miembro del partido distinto de la persona a la que se estaba investigando), cuyo contenido fue difundido después por los querellados al consejo de dirección, al consejo político del partido, y a los medios de comunicación.

El Tribunal Constitucional desestima la petición de amparo, ya que entiende que la motivación del auto impugnado no es insatisfactoria desde la óptica del artículo 24.1 CE, sino que, sopesando las circunstancias en que se produjo la interferencia en los contenidos de la cuenta de correo electrónico, simplemente descarta de forma razonada que deba inmiscuirse en ello el Derecho penal.

Dos magistrados formulan voto particular y manifiestan que no es suficiente con valorar si la decisión judicial es razonada, sino que debe analizarse su coherencia y consistencia con el contenido del derecho fundamental cuya tutela penal se impetra. En este sentido, aprecian que no se ha tomado en consideración (i) si al usuario autorizado de la cuenta de correo se le habían notificado las normas de uso del correo electrónico; (ii) si se le notificó que al aceptar esas normas autorizaba a los gestores del partido político a acceder a su contenido sin su consentimiento. Concluyen que, en la medida en que dichas garantías mínimas de protección de la intimidad personal no han sido tomadas en consideración en la decisión judicial cuestionada, no pueden aceptar que la decisión de sobreseimiento provisional haya efectuado una valoración del derecho a la intimidad acorde con su contenido constitucional.

Las declaraciones realizadas en sede policial tienen naturaleza preprocesal y no sumarial: al no haberse prestado ante la autoridad judicial, carecen de valor probatorio de cargo, y no pueden fundar una sentencia condenatoria por sí solas. Sí pueden ser tenidas en cuenta cuando existen otros indicios o pruebas que corroboran los hechos reconocidos por el procesado en sede policial

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 27 de marzo de 2018

El Tribunal Supremo analiza, al resolver un recurso de casación, el valor de las declaraciones en sede policial y su relación con la presunción de inocencia.

En primer lugar, la parte recurrente alega que no existe prueba de cargo, practicada con todas las garantías procesales, suficiente para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia. El reproche que hace esta parte se fundamenta en que se condenó al acusado sobre la base de una primera declaración policial autoinculpatoria como principal prueba de cargo. Denuncia, además, que las declaraciones en el plenario, lejos de avalar la imputación, la contradicen.

Recuerda el Tribunal Supremo que en la casación no se practica prueba. La función de este recurso es determinar si la valoración de la prueba que se lleva a cabo en las resoluciones recurridas se acomoda a las exigencias constitucionales; en este caso, a la presunción de inocencia. En suma, si la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

En lo que concierne a la validez de las declaraciones en sede policial, recalca el Tribunal Supremo que es conveniente un adecuado tratamiento de su valor probatorio, desde la perspectiva de la presunción de inocencia y de los requisitos de validez, licitud, y suficiencia de la prueba de cargo. Son declaraciones que se integran en un atestado policial, de naturaleza preprocesal y por ello no sumarial. Es decir, son actuaciones dirigidas a la investigación sin posibilidad, *per se*, de servir de instrumento de acreditación de un hecho. Esta naturaleza jurídica extrasumarial sitúa la declaración policial fuera del alcance y de las previsiones del artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite tener en

cuenta, total o parcialmente, las declaraciones sumariales del acusado y las prestadas en el juicio oral en función de la valoración conjunta de la prueba disponible; pero siempre que se trate de declaraciones prestadas en el sumario ante el juez de instrucción, de forma inobjetable, e incorporadas al juicio oral en condiciones de contradicción. Cuando se trata de declaraciones policiales, estas no pueden ser incorporadas al plenario como prueba de cargo a través del artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues no han sido prestadas ante el juez, única autoridad con independencia institucional suficiente para preconstituir pruebas. Esto no quiere decir que no tengan ninguna relevancia demostrativa, sino que se le concede cierta funcionalidad indiciaria, de suerte que podría llevar a la conclusión de que lo relatado al agente policial se considerase verdad, siempre que otros medios de prueba lo corroborasen. Lo que no es posible es fundamentar una sentencia condenatoria, esto es, entender destruida la presunción de inocencia que constitucionalmente ampara a todo imputado, con el exclusivo apoyo de una declaración en la que aquel reconozca su participación en los hechos que se le atribuyen.

Por otra parte, el Tribunal Supremo cita la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 2013, según la cual «*a los efectos del derecho a la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo, no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revela imposible o difícil, sino, fundamentalmente, porque no se efectúan en presencia de la autoridad judicial*». Esta doctrina ha sido reiterada por el Pleno del Tribunal Constitucional en la Sentencia 165/2014, que recuerda que debemos diferenciar la validez de un medio de prueba, por ser adecuada a todas las garantías su obtención y producción, de su valor probatorio para enervar la presunción de inocencia.

En definitiva, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, puesto que, aunque manifiesta que la sentencia de instancia amplía en exceso la admisibilidad de manifestaciones en sede policial para fundar un pronunciamiento de condena, todas las demás pruebas corroboran que el condenado, efectivamente, realizó los hechos parcialmente reconocidos en sede policial, y son suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia.

PROPIEDAD INTELECTUAL*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Trasposición de las Directivas 2017/1564/UE y 2014/26/UE al ordenamiento jurídico español mediante la reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual

Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril, 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, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017 (BOE de 14 de abril de 2018)

El 14 de abril de 2018 entró en vigor el Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril («RD-ley») 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 («TRLPI»), con el objeto de trasponer la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior («Directiva 2014/26/UE»), y la Directiva 2017/1564/UE, sobre ciertos usos permitidos de

* Esta sección ha sido coordinada por Agustín González García, y elaborada por Rafael Sánchez Aristi, Nerea Sanjuan Rodríguez, Teresa García-Barrero y Rafael Fernández Jordano, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor a favor de personas ciegas, con discapacidad visual u otras dificultades para acceder a textos impresos («Directiva 2017/1564/UE»).

El texto se ha materializado en la forma de Real Decreto-ley en atención a que la Directiva 2014/26/UE debería haber sido traspuesta al ordenamiento interno antes del 10 de abril de 2016, y la prolongación de la demora en su trasposición implica un riesgo de multa al Reino de España en virtud de lo establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En cuanto a la transposición de la Directiva 2014/26/UE, esta se lleva a cabo a través del título IV del libro tercero del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, sobre «gestión colectiva de los derechos reconocidos en la Ley», que pasa a estar dividido en siete capítulos. El capítulo I regula los requisitos exigidos para gestionar colectivamente derechos de propiedad intelectual, introduciendo dos nuevos tipos de entes legitimados para proceder a la gestión colectiva de estos derechos en nuestro territorio, ámbito que con anterioridad a la aprobación de esta norma quedaba reservado a las entidades de gestión con establecimiento en España. Esos dos nuevos tipos de entes son las entidades de gestión colectiva de otros Estados miembros de la Unión Europea y de terceros países, y los denominados operadores de gestión independientes, que, si bien ya operaban *de facto* en España, carecían de regulación expresa hasta la fecha.

En particular, los operadores de gestión independientes —a diferencia de las entidades de gestión nacionales o extranjeras— deben contar con ánimo de lucro y sus propietarios no pueden ser los titulares de los derechos que gestionan. Por otra parte, conforme a la nueva regulación, estos operadores no podrán gestionar aquellos derechos de propiedad intelectual cuya gestión colectiva sea obligatoria de acuerdo con la legislación nacional, quedando esa gestión reservada a las entidades de gestión colectiva.

El capítulo II regula la situación jurídica del titular de derechos de propiedad intelectual en su relación con las entidades de gestión, así como el contrato de gestión, instrumento jurídico que articula dicha relación. Por su parte, en el capítulo III —relativo a la regulación de ciertos aspectos orgánicos y de funcionamiento interno de las entidades de gestión— destaca la introducción de un órgano de control interno que tiene encomendado el control de los repartos de los derechos recaudados, la tramitación de los expedientes disciplinarios, las quejas y las reclamaciones, y la ejecución del presupuesto.

El capítulo IV regula las autorizaciones no exclusivas para el uso del repertorio de las entidades de gestión y sus tarifas generales. Asimismo, contempla un régimen jurídico específico para las licencias multiterritoriales, que se regulan por primera vez en el ordenamiento jurídico español. La principal novedad introducida en el capítulo V —que regula la gestión de los derechos recaudados, la que abarca la recaudación, reparto y pago de los importes generados por la concesión de licencias a los usuarios de derechos de propiedad intelectual— es la inclusión de un plazo máximo de nueve meses para repartir y pagar a los titulares los derechos recaudados en el año anterior y la obligación de que las entidades de gestión lleven una contabilidad analítica que les permita adecuar el importe de sus descuentos de gestión a los costes reales en los que haya incurrido. A continuación, en el capítulo VI se recogen las obligaciones de información, transparencia y contabilidad a las que están sujetas las entidades de gestión, entre las que se incluye la obligación de elaborar un informe anual de transparencia.

Finalmente, el capítulo VII regula el régimen sancionador con algunas modificaciones destinadas a (i) aclarar el reparto competencial de la potestad sancionadora; (ii) especificar los plazos máximos para resolver los procedimientos administrativos sancionadores por la comisión de infracciones muy graves y graves; (iii) regular el mecanismo de intercambio de información entre autoridades europeas respecto de las infracciones cometidas por entidades de gestión que tengan establecimiento en otro Estado miembro de la Unión Europea, pero que presten servicios en España; e (iv) introducir un nuevo tipo infractor muy grave, que sanciona la prestación de servicios de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual sin haber obtenido la autorización del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte cuando esta sea necesaria, así como varios tipos infractores graves por el incumplimiento de las nuevas obligaciones respecto de las entidades de gestión y los operadores de gestión independientes.

El RD-ley también introduce novedades en cuanto a la regulación de los plazos previstos en el TRLPI. Así, se modifica el plazo previsto en el artículo 20.4 TRLPI respecto de la reclamación de derechos por retransmisión por cable para igualarlo con el plazo general de cinco años previsto en el artículo 177 para la reclamación de derechos de propiedad intelectual y se introduce en el artículo 25.8 el plazo de un año para ejercer la acción de reembolso de la compensación equitativa por copia privada.

Por otra parte, como consecuencia de la trasposición de la Directiva 2017/1564/UE, se modifica el artículo 31 bis del TRLPI, al que se divide para crear un nuevo artículo 31 ter. Este nuevo artículo mantiene el existente límite de accesibilidad a las prestaciones protegidas para personas con cualquier tipo de discapacidad, y añade un mayor desarrollo relativo al acceso a dichas prestaciones por parte de personas ciegas, con discapacidad visual u otras dificultades para acceder a textos impresos. En particular, en relación con este tipo de discapacidad se prevé que no necesitan autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual los actos de reproducción, distribución y comunicación pública de textos impresos ya divulgados, adaptados a un formato accesible, y que sean realizados por entidades autorizadas en beneficio de personas con dicha discapacidad o de entidades autorizadas de otros Estados miembros, siempre que carezcan de finalidad lucrativa, guarden una relación directa con la discapacidad de que se trate, se lleven a cabo mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad y se limiten a lo que esta exige. Además, esos actos de explotación no deben entrar en conflicto con la explotación normal de la obra y no deben perjudicar en exceso los intereses legítimos del titular de los derechos de propiedad intelectual correspondientes.

Finalmente, las disposiciones adicionales del RD-ley (i) regulan el régimen jurídico aplicable a las situaciones jurídicas existentes al momento de su entrada en vigor; (ii) modifican el contrato de duración determinada celebrado por el Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música con arreglo a lo previsto en el artículo 5 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos (véase la disposición adicional quinta del RD-Ley), y (iii) aclaran el régimen aplicable a las importaciones de bienes muebles, modificando la redacción referente a las prórrogas que pueden solicitarse respecto de los bienes importados previstos en el artículo 32 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (véase la disposición adicional primera del RD-Ley).

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

El Tribunal Constitucional rechaza el recurso de inconstitucionalidad presentado por un grupo parlamentario contra la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual llevada a cabo en 2014

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 22 de febrero de 2018

El Tribunal Constitucional («TC») analiza el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo Parlamentario Socialista frente a las disposiciones de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril («TRLPI»), la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 («Ley 21/2014»), relativas a la regulación del sistema de compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado («PGE») y a la regulación de una ventanilla única por parte de las entidades de gestión para la gestión económica de dicha compensación equitativa.

En cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada con cargo a los PGE, el recurso persigue la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos de la Ley 21/2014 que lo regulan por considerar que incurren, por una parte, en vulneración del artículo 33 de la Constitución española («CE»), que reconoce el derecho a la propiedad y, más concretamente, el derecho a la propiedad intelectual, y, por otra parte, porque comportan una infracción del artículo 31 CE, relativo a la igualdad tributaria y el principio de capacidad económica.

Por su parte, el Tribunal aprecia una pérdida sobrevenida de objeto de recurso, ya que todos los preceptos impugnados han quedado afectados, bien por haber sido reformados, bien por haber sido derogados por el Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio que modifica el TRLPI en lo que atañe a esta materia («RD-ley 12/2017»). En concreto, el sistema de compensación con cargo a los PGE fue considerado, por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE»), de 9 de junio de 2016 (asunto C-470/14), contrario a derecho comunitario y, en particular, al artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, lo cual ha determinado su inaplicabilidad y, por ello, que la norma legal de referencia carezca de ultraactividad. Como consecuencia de ello, el RD-ley 12/2017, aunque no incluye una cláusula derogatoria expresa, sustituye en su totalidad el régimen de compensación equitativa anterior por un modelo basado en el pago de un importe a satisfacer por los fabricantes y distribuidores de equipos, aparatos y soportes de reproducción similar al que existía con anterioridad al sistema basado en los PGE, lo cual debe considerarse que tiene efectos derogatorios.

En lo que se refiere a los preceptos que regulan el régimen de ventanilla única para la centralización de las operaciones de facturación y pago, se exige que sean declarados inconstitucionales y nulos por vulnerar el derecho de asociación reconocido en el artículo 22 CE. Por una parte, la denuncia se localiza en el deber impuesto a las entidades de gestión de tener que crear y mantener una persona jurídico-privada, independiente de aquellas y sobre la que ninguna ejerza control alguno sobre sus decisiones, para facturar y gestionar el pago de los derechos, por lo que entienden vulnerado uno de los contenidos esenciales del derecho de asociación, como es el del derecho a no asociarse. Por otra parte, los recurrentes alegan vulneración del principio de proporcionalidad porque consideran que, para la consecución del fin expresado por la norma impugnada: la reducción de la medida adoptada de creación de una ventanilla única gestionada por una persona jurídico-privada independiente no es proporcionada para la conexión del fin expreso por costes en las transacciones entre titulares y usuarios de los derechos de propiedad intelectual.

Estos argumentos son rechazados por el Tribunal, que precisa que la mera obligación legal de instrumentar la gestión de las operaciones económicas a través del mecanismo o investidura formal de una persona jurídica privada en modo alguno supone una vulneración del derecho de asociación. Ello responde a que el ente jurídico-privado no necesariamente debe asumir una configuración formal de índole estrictamente asociativa, sino que podría instrumentarse a través de cualquier modalidad de persona jurídico-privada reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, ya que lo único que la disposición analizada exige es que exista un ente con personalidad jurídica propia e independiente, esto es, un centro de imputación formal diferenciado, a efectos de instrumentar las operaciones de cobro y pago de los derechos, sin requerir mayor precisión. Por tanto, el TC desestima el recurso de inconstitucionalidad en relación con estos extremos.

Se declara parcialmente contraria a derecho una de las disposiciones de la normativa que desarrolla reglamentariamente la composición, organización y ejercicios de funciones de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de abril de 2018

El TS ha resuelto el procedimiento contencioso-administrativo iniciado por la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual Artistas Intérpretes y Ejecutantes de España («AIE») contra el Real Decreto 1023/2015, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la composición, organización y ejercicios de funciones de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual, encargada de las funciones de mediación, arbitraje y determinación y control de tarifas de las entidades de gestión de derechos de autor («Reglamento SPCPI»), estimando parcialmente el recurso presentado por dicha entidad de gestión.

En su decisión, el TS declara que el artículo 13.4 de dicho reglamento es contrario a derecho, en particular, en lo que se refiere a la utilización de las expresiones «*dos meses*» y «*motivada*» incluidas en él y relacionadas, respectivamente, con el plazo para oponerse a la propuesta de resolución que formule la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual («SPCPI») de acuerdo con el artículo 13.3 de dicho Reglamento SCPI y con respecto al carácter de tal oposición.

El Alto Tribunal considera que el plazo de oposición a la propuesta de resolución no puede ser de dos meses, sino que debe ser de tres meses, tal y como ya dispone la norma desarrollada por

este artículo 13.4 (el art. 158 bis de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). En cambio, la justificación para eliminar el requisito de la motivación de la oposición se vincula a que el TS considera que no es necesario acreditar ante la CPI los motivos de oposición, que habrán sido ya objeto de exposición a lo largo del procedimiento desarrollado, lo que llevaría a concluir que una mera declaración de oposición será suficiente.

Con respecto al resto de disposiciones recurridas, en particular, la letra e) del apartado 3 del artículo 11, la letra b) del apartado 7 de ese mismo artículo 11, la expresión «*aceptados expresamente por las partes, previa propuesta de la Sección Primera*», del artículo 13.7, los artículos 22, 24 y 28 con el alcance descrito en la demanda, los apartados 1, 2 y 3 del artículo 26, el artículo 29.3 y el artículo 30, el Alto Tribunal considera que todas ellas son conformes a derecho.

Declarada la nulidad de la Orden Ministerial que desarrolla la normativa reguladora de la metodología para la determinación de las tarifas generales de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de marzo de 2018

El TS ha estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas contra la Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual («Orden de Metodología» u «Orden»), declarando su nulidad en su totalidad, y ello por defectos en su tramitación.

En su decisión, el Alto Tribunal considera que en la tramitación de la Orden, y en particular en la memoria de análisis de impacto normativo, no se analizó el impacto de la norma en la familia, tal y como exige la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, ya que esta norma puede tener un importante impacto en dicha institución. El Consejo de Estado ya había advertido en su informe sobre la Orden que no se había analizado dicho impacto.

Se puede demandar a los operadores de Internet para que bloqueen una web sin necesidad de demandar al infractor de los derechos de propiedad intelectual

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 2018

La sentencia resuelve, en segunda instancia, la demanda interpuesta por la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales («AGEDI»), la sociedad que gestiona de forma colectiva los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas, en ejercicio de una acción de cesación de la actividad infractora de derechos de propiedad intelectual al amparo del artículo 138 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual («TRLPI»), párrafo final, según su redacción tras la reforma operada en el año 2006 (por la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios), contra las compañías que prestan servicios de telecomunicaciones y comunicaciones electrónicas al supuesto infractor directo de tales derechos (es decir, frente al titular de una página web desde la que presuntamente se lleva a cabo la actividad ilícita).

La sentencia confirma el fallo dictado en primera instancia (excepto en lo relativo a las costas), por el que se condena a esos prestadores de servicios de acceso a Internet demandados a que adopten las medidas necesarias para impedir de manera real y efectiva el acceso desde el territorio español a aquellas páginas webs cuyo contenido sea vulnerador de derechos de propiedad intelectual ajenos.

El artículo 138 TRLPI, párrafo final, solo prevé la extensión de la adopción de las medidas de cesación y medidas cautelares previstas en los artículos 139.1.h) y 141.6 TRLPI a aquellos intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción. No obstante, la Audiencia Provincial precisa que, si bien 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,

solo hace referencia a la posibilidad de imponer la adopción de medidas cautelares a los intermediarios prestadores de servicios de Internet, la redacción del artículo 139.1.h) TRLPI en relación con el artículo 138 del mismo texto legal habilita al demandante —bajo el sistema legal español— a solicitar como pretensión principal la suspensión definitiva de los servicios de la sociedad de la información afectos a esa infracción. Los intermediarios pasan así a estar legitimados pasivamente en los procedimientos civiles que puedan iniciarse en esta materia, convirtiéndose en parte del procedimiento declarativo. Y es que, en el caso analizado, el titular de la página web supuestamente infractora no fue sujeto de la demanda y tampoco se había emitido de forma previa a este procedimiento un pronunciamiento civil en el que se declarase la infracción por parte del titular de dicha página web previa a este procedimiento contra dichos intermediarios.

En cuanto a la infracción de derechos de propiedad intelectual por parte del titular de la página web, presupuesto *a priori* ineludible para el ejercicio de las acciones contempladas en los artículos 138 y 139 TRLPI, la Audiencia entiende que cabe apreciar la referida infracción por parte del titular de la página web en atención a la prueba practicada en autos y, en especial, al dictamen pericial aportado por la demandante, que permite concluir que la página web facilita el acceso a contenidos y habilita un sistema de intercambio de archivos que infringe derechos de propiedad intelectual. Por tanto, concluye el Tribunal que, acreditada la infracción y ello sin necesidad de demandar directamente al infractor, el TRLPI permite el ejercicio de acciones directamente frente a los intermediarios, pudiendo imponerles un deber de cooperar en el cese de un comportamiento infractor sin necesidad de imputarles complicidad alguna y sin que quepa apreciar un litisconsorcio pasivo necesario consistente en traer al procedimiento al infractor. Asimismo, el hecho de que en la demanda no se concreten las medidas a adoptar no solo no vulnera el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») en esta materia, sino que se adecúa a él, ya que deja en manos de los intermediarios la decisión de establecer los medios de cese que puedan ser más eficaces y a su vez menos invasivos desde un punto de vista técnico.

La cesión de derechos de propiedad intelectual respecto de las fotografías realizadas en el marco de una relación laboral entre un fotógrafo y la editorial de un periódico alcanza a la facultad por parte del empleador de distribuir, a través de la venta, tales fotografías a terceros

Sentencia 518/2017 de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 de noviembre de 2017

La Audiencia Provincial de Barcelona desestima el recurso de apelación interpuesto por un fotógrafo frente a la desestimación de la demanda presentada en primera instancia por él y en la que denunciaba la vulneración por parte de la editorial del periódico para el que trabajaba como personal laboral del derecho de distribución que, según su interpretación, le corresponde sobre las fotografías realizadas en el marco de esa relación laboral, al haber vendido la editorial a terceros un número indeterminado de dichas fotografías.

El artículo 51.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril («LPI»), establece que, salvo pacto en contrario, se presumirá que los derechos de explotación de un empleado sobre las obras que haya creado en virtud de su relación laboral con su empleador han sido cedidos en exclusiva a este, y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual de este último, en el momento de la entrega de la obra.

En este caso concreto, el órgano de apelación entiende que el derecho de distribución sobre las fotografías realizadas en el marco de su relación laboral por el fotógrafo para su empleador, regulado en el artículo 19 de la TRLPI, es uno más de los derechos que se deben entender cedidos en exclusiva al empleador en el marco del artículo 51.2 TRLPI, puesto que la distribución a través de la venta de esas fotografías en los términos en los que la estaba llevando a cabo la editorial se enmarca en lo que constituye el «*ejercicio de la actividad habitual*» del empresario en el momento de entrega de la obra. Es decir, como también apunta el artículo 51.3, esa venta no se puede entender que se realiza «*en un sentido o con un fin diferente del que deriva de ese ejercicio habitual*». Estas conclusiones se extienden también al derecho de reproducción regulado en el artículo 18 de la LPI.

En este contexto, el tribunal aclara que, de acuerdo con el artículo 48 TRLPI, la cesión regulada en el artículo 51.2, como cualquier otra cesión exclusiva, faculta al cesionario a otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros, como es —en este caso— la venta de ejemplares de las

fotografías para su empleo posterior, ya sea a empresas de su mismo grupo empresarial o a terceros ajenos a él, y ello sin perjuicio de la obligación del cesionario de retribuir al cedente por dicha venta en los términos que hayan pactado con este último.

PROTECCIÓN DE DATOS, COMUNICACIÓN Y TECNOLOGÍA*

1 · LEGISLACIÓN

[Portugal]

Proteção de dados pessoais – Orientações técnicas para a Administração Pública

Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2018 (DR 62, Série I, de 28 de março de 2018)

A Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2018, publicada a 28 de março (a «Resolução»), vem estabelecer um conjunto de requisitos técnicos mínimos que os sistemas e as redes de informação dos serviços da Administração Pública devem aplicar para assegurar a proteção da informação de caráter pessoal e, deste modo, cumprir com o Regulamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (o «Regulamento Geral de Proteção de Dados»), que será aplicável a partir do próximo dia 25 de maio de 2018. Apesar destes requisitos apenas serem vinculativos para a administração direta e indireta do Estado, bem como ao setor empresarial do Estado, a verdade é que os mesmos se podem constituir como ferramentas úteis para as organizações do setor privado avaliarem as medidas de segurança técnicas que aplicam nos seus próprios sistemas e verificarem se as mesmas cumprem, do ponto de vista tecnológico, com as novas regras e procedimentos constantes do Regulamento Geral de Proteção de Dados.

A Resolução entrou em vigor no dia 29 de março e estabelece um período transitório de 18 meses após essa data para a implementação das medidas técnicas ali descritas.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

El Tribunal Supremo acuerda plantear una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 19.4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, por su posible contradicción con el derecho de propiedad y la libertad de empresa (con un voto particular)

Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de abril de 2018

El Tribunal Supremo («TS») acuerda, mediante auto dictado el 23 de abril de 2018, plantear una cuestión de inconstitucionalidad durante la tramitación del recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional («AN») de 28 de enero de 2015, que resolvió el recurso contencioso-administrativo planteado contra el Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 29 de noviembre de 2012 (el «Acuerdo»), por el que se fijaba la compensación económica a la que se refiere el artículo 19.4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual («LGCA»).

---

* Esta sección ha sido coordinada por Pablo González-Espejo y Leticia López-Lapuente, y elaborada por Nerea Sanjuan Rodríguez, Santiago de Ampuero Castellanos, Laia Reyes Rico, Daniel García Juárez, Pablo Hernández Collado, Alexandre Pedral Sampaio, Inês Caria Pinto Basto, Manuel Barbosa Moura y Marta Bonvalot del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

El artículo 19.4 LGCA, al amparo del derecho fundamental a la información del artículo 20 de la Constitución española («CE»), recoge el derecho de las empresas de radio a acceder libremente a los estadios y recintos para retransmitir en directo los acontecimientos deportivos a cambio de una compensación económica equivalente a los gastos generados por el ejercicio de tal derecho.

En este caso, la recurrente —la Liga de Fútbol Profesional («LFP»)— considera que este artículo vulnera el derecho de propiedad y la libertad de empresa, regulados también en la CE, en sus artículos 33 y 38, respectivamente, por cuanto suprime el contenido patrimonial de los derechos de retransmisión radiofónica de los que son titulares los organizadores de acontecimientos deportivos, privándoles de los beneficios que podrían obtener por la explotación de tales derechos, sin recibir indemnización alguna.

Si bien la AN estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la LFP, elevando la cuantía de la compensación económica prevista en el artículo 19.4 LGCA, desestimó las pretensiones relativas a que se elevase cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, subsidiariamente, cuestión de inconstitucionalidad del mencionado artículo, por la supuesta contradicción de este con el Derecho de la Unión Europea y con los artículos 33 y 38 de la CE. Por su parte, el TS acoge este planteamiento y eleva una cuestión de inconstitucionalidad por la posible contradicción del artículo 19.4 LGCA con los mencionados derechos constitucionales. Asimismo, el Alto Tribunal se cuestiona si el precepto en cuestión supera el juicio de proporcionalidad, y entiende que podrían adoptarse medidas que compatibilizasen el derecho a la información con la explotación de los derechos de retransmisión que poseen sus titulares. En voto particular disidente, uno de los magistrados considera que no procede el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por las siguientes razones: (i) de carácter estrictamente formal, debido a que la constitucionalidad del artículo 19.4 LGCA ha sido ya declarada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 5 de abril de 2006; y (ii) de carácter material, porque considera que el artículo 19.4 LGCA se encuentra plenamente amparado por el derecho fundamental a comunicar y recibir información, consagrado en el artículo 20.1.d) CE.

El Tribunal Supremo anula el apartado 3 del artículo 6 del Real Decreto 988/2015, que regula el régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas, por haberse incurrido en un exceso reglamentario

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de octubre de 2017

El Tribunal Supremo («TS») estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un prestador de servicios de comunicación audiovisual por el que solicita la nulidad de determinadas disposiciones del Real Decreto 988/2015, que regula el régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas («RD 988/2015»). En concreto, se pretendía que se declarase la nulidad de los apartados 1 b), 1 d) y 3 del artículo 6 del RD 988/2015, por el que se determina qué ingresos han de considerarse imputables a los efectos de que los prestadores de un servicio de comunicación audiovisual de canales de televisión cumplan con la obligación de financiación, y ello por entender que en su redacción el Gobierno habría incurrido en un exceso reglamentario con respecto a lo que debe ser el desarrollo del mandato contenido en el artículo 5.3 de la LGCA, que limita los ingresos computables a aquellos «*correspondientes a los canales*», entre los que se deben incluir los que figuren en la cuenta de explotación de la sociedad sujeta a la obligación.

Con respecto a los dos primeros apartados —1 b) y 1 d)—, la Sala sostiene que no procede su nulidad. El TS considera que el Gobierno no ha infringido el mandato contenido en el artículo 5.3 de la LGCA, entre otros motivos y fundamentalmente, por el hecho de no haberse limitado a considerar como ingresos computables los ingresos obtenidos por cuotas, los ingresos derivados de la publicidad o los generados por la explotación de los propios canales, como solicita la recurrente, pues estos ingresos no abarcan todos los ingresos obtenidos por el prestador del servicio de comunicación audiovisual derivados del desarrollo de su propia actividad.

Por el contrario, en relación con el apartado 3 del artículo 6, la Sala señala que el Gobierno sí ha incurrido en *ultra vires*, al haberse considerado como ingresos computables, a los efectos de determinar la base de la obligación de financiación, los ingresos procedentes de la comercialización de productos accesorios derivados directamente de los programas emitidos a través de los canales que comercializa el prestador de servicios. En este sentido, el TS sostiene que se

trata de ingresos que se obtienen por el desarrollo de una actividad económica claramente diferenciable de la que realiza el prestador del servicio de comunicación audiovisual, siendo, por tanto, ajena a la explotación de los canales y de sus contenidos audiovisuales, es decir, son ingresos provenientes de actividades no relacionadas con la actividad audiovisual del prestador. En consecuencia, el TS estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo y declara la nulidad del apartado 3 del artículo 6 del RD 988/2015.

El Tribunal Supremo analiza el ámbito de aplicación de la Ley 13/2011 de regulación del juego en lo relativo a actividades de juego online transfronterizas

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de enero de 2018

El Tribunal Supremo («TS») desestima el recurso de casación interpuesto por una empresa organizadora de juego *online* frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional («AN»), que había desestimado el recurso contra la resolución del Secretario de Estado de Hacienda, por la que se impuso una sanción por un importe de 100.000 euros a dicha empresa derivada de la comisión de una infracción tipificada como muy grave en el artículo 39 a) de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego («Ley 13/2011»).

En concreto, se sancionó a la entidad por la «*organización, celebración o explotación de las actividades incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley careciendo del título habilitante correspondiente*». El recurrente alega que la resolución es contraria a lo previsto en el artículo 2.1 d) de la Ley 13/2011, que prevé que el ámbito de aplicación de la ley se extiende a actividades de juego realizadas por entidades radicadas fuera de España que organicen u ofrezcan actividades de juegos a residentes en España conectados a través de una dirección IP asignada a la red de internet española. El recurrente afirma que, para que se entienda que su actividad de «organizar u ofrecer» esos servicios se realiza en España, tendría que llevar a cabo una búsqueda activa para atraer, captar y fidelizar una clientela en el mercado español.

El TS entiende (y formula doctrina jurisprudencial al efecto) que lo que resulta determinante para sostener que la empresa organizadora de juegos *online* no establecida en España está sometida a la normativa española reguladora de la materia es que, a través del acceso a la página web de la sociedad oferente, residentes en España puedan participar en los juegos organizados por ella, desde una dirección IP geolocalizada en España. Añade que los términos *organizar* u *ofrecer* deben interpretarse en el sentido de que «*sólo se requiere que el operador ponga a disposición de los usuarios la información y los medios necesarios para poder participar en juegos de dicha índole a través de dispositivos o canales electrónicos, informáticos o telemáticos geolocalizados en España, sin que, por tanto, sea exigible además que se realice una conducta particularmente activa de promoción, ofrecimiento o difusión singularizada de los servicios*».

La Audiencia Nacional desestima el recurso de apelación interpuesto por un club de fútbol y confirma la resolución dictada por el juez de competición que declaró la existencia de alineación indebida en un jugador del club

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de noviembre de 2017

La Audienca Naciona («AN») desestima el recurso de apelación interpuesto por un club de fútbol frente a la sentencia de 4 de mayo de 2017 dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo (reseñada en el n.º 46 de la revista *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*) que confirmó la resolución dictada por el juez de competición de 4 de diciembre de 2015, que declaró la existencia de alineación indebida de un jugador del club.

El club funda su recurso de apelación en los mismos motivos aducidos ante el Juzgado Central, a saber: (i) que la sanción carece de eficacia al no haber sido notificada personalmente al jugador, lo que, a su juicio, impide entender que el club hubiera alineado a un jugador sancionado; (ii) que la sanción proviene de la temporada anterior y quedó anulada por aplicación del artículo 112 del Código Disciplinario de la Real Federación Española de Fútbol («RFEF»); y (iii) que la sanción había prescrito. La AN rechaza todos los motivos por las razones descritas a continuación.

En primer lugar, la AN señala que, aun suponiendo que la sanción no hubiese sido notificada personalmente al jugador (*quod non*), esto solo supondría la falta de eficacia de la resolución sancionadora frente a este, pero no determinaría la inexistencia de infracción para el club por alineación indebida de un jugador, pues se trata de infracciones distintas. La AN sostiene que el

club no puede argumentar la falta de notificación de una resolución sancionadora al jugador para incumplir una regla de competición, ya que los clubes tienen la obligación de no alinear jugadores suspendidos por sanciones. Asimismo, la AN entiende que el club pudo conocer la existencia de la sanción, ya que estas se publican en la web de la RFEF y en un Registro Especial, además de que la RFEF remite a los distintos clubes un fax al inicio de la temporada siguiente que va acompañado de una relación de jugadores y técnicos sancionados.

En segundo lugar, se indica que no puede afirmarse que el jugador hubiese agotado el ciclo de amonestaciones, porque no cabe confundir la anulación de la primera o segunda amonestación, de cara a iniciar un nuevo ciclo de tres, con la sanción en sí impuesta por haber incurrido ya en la tercera amonestación. Por ello, al haber agotado el jugador el ciclo de tres amonestaciones de la temporada anterior, se le sancionó con un partido de suspensión que tenía pendiente de cumplir.

Por último, la AN niega que la sanción hubiera prescrito, ya que, si queda una sanción pendiente cuando una competición concluye o cuando un equipo es eliminado de ella, debe cumplirse en la temporada siguiente.

OTROS

[Unión Europea]

Creación del Comité Europeo de Protección de Datos

European Data Protection Board (EDPB) first plenary meeting

De conformidad con el artículo 68 del Reglamento General de Protección de Datos (UE) 2016/679 («RGPD»), se crea el Comité Europeo de Protección de Datos (el «Comité»), que sustituye al Grupo de Trabajo del Artículo 29. De este modo, el pasado 25 de mayo, fecha en la que el RGPD se comenzó a aplicar, se produjo la primera reunión plenaria del Comité, que reúne al Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) y a las autoridades supervisoras de los Estados miembros (incluida la Agencia Española de Protección de Datos), con el objetivo de garantizar una aplicación coherente y uniforme del RGPD, así como la protección de las personas en la Unión. Asimismo, el Comité supervisará la correcta implementación de la Directiva 2016/680 de protección de datos para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales.

Resoluciones aprobadas por el Comité Europeo de Protección de Datos en su reunión de constitución

Durante primera sesión plenaria, el pasado 25 de mayo, el Comité aprobó diversas resoluciones:

— Declaración sobre ePrivacy (Statement on ePrivacy)

El Comité aprobó una declaración sobre la modificación de la Directiva de ePrivacy (2002/58/CE, enmendada por 2009/136/CE) y su impacto en la protección de las personas, en relación con la privacidad y confidencialidad en sus comunicaciones. La declaración incluye una llamada a una rápida aprobación y adopción del nuevo Reglamento de ePrivacy, que sustituirá a la antigua Directiva tan pronto como sea posible, tras la entrada en vigor del RGPD. Asimismo, establece algunas propuestas y clarificaciones con respecto a ciertos dilemas surgidos a raíz de las enmiendas llevadas a cabo por los colegisladores, y destaca que la confidencialidad en las comunicaciones electrónicas requiere de protección específica más allá de la que otorga el RGPD, que la Directiva de ePrivacy se encuentra todavía en vigor, que el nuevo Reglamento de ePrivacy persigue su aplicación en todos los Estados miembros y que este debe hacer cumplir el requisito de consentimiento para las *cookies* y tecnologías similares.

— Borrador de guía sobre certificaciones (Draft version of the Guidelines on certification)

El Comité preparó un borrador de guía sobre certificaciones en materia de protección de datos, de conformidad con los artículos 42 y 43 del RGPD. Se ha abierto una consulta pública sobre este borrador durante un plazo de seis semanas.

— **Versión final de guía respecto a las excepciones aplicables a las transferencias internacionales de datos personales del artículo 49 RGPD** (Final version of the Guidelines on derogations applicable to international transfers of personal data)

El Comité aprobó la guía respecto a las excepciones aplicables a las transferencias internacionales de datos personales contenidas en el artículo 49 del nuevo RGPD.

Esta guía establece una interpretación específica de cada una de las disposiciones contenidas en el artículo 49, y plantea un análisis detallado y algunos ejemplos de las causas que habilitan las transferencias de datos fuera de la Unión Europea y que se recogen en este artículo:

— Que el consentimiento de la transferencia de datos sea explícito, específico para cada transferencia o grupo de transferencias e «informado» (particularmente, se debe informar sobre los posibles riesgos de la transferencia).

— Que nos encontremos ante contratos en los que exista una relación estrecha y sustancial entre la transmisión de datos y sus fines, y siempre que la transferencia sea ocasional.

— Cuando de la legislación de la UE o del Estado miembro al que esté sujeto el responsable del tratamiento pueda deducirse que las transferencias de datos están permitidas para fines importantes de interés público, incluyendo el espíritu de reciprocidad para la cooperación internacional.

— Cuando la transferencia sea necesaria para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones, siempre y cuando exista una necesidad sustancial y la transferencia sea ocasional.

— Cuando las transferencias se produzcan en casos de emergencias médicas, y siempre que dicha transferencia se considere necesaria para proporcionar el tratamiento médico requerido.

— Cuando las transferencias se realicen a través de un registro público que tenga por objeto facilitar información al público y esté abierto a la consulta del público en general o cualquier persona que pueda demostrar interés legítimo, en la medida en que se cumplan, en cada caso particular, las condiciones que establece el Derecho de la Unión o de los Estados miembros para la consulta.

SALUD Y ALIMENTACIÓN*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Productos cosméticos

Real Decreto 85/2018, de 23 de febrero, por el que se regulan los productos cosméticos (BOE de 27 de febrero de 2018)

El Reglamento (CE) núm. 1223/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre del 2009, sobre los productos cosméticos (el «*Reglamento*») es de aplicación directa en los Estados miembros de la Unión Europea desde el 11 de julio de 2013. Sin embargo, este Reglamento remitía una serie de cuestiones a los Estados miembros para su desarrollo a nivel nacional. Con este propósito se ha aprobado el Real Decreto 85/2018, de 23 de febrero, por el que se regulan los productos cosméticos («*RD 85/2018*»), que deroga a su vez el Real Decreto 1599/1997, de 17 de octubre (excepto lo relativo a los productos de cuidado personal, hasta que se produzca su regulación específica).

* Esta sección ha sido coordinada por Teresa Paz-Ares, y ha sido redactada por Santiago Puente, Alejandro Abad y Leticia Manzano, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez.

El RD 85/2018 desarrolla, principalmente, las siguientes cuestiones:

— Autoridades competentes en materia de productos cosméticos

Las autoridades competentes para cumplir las obligaciones de control establecidas por la Unión Europea en materia de productos cosméticos en España son las siguientes:

(i) la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios («*AEMPS*»), para determinar si un producto es considerado cosmético, de acuerdo con la definición establecida en el Reglamento;

(ii) la Inspección Farmacéutica de las Áreas de Sanidad y Política Social de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno en las comunidades autónomas y en Ceuta y Melilla, para realizar las inspecciones de fabricación e importación correspondientes;

(iii) las autoridades sanitarias de las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias, para llevar a cabo inspecciones y controles con el fin de asegurar el cumplimiento de la normativa vigente; y

(iv) las autoridades sanitarias de la Administración local, en el ámbito de sus competencias.

— Idioma y etiquetado:

El RD 85/2018 establece que, en aquellos productos cosméticos que se pongan a disposición del usuario final en España, deberá figurar en español cierta información del etiquetado (contenido nominal en el momento del acondicionamiento, fecha de duración mínima, precauciones particulares de empleo y función del producto cosmético), así como la información contenida en el expediente de información sobre el producto cosmético que se custodie en territorio español. Podrá aceptarse documentación científica en francés o inglés, sin perjuicio de su traducción al español en caso de que haya dudas para su evaluación.

Los productos sin envase previo o que se envasen en el lugar de la venta deberán contar con la información establecida en el Reglamento, que deberá adherirse con una etiqueta o prospecto al envase en el momento de su entrega al consumidor, ajustándose también a los requisitos de idioma previstos en el RD 85/2018.

— Comunicación y transmisión de riesgos y efectos graves no deseados:

El RD 85/2018 regula también el sistema español de cosmetovigilancia, esto es, la actividad destinada a la recogida, evaluación y seguimiento de la información sobre los efectos no deseados observados como consecuencia del uso normal o razonablemente previsible de los productos cosméticos.

Así, cuando un producto comercializado en España presente un riesgo para la salud humana, la persona física o jurídica designada como responsable (generalmente, el importador o el fabricante) o el distribuidor informará detallada e inmediatamente a la AEMPS, quien, a su vez, comunicará estos riesgos a la Comisión Europea y a los demás Estados miembros a través de la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN), que utilizará el sistema europeo de intercambio rápido de información (RAPEX).

En el supuesto de que se detecten efectos graves no deseados, tanto la persona responsable y los distribuidores como los profesionales sanitarios que tengan conocimiento de ellos deberán informar también inmediatamente a la AEMPS y a las autoridades autonómicas competentes, respectivamente, y lo mismo podrán hacer los usuarios finales. Todo ello sin perjuicio de los controles e inspecciones de los productos cosméticos autorizados y de las actividades de los operadores económicos que llevarán a cabo las autoridades competentes antes mencionadas.

— Fabricación e importación:

Tal y como establece el Real Decreto Legislativo 1/2015 (Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios), las actividades de fabricación e importación de productos cosméticos y de cuidado personal están sometidas al régimen de declaración responsable y no de autorización previa. Así, las personas físicas o jurídicas que fabriquen, acondicionen, envasen, etiqueten o importen productos cosméticos en España deberán presentar ante la AEMPS, antes

del inicio de su actividad, una declaración responsable. A estos efectos se prevé la creación de un registro nacional de empresas fabricantes e importadoras de productos cosméticos.

Por último, el RD 85/2018 señala también que la AEMPS y las autoridades sanitarias autonómicas deberán supervisar el cumplimiento de los principios de buenas prácticas de fabricación establecidos en el Reglamento y podrán expedir un certificado de cumplimiento de dichos principios a petición de los interesados.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 14 de marzo de 2018, en el asunto C-557/16

Este asunto tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Finlandia en un procedimiento incoado a instancias de Astellas Pharma GmbH («*Astellas*») acerca de la decisión del Centro de Desarrollo y Seguridad del Sector Farmacéutico de Finlandia («*FIMEA*») por la que se autorizaba la comercialización de un medicamento genérico producido por Helm AG («*Helm*»).

El 19 de julio de 2005, el Instituto Federal de Medicamentos y Productos Sanitarios de Alemania concedió a Astellas una autorización de comercialización («AC») para el medicamento Ribomustin. Tras un procedimiento descentralizado para la concesión de una AC en otros Estados miembros, Francia concedió, el 15 de julio de 2010, la AC para el medicamento Levact, que compartía el mismo principio activo que Ribomustin, pero incluía una indicación terapéutica adicional.

Posteriormente, el 7 de noviembre de 2012, Helm solicitó la AC del medicamento Alkybend también mediante procedimiento descentralizado, en el que el Estado miembro de referencia era Dinamarca, y los Estados miembros afectados eran Noruega y Finlandia. En su solicitud, Helm indicaba que Alkybend era un medicamento genérico cuyo medicamento de referencia era Levact, si bien a efectos de la determinación del período de protección de datos debía considerarse que el medicamento de referencia era Ribomustin.

Tras la conclusión de este procedimiento descentralizado en 2014, el FIMEA concedió a Helm la AC del Alkybend de conformidad con el informe de evaluación de la autoridad competente danesa, que fijaba que el medicamento de referencia a efectos de fijar el periodo de protección de datos era Ribomustin.

Sin embargo, Astellas consideraba que el período de protección de datos no había comenzado el 19 de julio de 2005 (fecha de la AC concedida para Ribomustin), sino el 15 de julio de 2010 (fecha de la AC concedida para Levact), por lo que interpuso recurso contra la resolución del FIMEA. Este recurso fue desestimado en primera instancia por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Helsinki, por lo que Astellas recurrió de nuevo frente al Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Finlandia, órgano que planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea («*TJUE*») la cuestión prejudicial objeto de esta sentencia.

En esencia, el tribunal remitente pregunta (i) si los artículos 28 y 29 de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano (la «*Directiva*»), deben interpretarse en el sentido de que, en el contexto de procedimientos descentralizados de concesión de AC de medicamentos genéricos, las autoridades competentes de los Estados miembros afectados pueden verificar por sí mismas la fecha de inicio del período de protección de datos de los medicamentos de referencia, al adoptar una decisión sobre la comercialización de los medicamentos genéricos en dicho Estado; y, en caso de respuesta negativa, (ii) si, de acuerdo con el artículo 10 de la misma Directiva, en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (derecho a la tutela judicial efectiva), esta verificación puede hacerla un órgano jurisdiccional del Estado miembro que conozca de un recurso interpuesto por el titular de la AC de un medicamento de referencia contra la decisión de AC de un medicamento gené-

rico adoptada por la autoridad competente de ese mismo Estado, y si este órgano puede comprobar también si la AC inicial del medicamento de referencia concedida en otro Estado miembro respetó las disposiciones de la Directiva.

Respecto a la primera cuestión, el TJUE establece que el vencimiento del período de protección de datos del medicamento de referencia es requisito previo para la concesión de la AC del medicamento genérico y todos los Estados miembros participantes deberán comprobar su cumplimiento en la fase correspondiente del procedimiento descentralizado. Si este requisito no se cumple, los Estados deberán oponerse a la solicitud de autorización en el plazo previsto, antes de que el Estado miembro de referencia dé fe del acuerdo general de los Estados miembros en que se hubiera presentado la solicitud de AC, momento en el cual concluye el procedimiento descentralizado. Tras darse fe del acuerdo, las autoridades competentes de dichos Estados miembros no podrán realizar una nueva comprobación, ya que esto privaría totalmente de sentido al procedimiento descentralizado y comprometería la libre circulación de los medicamentos. En definitiva, las autoridades competentes de los Estados miembros afectados pueden denegar la aprobación del informe de evaluación del genérico en caso de desacuerdo sobre el vencimiento del período de protección de datos del medicamento de referencia, pero no podrán verificar este requisito por sí mismas una vez que el procedimiento descentralizado haya concluido.

Respecto a la segunda cuestión, el TJUE reconoce, como ya hizo en su sentencia de 23 de octubre de 2014, Olainfarm (C-104/13), que el titular de la AC de un medicamento de referencia tiene derecho de recurso contra la resolución de la autoridad competente que otorga una AC para un medicamento genérico, en la medida en que se trate de obtener la tutela judicial de una prerrogativa que el artículo 10 de la Directiva reconoce a ese titular (como es el cumplimiento del período de protección de datos del medicamento de referencia). Para ello, el titular de la AC del medicamento de referencia debe poder invocar sus derechos ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro cuya autoridad competente haya adoptado la decisión de AC del medicamento genérico, y en ese recurso el titular debe poder impugnar, en concreto, la fijación del inicio del período de protección de dichos datos (sobre la que, lógicamente, deberá decidir dicho órgano judicial).

Sin embargo, este derecho no implica que el titular de la AC del medicamento de referencia pueda impugnar ante ese mismo órgano judicial la conformidad con la Directiva de las decisiones que hayan adoptado otros Estados miembros con respecto a la AC del medicamento genérico. Este derecho deberá ejercitarse, dentro de los plazos disponibles, ante los correspondientes órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro.

TRIBUTARIO*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Legislación estatal

— *Protocolo que modifica el Convenio entre el Reino de España y el Reino de Bélgica tendente a evitar la doble imposición y prevenir la evasión y el fraude fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, y el Protocolo, firmados en Bruselas el 14 de junio de 1995, modificados por el Acta Adicional firmada en Madrid el 22 de junio de 2000, hecho en Bruselas el 2 de diciembre de 2009 (BOE de 23 de mayo de 2018)*

* 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).

— *Orden HFP/441/2018, de 26 de abril, por la que se aprueban los modelos de declaración del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y a entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, para los períodos impositivos iniciados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2017, se dictan instrucciones relativas al procedimiento de declaración e ingreso y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación electrónica, y por la que se modifica el modelo 222 «Impuesto sobre Sociedades. Régimen de consolidación fiscal. Pago fraccionado» aprobado por la Orden HFP/227/2017, de 13 de marzo (BOE de 2 de mayo de 2018)*

[Portugal]

Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares («IRS») - Declaração conjunta de despesas e rendimentos com dependentes

Lei n.º 106/2017, de 4 de setembro (DR 170, Série I, de 4 de setembro de 2017)

A presente Lei procedeu à alteração do Código do IRS («CIRS») com vista a assegurar a declaração conjunta de despesas e rendimentos relativos a dependentes em sede de IRS, nas situações em que as responsabilidades são exercidas por mais do que um sujeito passivo, nos seguintes termos: (i) os sujeitos passivos têm direito à declaração conjunta, caso em que os dependentes passam a estar «*incluídos nas declarações de ambos os sujeitos passivos para efeitos de imputação de rendimentos e deduções*»; (ii) quando o acordo de regulação do exercício de responsabilidades parentais em vigor no último dia do ano a que o imposto respeita estabeleça uma residência alternada, os rendimentos auferidos pelos dependentes podem «*ser divididos em partes iguais a incluir, respetivamente, em cada uma das declarações dos sujeitos passivos*», se os sujeitos passivos comunicarem a existência da referida residência alternada até ao dia 15 de fevereiro do ano seguinte àquele a que o imposto respeita; (iii) quando o mesmo dependente ou ascendente conste de mais do que uma declaração de rendimentos e o acordo de regulação de exercício comum das responsabilidades parentais estabeleça uma partilha não igualitária de despesas, fixando a percentagem que respeita a cada sujeito passivo, «*o cálculo das deduções à coleta deverá considerar as devidas percentagens constantes do referido acordo*» bastando, para esse efeito, que os sujeitos passivos apresentem até ao dia 15 de fevereiro do ano seguinte àquele a que o imposto respeita a percentagem que lhes corresponde na partilha das despesas; e, (iv) caso o acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais estabeleça a responsabilidade conjunta e a residência alternada do menor, é deduzido um montante fixo de € 300 à coleta de cada sujeito passivo, acrescido de um montante de € 63 por cada sujeito passivo nos casos em que o dependente não tenha mais de três anos de idade.

As alterações referidas nos pontos (i), (ii) e (iv) aplicam-se nas Declarações de rendimentos respeitantes ao ano de imposto de 2017 e a alteração referida no ponto (iii) aplica-se apenas às Declarações de rendimentos relativas ao ano de imposto de 2018.

Convenção entre Portugal e a Costa do Marfim para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento

Aviso n.º 108/2017, de 8 de setembro (DR 174, Série I, de 8 de setembro de 2017)

O presente diploma torna público o cumprimento das formalidades constitucionais de aprovação da Convenção entre a República Portuguesa e a República da Costa do Marfim para evitar a dupla tributação e evitar a evasão fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento, assinada em Lisboa, em 17 de março de 2015.

A referida Convenção entrou em vigor em 18 de agosto de 2017.

Convenção entre Portugal e São Tomé e Príncipe para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento

Aviso n.º 109/2017, de 8 de setembro (DR 174, Série I, de 8 de setembro de 2017)

O presente diploma torna público o cumprimento das formalidades constitucionais de aprovação da Convenção entre a República Portuguesa e a República Democrática de São Tomé e Príncipe para evitar a dupla tributação e evitar a evasão fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento, assinada em São Tomé, em 13 de julho de 2015.

A referida Convenção entrou em vigor em 12 de julho de 2017.

Imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas «IRC» - IRS - Coeficientes de desvalorização da moeda

Portaria n.º 326/2017, de 30 de outubro (DR 209, Série I, de 30 de outubro de 2017)

A Portaria em apreço procede à atualização dos coeficientes de desvalorização da moeda a aplicar aos bens e direitos alienados durante o ano de 2017, cujo valor de aquisição deva ser atualizado nos termos dos artigos 47.º do Código do IRC «CIRC» e 50.º do CIRS, para efeitos de cálculos das mais e menos-valias.

União Europeia «UE» - Mecanismos de resolução de litígios fiscais entre Estados-Membros

Diretiva 2017/1852, de 10 de outubro de 2017 (JOUE L 265/2017, publicado a 13 de outubro)

A presente Diretiva vem: (i) prever novas regras a aplicar em caso de diferenças na interpretação e aplicação de acordos e convenções para evitar a dupla tributação com vista a criar «*um procedimento eficaz e eficiente para a resolução de litígios no contexto do bom funcionamento do mercado interno*»; (ii) estabelecer os direitos e obrigações dos interessados quando surjam litígios fiscais entre Estados-Membros; e (iii) atribuir competências de execução da Diretiva à Comissão, as quais deverão ser exercidas nos termos do Regulamento (UE) n.º 182/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho com vista a «*assegurar condições uniformes*» de execução.

A referida Diretiva entrou em vigor em 2 de novembro de 2017, devendo aplicar-se a «*qualquer reclamação apresentada a partir de 1 de julho de 2019 sobre questões litigiosas respeitantes a rendimentos ou capital auferidos num ano fiscal com início em 1 de janeiro de 2018 ou após essa data*».

O prazo de transposição da Diretiva termina no dia 30 de junho de 2019.

Código Aduaneiro da União Europeia - Intercâmbio e armazenamento de informações

Regulamento de Execução (UE) 2017/2089 da Comissão, de 14 de novembro de 2017 (JOUE L 297/2017, de 15 de novembro)

O Regulamento em apreço estabelece as disposições técnicas necessárias ao desenvolvimento, manutenção e utilização dos sistemas eletrónicos para o intercâmbio e armazenamento de informações, tais como «*declarações, pedidos ou decisões, entre as autoridades aduaneiras e entre os operadores económicos e as autoridades aduaneiras*», no âmbito do Código Aduaneiro da UE.

Orçamento do Estado para 2018

Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro (DR 249, Série I, de 29 de dezembro de 2017)

O Orçamento do Estado para 2018, aprovado pela lei em epígrafe, introduziu diversas alterações relevantes em matéria tributária, de entre as quais destacamos as seguintes:

— Em sede de IRS: (i) no âmbito do regime simplificado, uma parcela de 15% de dedução específica do rendimento coletável torna-se numa dedução condicionada à justificação de determinadas despesas suportadas pelo sujeito passivo ao abrigo da sua atividade profissional ou empresarial, designadamente: (a) despesas com contribuições obrigatórias para regimes de proteção social com um mínimo de € 4.104; (b) 1,5% do valor patrimonial tributário de imóveis da propriedade do sujeito passivo afetos à atividade; (c) rendas de imóveis afetos à atividade; (d) despesas correntes com a aquisição de bens e serviços relacionados com a atividade (designadamente, eletricidade, água, transportes e comunicações, seguros, quotas para as ordens profissionais, deslocações, viagens e estadias) – as despesas referidas em (b), (c) e (d), quando sejam de finalidade mista (profissional e pessoal) apenas contam em 25% para a justificação dos 15% da matéria coletável. As alterações ao regime simplificado aplicam-se aos rendimentos das atividades profissionais previstas na tabela anexa ao CIRS e aos rendimentos de outras prestações de serviços não especificamente mencionadas (incluindo o alojamento local); (ii) estabelece-se a manutenção do diferimento da tributação das mais-valias imobiliárias nos casos de prédios habitacionais, anteriormente afetos pelo seu proprietário a atividade empresarial e profissional, nos casos de restituição do prédio à esfera particular do seu proprietário desde que o referido prédio se destine à obtenção de rendimentos prediais da Categoria F e enquanto se mantiver tal afetação a arrendamento; (iii) ficam sujeitas a tributação as mais-valias de partes sociais obtidas por não residentes decorrentes da alienação de partes sociais de sociedades não residentes, quando nos 365 dias anteriores à alienação, mais de 50% do valor das partes sociais resulte, direta ou indi-

retamente, de imóveis localizados em Portugal, exceto no caso de bens imóveis afetos a uma atividade de natureza agrícola, industrial ou comercial que não consista na compra e venda de bens imóveis; (iv) adicionam-se mais dois escalões às taxas de IRS para os rendimentos coletáveis anuais entre € 7.091 e € 20.261 (que passam a beneficiar de uma taxa mais reduzida e a taxa de 45% passa a aplicar-se aos contribuintes com um rendimento coletável superior a € 36.856 (ao invés dos anteriores € 40.522); (v) os rendimentos prediais auferidos por não residentes que residam noutro estado da «UE» ou do Espaço Económico Europeu («EEE») que mantenha um sistema de troca de informações em matéria fiscal com Portugal, passam a poder ser tributados às taxas progressivas, mediante opção; (vi) foi concedida ao Governo uma autorização legislativa de modo a alargar o âmbito da dedução correspondente ao Imposto sobre o valor acrescentado («IVA») por exigência de fatura, no caso do IVA suportado na aquisição de serviços de mobilidade de *bike* e *car sharing*, bem como na aquisição de unidades de energia solar a entidades com a classificação das atividades económicas apropriadas.

— **Em sede de «IRC»:** (i) ficam sujeitas a tributação as mais-valias de partes sociais obtidas por não residentes decorrentes da alienação de partes sociais de sociedades não residentes quando, nos 365 dias anteriores, o valor dessas partes de capital ou direitos resulte, direta ou indiretamente, em mais de 50%, de bens imóveis ou direitos reais sobre bens imóveis situados em Portugal, excetuando-se os bens imóveis afetos a uma atividade de natureza agrícola, industrial ou comercial que não consista na compra e venda de bens imóveis; (ii) no âmbito das obrigações contabilísticas, passa a exigir-se que a contabilidade seja organizada através de meios informáticos, no caso das sociedades comerciais e civis sob forma comercial, das cooperativas, das empresas públicas e das demais entidades que exerçam, a título principal uma atividade comercial, industrial ou agrícola, com sede ou direção efetiva em território português; (iii) prevê-se a não dedutibilidade da contribuição extraordinária sobre a indústria; (iv) a taxa da derrama estadual aplicável ao lucro tributável superior a € 35.000.000 é aumentada para 9% (ao invés dos 7% anteriormente previstos); (v) no caso do pagamento adicional por conta, a taxa aplicável ao 3.º escalão, o que corresponde ao lucro tributável superior a € 35.000.000, foi atualizado, passando de 6,5% para 8,5%.

— **Em sede de IVA:** (i) prevê-se a possibilidade de se deduzir o imposto relativo a créditos considerados incobráveis em processos de insolvência também no momento do encerramento do processo por insuficiência de bens ou após a realização do rateio final do qual resulte o não pagamento definitivo do crédito; (ii) os sujeitos passivos passam a poder recuperar o imposto quando, em processo de insolvência ou em processo especial de revitalização, seja proferida sentença de homologação do plano de insolvência ou do plano de recuperação que preveja o não pagamento definitivo do crédito; (iii) reduz-se de € 75 para € 50 o valor a partir do qual é aplicável a isenção de IVA às transmissões de bens expedidos para fora da União Europeia, por um adquirente que aí não tenha residência (*tax free*); e, (iv) prorroga-se a autorização legislativa que permite ao governo alterar a verba 3.1 da Lista II do Código do IVA de forma a ampliar a aplicação da taxa intermédia a outras prestações de serviços de bebidas.

— **Em sede de Imposto do Selo:** (i) as taxas aplicáveis ao crédito ao consumo aumentam nos termos seguintes: (a) crédito de prazo inferior a um ano aumenta de 0,07% para 0,08%; (b) crédito de prazo igual ou superior a 1 ano e inferior a 5 anos aumenta de 0,9% para 1% e; (c) crédito utilizado sob a forma de conta-corrente, descoberto bancário ou qualquer outra forma em que o prazo de utilização não seja determinado ou determinável aumenta de 0,07% para 0,08%; (ii) nas transmissões gratuitas, os prazos de reclamação e de impugnação contam-se a partir do termo do prazo para pagamento voluntário da primeira ou da única prestação do imposto; e, (iii) o mecanismo de compensação do imposto passa a abranger todas as entidades referidas no n.º 1 do artigo 2.º do Código do Imposto do Selo, alargando-se para 2 anos a contar da data que o imposto se torna devido (anteriormente, o prazo era de 1 ano) o prazo limite para operar a compensação.

— **Em matéria de Impostos especiais sobre o consumo («IECs»):** Quer o Imposto sobre o álcool, bebidas alcoólicas e as bebidas adicionadas de açúcar ou outros edulcorantes, nas

cervejas, produtos intermédios, bebidas espirituosas, outras bebidas fermentadas, tranquilas e espumantes, quer o Imposto sobre os produtos petrolíferos, no que se refere ao metano e gases de petróleo usados como carburante, aumentam cerca de 1,4%.

— Em sede de Imposto Sobre Veículos («ISV») e Imposto Único de Circulação («IUC»): As taxas aumentam cerca de 1,4%.

— Em sede de Adicional ao IMI («AIMI»): (i) passam a ser sujeitos passivos de AIMI as cooperativas de habitação e construção quando exclusivamente proprietárias, usufrutuárias ou superficiárias de prédios para construção de habitação social ou a custos controlados; (ii) a opção pela tributação conjunta em sede de AIMI passa a ser válida até ao exercício de renúncia a tal opção, estabelecendo-se que esta nova regra se aplique também às opções já exercidas em 2017; (iii) os sujeitos passivos passam a poder alterar as opções relativas à tributação conjunta e das heranças indivisas no prazo de 120 dias contados do termo do prazo de pagamento voluntário do imposto (ao contrário do que sucedia anteriormente em que a opção dos sujeitos passivos era irreversível); (iv) nos casos em que os sujeitos passivos não exerçam a opção pela tributação conjunta e procedam à identificação dos bens comuns do casal e dos bens próprios de cada um dos cônjuges (através de formulário expressamente previsto para esse efeito a apresentar entre 1 de abril e 31 de maio de cada ano), a matriz predial urbana será atualizada em conformidade; (v) estabelece-se que, nos casos em que a matriz não reflita a titularidade dos prédios que integram a comunhão de bens, os sujeitos passivos devem identificar os bens comuns do casal até ao dia 15 de fevereiro de cada ano e a AT procederá à atualização da matriz com efeitos a 1 de janeiro desse ano; e (vi) os prédios detidos por pessoas coletivas que estejam afetos a uso pessoal dos titulares do capital, membros de órgãos sociais ou de quaisquer órgãos de administração, direção, gerência ou fiscalização ou dos respetivos cônjuges, ascendentes ou descendentes devem agora ser identificados em anexo próprio à Declaração Modelo 22 de IRC.

— Em sede de Imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis («IMT»): a outorga de uma procuração irrevogável que confira ao procurador poderes de alienação de unidades de participação em fundos de investimento imobiliário fechados de subscrição particular representativas de mais do que 75% do total das unidades de participação passa a ser configurada como transmissão onerosa para efeitos de IMT.

— Em sede de Estatuto dos benefícios fiscais («EBF»): (i) são introduzidas alterações às condições objetivas de aplicação dos benefícios fiscais para prédios objeto de reabilitação, passando a estabelecer-se no artigo 45.º do EBF que são elegíveis os prédios ou frações autónomas construídos há pelo menos 30 anos ou localizados em Área de Reabilitação Urbana («ARU»), que sejam objeto de «intervenções de reabilitação de edifícios» promovidas nos termos do Regime Jurídico da Reabilitação Urbana («RJRU») ou nos termos do regime excecional estabelecido no Decreto-Lei n.º 53/2014, de 8 de abril, das quais resulte um aumento do estado de conservação em, pelo menos, dois níveis (passando a ter um nível mínimo correspondente a «bom») e desde que, cumulativamente, sejam cumpridos os requisitos de eficiência energética e de qualidade térmica legalmente aplicáveis. A verificação de tais condições objetivas passa a ser necessária para efeitos de aplicação das isenções de IMT para primeira aquisição de prédios reabilitados e de prédios a reabilitar cujas obras sejam iniciadas no prazo de 3 anos a contar da data de aquisição e para a isenção de IMI aplicável após a conclusão das obras de reabilitação (anteriormente previstas no artigo 71.º do EBF); (ii) é alargado o âmbito de aplicação da isenção de IMT à primeira aquisição de prédios reabilitados que sejam afetos a arrendamento para habitação permanente ainda que os mesmos não estejam localizados em ARU; (iii) é revogada a isenção do IMI anteriormente aplicável aos prédios adquiridos para realização de ações de reabilitação (por um período de três anos a contar, inclusive, do ano de emissão da licença de construção), passando a vigorar apenas a isenção de IMI por três anos a contar da conclusão das obras de reabilitação; (iv) é reduzida a duração da isenção do IMI aplicável após a conclusão das obras de reabilitação de cinco para três anos a contar, inclusive, do ano em que as obras de reabilitação sejam concluídas, sendo contudo tal prazo suscetível de prorrogação por mais cinco anos no caso de imóveis afetos a arrendamento para habitação permanente ou a habitação própria e permanente; (v) a taxa reduzida de IRS de 5% passa a aplicar-se apenas às mais-valias resultantes da

primeira transmissão de imóvel reabilitado localizado em ARU (ao invés do regime anteriormente em vigor no qual a taxa reduzida de 5% era aplicável a todas as mais-valias decorrentes da alienação de imóveis objeto de reabilitação e localizados em ARU); (vi) passa a prever-se que os benefícios fiscais aplicáveis aos prédios objeto de reabilitação acima enunciados deixam de estar dependentes da conclusão das ações de reabilitação até 31 de dezembro de 2020 (não sendo estabelecida uma nova data limite); (vii) estabelece-se uma isenção de IMI, de aplicação automática, para os prédios afetos a lojas com história que sejam reconhecidas, pelo município, como estabelecimentos de interesse histórico e cultural ou social local e que integrem o inventário nacional dos estabelecimentos e entidades de interesse histórico e cultural (nos termos da Lei n.º 42/2017, de 14 de junho) e uma majoração em 10% dos gastos relacionados com as obras de conservação e manutenção dos referidos prédios para efeitos de apuramento do lucro ou rendimento tributáveis em IRC e IRS (categorias B e F); (viii) os benefícios fiscais (v.g. as isenções de IMT e de Imposto do Selo) previstos no artigo 60.º do EBF e aplicáveis às transmissões onerosas de imóveis ocorridas no contexto de operações de reestruturação ou de acordos de cooperação passam a ser de aplicação automática (excetuando as transmissões que ocorram no contexto de operações de cisão, relativamente às quais, com determinadas exceções, continuará a ser necessário obter um despacho do membro do Governo responsável pela área das finanças, mediante requerimento), sendo expressamente estendidos tais benefícios aos imóveis habitacionais que estejam afetos à atividade principal da empresa; (ix) os sujeitos passivos de IRS, que tenham realizado entradas de capital, em dinheiro, a favor de qualquer sociedade em que detenham uma participação social, e esta se encontre na condição prevista no artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais (a perda de metade do capital), podem deduzir, no próprio ano e nos cinco anos seguintes, até 20% dessas entradas ao montante bruto dos lucros colocados à disposição pela sociedade ou, no caso de alienação dessa participação, ao saldo apurado entre as mais-valias e menos-valias realizadas; (x) é introduzida uma isenção de IRS (até € 40.000) aplicável aos ganhos derivados de planos de opções, de subscrição ou de outros de efeito semelhante, sobre valores mobiliários ou direitos análogos atribuídos a trabalhadores ou membros de órgãos sociais – exceto os membros dos órgãos sociais e os titulares de participações sociais, que ultrapassem os 5% - por entidades empregadoras que sejam micro ou pequenas empresas constituídas há menos de seis meses e que atuem no setor da tecnologia, desde que os trabalhadores mantenham, por um período de dois anos, os direitos subjacentes aos títulos que geram os ganhos isentos;

— Em sede de Código Fiscal ao Investimento: a dedução até 10% dos lucros retidos e reinvestidos pelos sujeitos passivos que sejam Pequenas e médias empresas («PME») é objeto, designadamente, das seguintes alterações (a) é alargado para 3 anos o prazo de dedução (anteriormente, o prazo era de 2 anos), e (b) o montante máximo dos lucros retidos e reinvestidos é reduzido de € 7.500.000 para € 5.000.000, em cada período de tributação.

— Relativamente aos benefícios fiscais previstos no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas: (i) a isenção de IRC e de IRS anteriormente aplicáveis às mais-valias resultantes de «dação em cumprimento de bens do devedor e cessão de bens aos credores» é expressamente alargada a todos os ganhos e rendimentos que resultem da «venda de bens e direitos, em processo de insolvência que prossiga para liquidação» passando a aplicar-se, designadamente, a vendas de bens imóveis (a credores ou a terceiros) realizadas no contexto da liquidação da massa insolvente; (ii) a constituição ou prorrogação de garantias em cumprimento de planos de insolvência, de pagamentos ou de recuperação ou no contexto da liquidação da massa insolvente passa a estar isenta de Imposto do Selo.

— Em sede da Lei Geral Tributária («LGT»): (i) passa a ser possível repetir o procedimento de inspeção de natureza externa relativamente ao mesmo contribuinte, imposto e período de tributação, sem necessidade de decisão fundamentada do dirigente máximo do serviço, se tal procedimento tiver apenas como finalidade a consulta ou recolha de documentos ou elementos; (ii) passa a constituir fundamento de derrogação do sigilo bancário a comunicação à AT, no contexto de procedimento inspetivo, de operações consideradas suspeitas no âmbito da legislação relativa à prevenção e repressão do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo.

— **Em sede de procedimento e de processo tributário:** (i) a competência (a atribuir por protocolo) para cobrar coercivamente os impostos administrados pelas freguesias passa a ser dos respetivos municípios; (ii) antes da realização de penhoras, as autarquias passam a poder aceder à informação constante da base de dados da Autoridade Tributária e Aduaneira («AT») sobre o executado e a identificação e localização dos seus bens; (iii) no âmbito do pedido para pagamento a prestações, estabelece-se a dispensa de prestação de garantia para dívidas em execução fiscal com valor inferior a € 5.000, para pessoas singulares, ou a € 10.000, no caso de pessoas coletivas; (iv) a via eletrónica passa a configurar o meio preferencial de notificação e prática de atos processuais, nos termos do Código de Processo nos Tribunais Administrativos («CPTA») e da Portaria n.º 379/2017, de 19 de dezembro (com algumas exceções previstas na lei).

— **Relativamente ao Regime geral das infrações tributárias («RGIT»):** (i) a falta ou atraso da declaração relativa à transferência de fundos para países, territórios ou regiões com regime claramente mais favorável por parte de instituições de crédito, sociedades financeiras e demais entidades, passa a ser punida com coima variável entre € 250 e € 5.000; (ii) a coima mínima aplicável nos casos em que a contabilidade não está organizada de acordo com as regras de normalização contabilística é aumentada de € 200 para € 500; (iii) o atraso na execução da contabilidade passa a ser punido com coima variável entre € 500 a € 5.000.

— **Em sede de procedimento de inspeção tributária e aduaneira:** passa a ser possível ampliar o prazo para conclusão do procedimento de inspeção tributária nos casos em que se torne necessário realizar novas diligências pela AT em virtude da alegação de novos factos pelo contribuinte em sede de direito de audição prévia.

— **Em matéria de outras contribuições e regimes especiais:** (i) são prorrogados, para o ano de 2018, os regimes que criam a contribuição extraordinária sobre o setor energético, a contribuição extraordinária sobre a indústria farmacêutica e a contribuição extraordinária sobre o setor bancário; (ii) não são atualizados os valores mensais da contribuição para o audiovisual.

— **Relativamente à lista de paraísos fiscais,** é revogada a Portaria n.º 345-A/2016, de 30 de dezembro, que retirou a Ilha de Man, Jersey e o Uruguai da lista dos países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada claramente mais favoráveis, aprovada pela Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro, repristinando-se a lista anteriormente em vigor.

Imposto municipal sobre imóveis («IMI») - Valor médio de construção por metro quadrado

Portaria n.º 379/201, 19 de dezembro (DR 242, Série I, 19 de dezembro de 2017)

A referida Portaria mantém em € 482,40 o valor médio de construção por metro quadrado, a vigorar no ano de 2018, para efeitos de cálculo do valor patrimonial tributário dos prédios urbanos afetos a habitação, comércio, indústria e serviços.

IRS - Declaração Modelo 3

Portaria n.º 385-H/2017, de 29 de dezembro (DR 249, Série I, de 29 de dezembro de 2017)

A presente Portaria aprova o novo modelo de impresso da declaração Modelo 3 do IRS e respetivas instruções de preenchimento a vigorar no ano de 2018.

IRC e IRS – Protocolo que altera a Convenção para evitar a Dupla Tributação («CDT») celebrada entre Portugal e França

Aviso n.º 143/2017, de 14 de dezembro (DR 239, Série I, de 14 de dezembro de 2017)

O presente aviso é aprovado em cumprimento dos requisitos de direito interno para a entrada em vigor do Protocolo que altera a CDT celebrada entre Portugal e França.

— *Resolução da Assembleia da República n.º 58/2017, de 3 de abril (DR 66, Série I, de 3 de abril de 2017)*

A presente Resolução aprova a alteração à CDT celebrada entre Portugal e França e vem introduzir as seguintes adendas: (i) os salários, vencimentos e outras remunerações similares pagos por um Estado Contratante (ou por subdivisão política ou administrativa, autarquia ou pessoa jurídica de direito público) em consequência de serviços prestados a essa entidade passam a só poder ser tributados no Estado da fonte; todavia, se esses serviços forem prestados no Estado da Residência, o contribuinte tiver nacionalidade desse Estado e não tiver simultaneamente

nacionalidade no Estado da Fonte, serão exclusivamente tributados no Estado da Residência; (ii) as pensões e outras remunerações similares pagas por um Estado Contratante (ou por subdivisão política ou administrativa, autarquia ou pessoa jurídica de direito público), diretamente ou através de fundos por ele constituídos, passam a só poder ser tributados no Estado da fonte; contudo, se o contribuinte for nacional do Estado de Residência, essas pensões e remunerações similares só serão tributadas nesse Estado; (iii) são alteradas as regras relativas à troca de informações entre os dois Estados Contratantes; e, (iv) é aprovada uma regra de recusa do direito aos benefícios da Convenção em relação a um elemento do rendimento quando cumulativamente (a) o beneficiário não seja o beneficiário efetivo desse rendimento e (b) a operação permita ao beneficiário efetivo suportar uma carga fiscal sobre esse elemento do rendimento inferior à que teria suportado se o tivesse auferido diretamente.

IRC – Obrigação declarativa de Informação Financeira e Fiscal por País

Portaria n.º 367/2017, de 11 de dezembro (DR 236, Série I, de 11 de dezembro de 2017)

A presente portaria aprova o novo modelo de impresso da declaração Modelo 54 de IRC, designado de «*Comunicação da Identificação da Entidade Declarante – Declaração Financeira e Fiscal por País*» (com vista a permitir o cumprimento da obrigação, prevista na lei, de qualquer entidade, residente ou com estabelecimento estável em território português, que integre um grupo no qual alguma das entidades esteja sujeita à apresentação da declaração de informação financeira e fiscal por país ou por jurisdição fiscal, comunicar, por via eletrónica, se é ela a entidade declarante ou, caso não o seja, identificar a entidade declarante do grupo e o país ou jurisdição em que esta é residente para efeitos fiscais) e respetivas instruções de preenchimento.

— *Portaria n.º 383-A/2017, de 21 de dezembro (DR 244, Série I, de 21 de dezembro de 2017)*

A presente Portaria aprova o novo modelo de impresso da declaração Modelo 55 de IRC (modelo oficial de declaração financeira e fiscal por país) e respetivas instruções de preenchimento, e regula os suportes e os procedimentos do regime de envio desta declaração.

O prazo para o envio desta declaração referente ao período de 2016 foi prorrogado em dois meses (até fevereiro de 2018).

— *Portaria n.º 383-B/2017, de 21 de dezembro (DR 244, Série I, de 21 de dezembro de 2017)*

É aprovada a lista das jurisdições participantes na troca obrigatória e automática de informações sobre a declaração financeira e fiscal por país.

IRC – Perdas por imparidade em ativos dedutíveis de instituições financeiras

Decreto Regulamentar n.º 11/2017, de 28 de dezembro (DR 248, Série I, de 28 de dezembro de 2017)

O presente decreto regulamentar prolongou para 2018 o regime fiscal das perdas por imparidade e outras correções de valor para risco específico de crédito dedutíveis para efeitos do apuramento do lucro tributável, em sede de IRC, das entidades sujeitas a supervisão do Banco de Portugal («BdP») que foi introduzido pelo Decreto Regulamentar n.º 5/2016, de 18 de novembro.

Nos termos deste Decreto Regulamentar, (a) os referidos limites máximos dedutíveis para efeitos de IRC correspondem aos limites mínimos obrigatórios estabelecidos no Aviso n.º 3/95 do BdP, na sua versão anterior à respetiva revogação pelo Aviso n.º 5/2015 do BdP, os quais variam entre 10% e 100% consoante as classes de risco dos créditos e a existência ou não de garantia e (b) as perdas por imparidade só são aceites quando relativas a créditos resultantes da atividade normal (excluindo-se nomeadamente créditos cobertos por direitos reais sobre bens imóveis e créditos garantidos por contratos de seguro de crédito ou caução, regra geral).

Em 2018 será consagrada uma definição quanto a este regime.

IRS - Atualização das tabelas de retenção na fonte para o Continente

Despacho n.º 84-A/2018, de 2 de janeiro (DR 1, 1º Suplemento, Série II, de 2 de janeiro de 2018)

O despacho em referência aprova as tabelas de retenção na fonte aplicáveis em 2018 aos rendimentos de trabalho dependente e pensões que sejam pagos ou colocados à disposição «*de titulares residentes em território português, com exceção das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira*».

Orçamento da Região Autónoma da Madeira («RAM»)

Decreto Legislativo Regional n.º 2/2018/M, de 9 de janeiro (DR 6, Série I, de 9 de janeiro de 2018)

O referido Decreto Legislativo Regional aprovou o Orçamento da RAM.

Em sede de IRS, o Decreto Legislativo Regional estabelece um aumento do número de escalões de cinco para sete.

Em sede de IRC, prevê-se a aplicação de uma taxa de 16% (ao invés da taxa anterior de 17%) aos primeiros €15.000 de matéria coletável dos «*sujeitos passivos que exerçam, diretamente e a título principal, uma atividade económica de natureza agrícola, comercial ou industrial, que sejam qualificados como pequena ou média empresa*»

Em sede de derrama regional, a taxa aplicável ao lucro tributável que exceda os €35.000.000, correspondente ao terceiro escalão, é agravada de 7% para 9%.

IRS - fixação do universo dos sujeitos passivos de IRS abrangidos pela declaração automática de rendimentos

Decreto Regulamentar n.º 1/2018, de 10 de janeiro (DR 7, Série I, de 10 de janeiro de 2018)

O presente Decreto Regulamentar estabelece o universo dos sujeitos passivos de IRS abrangidos pela declaração automática dos rendimentos e as condições cumulativas que devem estar preenchidas para esse efeito.

IVA - Regime transitório de comunicação dos dados dos viajantes sem residência ou estabelecimento na UE que adquiram bens em Portugal

Portaria n.º 12/2018, de 10 de janeiro (DR 7, Série I, de 10 de janeiro de 2018)

A presente Portaria veio prorrogar, até 30 de junho de 2018, o prazo de aplicação do regime transitório previsto no n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 19/2017, de 14 de fevereiro no qual é possível ao sujeito passivo vendedor optar pelo procedimento previsto no Decreto-Lei n.º 295/87, de 31 de julho ficando dispensado da obrigação de comunicar à AT, por via eletrónica e em tempo real, os elementos relativos à transmissão de bens isenta de IVA «*de forma a possibilitar a adaptação dos sistemas informáticos que se encontram atualmente em utilização pelos sujeitos passivos vendedores às especificações técnicas do sistema eletrónico de certificação e controlo da AT.*»

A referida Portaria produziu efeitos a partir do dia 1 de janeiro de 2018.

IRS - Atualização das tabelas de retenção na fonte para a Região Autónoma dos Açores

Despacho n.º 731/2018 de 17 de janeiro (DR 9, Série II, de 17 de janeiro de 2018)

O despacho em apreço aprova as tabelas de retenção na fonte aplicáveis em 2018 aos rendimentos de trabalho dependente e pensões que sejam pagos ou colocados à disposição «*de titulares residentes da Região Autónoma dos Açores*».

IRC - Declaração Modelo 22

Despacho n.º 984/2018, de 26 de janeiro (DR 19, Série II, de 26 de janeiro de 2018)

O presente Despacho aprova a declaração periódica de rendimentos Modelo 22, anexos - incluindo o Anexo do AIMI - e respetivas instruções de preenchimento.

UE - Lista de jurisdições não cooperantes para efeitos fiscais

Conclusões do Conselho de 5 de dezembro de 2017 (JOUE C 29/2018, publicado em 26 de janeiro de 2018)

Em 5 de dezembro de 2017, o Conselho aprovou e publicou conclusões que continham uma «*lista da UE de jurisdições não cooperantes para efeitos fiscais*».

Na sequência dos compromissos assumidos pelas jurisdições com vista a colmatar as deficiências detetadas pela UE, foram retiradas da referida «*lista da UE das jurisdições não cooperantes para efeitos fiscais*» as seguintes jurisdições: (i) Barbados, (ii) Granada, (iii) a República da Coreia, (iv) a Região Administrativa Especial de Macau, (v) a Mongólia, (vi) o Panamá, (vii) a Tunísia; e, (viii) os Emirados Árabes Unidos. As referidas jurisdições foram transferidas para a categoria de jurisdições sujeitas a um acompanhamento rigoroso.

— *Relatório do Grupo do Código de Conduta (Fiscalidade das Empresas) que sugere a retirada da lista de determinadas jurisdições (JOUE C 100/2018, publicado em 16 de março de 2018)*

Na sequência dos compromissos assumidos entre certas jurisdições e a UE com vista a colmatar as deficiências detetadas pela UE, foram retiradas da referida «*lista da UE das jurisdições não*

cooperantes para efeitos fiscais» as seguintes jurisdições: (i) Barém, (ii) Ilhas Marshall, e (iii) Santa Lúcia. As referidas jurisdições foram transferidas para a categoria de jurisdições sujeitas a um acompanhamento rigoroso

IRC e IRS – Obrigação de manutenção de dossier fiscal

Portaria n.º 51/2018, de 16 de fevereiro (DR 34, Série I, de 16 de fevereiro de 2018)

A presente portaria altera o conjunto de documentos que integram o dossier fiscal - processo de documentação fiscal que os respetivos sujeitos passivos estão obrigados a constituir e manter nos termos do artigo 129.º do «CIRS» e do artigo 130.º do «CIRC», passando a fazer-se expressa referência aos «*Mapas, de modelo oficial, da reavaliação efetuada nos termos do Decreto-Lei n.º 66/2016, de 3 de novembro*» e a outros mapas que se justificam para fins de controlo por parte da Inspeção Tributária e Aduaneira, assim como, à aprovação do mapa de modelo oficial a que se refere a alínea a) do n.º 1 do artigo 12.º do referido Decreto-Lei 66/2016.

Mecanismo de troca automática de informações financeiras no domínio da fiscalidade

Portaria n.º 58/2018, de 27 de fevereiro (DR 41, Série I, de 27 de fevereiro de 2018)

A portaria em referência procede à alteração da Portaria n.º 302-D/2016, de 2 de dezembro, passando a incluir na lista de jurisdições participantes no mecanismo de troca automática de informações no domínio da fiscalidade o Azerbaijão, as Bahamas, Bahrain, Hong Kong, o Líbano, a Nigéria, o Panamá, o Paquistão, o Qatar, Singapura, a Turquia e os Emirados Árabes Unidos.

Informações relativas a operações financeiras

Portaria n.º 64/2018, de 5 de março (DR 45, Série I, de 5 de março de 2018)

A presente portaria aprovou a nova declaração Modelo 40, necessária ao cumprimento da obrigação que impende sobre as instituições de crédito, sociedades financeiras e as demais entidades que prestem serviços de pagamento - legalmente prevista no artigo 63.º-A, n.º 4, da LGT - de comunicar à AT, até ao final do mês de julho de cada ano, «*o valor dos fluxos de pagamentos com cartões de crédito e de débito ou por outros meios de pagamento eletrónico, efetuados por seu intermédio, a sujeitos passivos que aufiram rendimentos da categoria B de IRS e de IRC, sem por qualquer forma identificar os mandantes das ordens de pagamento*».

Imposto do Selo - Garantias autónomas e respetivas contragarantias Consultas de la Dirección General de Tributos

Informação vinculativa n.º 10297 (Processo n.º 2016000433)

No Despacho em apreço, a «AT» vem pronunciar-se sobre a aplicação da exclusão de IS prevista na parte final da Verba 10 da Tabela Geral de Imposto do Selo («TGIS»), a qual estabelece que estão excluídas de tributação em sede de IS as garantias das obrigações que sejam «*materialmente acessórias de contratos especialmente tributados na presente Tabela e sejam constituídas simultaneamente com a obrigação garantida, ainda que em instrumento ou título diferente*»

No referido despacho, a AT afirma que a referida acessoriedade material entre garantias e contratos especialmente tributados em sede de IS «*não é qualquer relação causal entre obrigações, pressupondo antes uma relação de dependência entre garantia e a obrigação garantida, de modo a que o garante possa opor ao credor da obrigação garantida todas as exceções que o devedor possa arguir*» e que, por esse motivo, uma garantia autónoma (*maxime*, uma garantia bancária autónoma) por não poder ser considerada acessória de um contrato especialmente tributado em sede de IS é, por natureza, insuscetível de beneficiar da exclusão de tributação em IS prevista na parte final da Verba 10 da TGIS. E isto porquanto, através de um contrato de garantia autónoma «*o garante obriga-se a pagar a um terceiro beneficiário certa quantia, verificado o incumprimento do contrato base, sendo mandante ou ordenante o devedor desse contrato independentemente das vicissitudes que ele sofra*»

A AT afirma, ainda, que uma contragarantia de uma garantia autónoma também não pode beneficiar da referida exclusão de tributação, por não poder ser considerada uma garantia acessória de um contrato de garantia autónoma, mas antes uma garantia acessória de um mero contrato-promessa de prestação de facto (*i.e.* de uma promessa de emissão de garantia autónoma), o qual não é especialmente tributado em sede de IS.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales. Libertad de establecimiento. Ayuda de Estado

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de abril de 2018. Asuntos C-233/16, C-234/16, C-235/16, C-236/16 y C-237/16

El Tribunal Supremo planteó varias cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») para que se determinase si el Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales («IGEC») establecido por las Comunidades Autónomas de Aragón, Asturias y Cataluña es contrario a la libertad de establecimiento y si determinadas exoneraciones establecidas en su regulación podían constituir ayudas de Estado.

El TJUE considera que el IGEC no es contrario a la libertad de establecimiento en la medida en que no discrimina en función del Estado miembro donde las sociedades tengan su domicilio social.

Respecto de la posible consideración de las exenciones previstas en el impuesto como ayudas de Estado, el TJUE entiende que las exenciones basadas en la superficie de venta o en el tipo de productos que se vende pueden estar justificadas por la finalidad del impuesto, pero deja en manos del tribunal nacional la determinación de si los términos concretos de dichas exoneraciones podrían constituir ventajas selectivas determinantes de una ayuda de Estado.

Por otra parte, respecto de la exoneración establecida para los grandes establecimientos comerciales colectivos en el IGEC catalán, el TJUE señala se trata de una medida que reviste carácter selectivo y que es, por tanto, constitutiva de ayuda de Estado.

Impuesto sobre Sociedades. Deducibilidad de gastos financieros derivados de un préstamo participativo destinado a la adquisición de acciones propias

Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2018. Recurso 72/2016

El caso objeto del recurso se refiere a una sociedad que adquirió participaciones propias y redujo capital, previo pago a sus accionistas de un importe superior a las aportaciones recibidas por las acciones. Como consecuencia de esta operación, la sociedad pasó a tener un patrimonio neto negativo. El pago de la compra de acciones se financió en parte con fondos obtenidos mediante un préstamo participativo concedido por una sociedad vinculada luxemburguesa y que permitía que la sociedad no incurriera en la causa de disolución prevista en la normativa mercantil.

La Administración tributaria consideró que la parte del préstamo participativo que viene a cubrir el déficit de patrimonio neto tiene la consideración de fondos propios y los intereses correspondientes a dicho préstamo no son deducibles al suponer una distribución de beneficios futuros a los socios salientes.

La Audiencia Nacional confirma el criterio administrativo y considera que los intereses devengados tienen la consideración de retribución de fondos propios y no son fiscalmente deducibles a efectos del Impuesto sobre Sociedades.

Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Libertad de circulación de capitales. Discrimación en el tratamiento de los sujetos pasivos residentes fuera de la Unión Europea

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018. Recurso 242/2018

La sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2014 (asunto C-127/12) condenó a España por el tratamiento en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones a los residentes en la Unión Europea, a los que no se les permitía aplicar los beneficios fiscales establecidos por las distintas comunidades autónomas. Por dicha razón, la disposición adicional segunda de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, reguló nuevos puntos de conexión para permitir la aplicación de las normativas autonómicas por los residentes en la Unión Europea («UE») y en el Espacio Económico Europeo («EEE»).

El Tribunal Supremo, con base en la propia sentencia del TJUE citada, considera que la normativa española en materia del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones vulnera el principio de libre circulación de capitales por cuanto supone un trato diferenciado a los residentes de la UE o EEE respecto a los residentes en terceros Estados. Por tanto, los sujetos pasivos residentes fuera de la UE y el EEE también pueden beneficiarse de las bonificaciones autonómicas en los mismos términos que un residente en la UE o en el EEE.

Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Exención aplicable a los intereses pagados a residentes en la UE. Beneficiario efectivo

Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de octubre de 2017. Recurso 24/2016

En el caso planteado en el recurso, una entidad residente en España había recibido un préstamo concedido por su socio, que era una entidad luxemburguesa. A través de la información solicitada a las autoridades fiscales de Luxemburgo, la Administración tributaria descubre que el préstamo concedido por la entidad luxemburguesa había sido financiado a su vez a través de otros préstamos concedidos por fondos del mismo grupo que eran residentes en países que no son miembros de la UE (uno de ellos residente en Jersey y otros dos residentes en Delaware). Además, la entidad luxemburguesa retribuía a sus prestamistas en unas condiciones similares a las que se aplicaban en el préstamo concedido a la entidad española.

La Administración tributaria entiende que la entidad luxemburguesa tiene la condición de sociedad instrumental, dada su estructura patrimonial y funcional, por lo que no puede ser considerada como la beneficiaria efectiva de las retribuciones procedentes de España. Con base en ello, los beneficiarios efectivos de los intereses son los fondos del grupo residentes en Estados que no forman parte de la UE que no tienen derecho a la aplicación de la exención prevista para los intereses satisfechos a entidades residentes en la UE. Esto supone que se debería aplicar la retención del 15 % y del 18 % a los intereses atribuibles a los fondos residentes en Jersey, y la retención del 10 % prevista en el Convenio suscrito entre España y EE. UU. a efectos de evitar la doble imposición a los intereses atribuidos al fondo de Delaware.

La Audiencia Nacional, sin embargo, entiende que la normativa española no prevé una cláusula antiabuso referida a la figura del beneficiario efectivo y, por tanto, que para negar los beneficios de la exención en caso de que el acreedor residente en la Unión Europea no sea el beneficiario efectivo es necesario acudir al procedimiento especial de fraude de ley o, en su caso, basar la regularización en la existencia de simulación.

Convenio para evitar la doble imposición suscrito entre España y Luxemburgo. Ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de sociedades inmobiliarias

Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de diciembre de 2017. Recurso 184/2016

Una sociedad residente en Luxemburgo transmitió acciones de una sociedad española cuyo principal elemento patrimonial consiste en un inmueble situado en España. En este sentido, de acuerdo con el artículo 13 del Convenio para evitar la doble imposición en materia de renta y patrimonio suscrito entre España y Luxemburgo, las ganancias patrimoniales derivadas de la venta de participaciones de sociedades inmobiliarias se entienden obtenidas en España cuando tales inmuebles radican en territorio español.

Sin embargo, la entidad transmitente alega que el fin de la operación era la transmisión de un negocio hotelero en pleno funcionamiento y no la venta de una propiedad inmobiliaria. Además, manifiesta que existen una serie de intangibles no contabilizados que influyen en el precio de la operación (el fondo de comercio, vínculos con los operadores turísticos internacionales, penetración en mercado, etc.), cuyo peso es superior al del inmueble.

La Audiencia Nacional, con base en lo dispuesto en las escrituras de compraventa de acciones, entiende que de los términos del contrato se deduce que la venta del hotel no consistió únicamente en la enajenación del inmueble en el que este se ubicaba, sino que se vendió una industria al completo, en la que van incorporados junto con el hotel todas sus instalaciones, maquinaria, mobiliario, elementos de decoración, licencias de explotación, permisos administrativos, etc. Asimismo, aunque determinados intangibles no estén contabilizados, su valor se tuvo en cuenta en la determinación del precio de venta de las acciones tal y como se refleja en el hecho de que existe una diferencia entre el valor teórico contable de las acciones de la sociedad en el momento de la operación y el precio finalmente pagado por dichas acciones.

Impuesto sobre Sociedades. Exención aplicable a las rentas obtenidas a través de un establecimiento permanente

Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de febrero de 2018. Recurso 335/2015

Una entidad española desarrolla una actividad de concesión de préstamos a empresas de su grupo en Suiza, a través, de una sucursal debidamente inscrita en el Registro Mercantil. La sucursal dispone de una serie de certificados emitidos por las autoridades fiscales que acreditan que se trata de un establecimiento permanente en Suiza, que tiene su correspondiente número de identificación fiscal, que está sometida a imposición en Suiza y que el rendimiento de su

actividad financiera es atribuible a la sucursal. Además, la sucursal dispone del derecho a utilizar unas instalaciones en Suiza en virtud de un contrato de arrendamiento entre la sucursal y otra entidad del grupo.

La inspección considera que no ha quedado acreditada la existencia de un lugar fijo de negocios en Suiza en el que la sociedad española desarrolle toda o parte de su actividad económica. Además, incluso en el caso de que se aceptara la existencia de un lugar fijo de negocios desde el que se realiza una actividad, dicha actividad merecería la calificación de accesoria o auxiliar, con independencia de que se realice conforme a su objeto social. Por tanto, las rentas obtenidas a través de la sucursal no podrían beneficiarse de la exención a aplicable a las rentas obtenidas a través de un establecimiento permanente.

Por su parte, la Audiencia Nacional considera que la concesión de préstamos a filiales debe ser calificada de accesoria, ya que el mero cobro de intereses y, en su caso, renovación del principal de un préstamo a vencimiento sin necesidad de mediar negociación alguna no puede considerarse actividad financiera sustancial y significativa para el conjunto de la empresa. De esta manera, no puede aceptarse la existencia de un establecimiento permanente ni la aplicación de la exención.

[Portugal]

Pagamento indevido da prestação tributária - Admissibilidade da cumulação de juros indemnizatórios e de juros de mora sobre a mesma quantia e relativamente ao mesmo período de tempo

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 4/2017 (DR 180, Série I, de 18 de setembro de 2017)

O Acórdão em apreço foi proferido na sequência de apresentação pela AT de um recurso para uniformização de jurisprudência, relativamente à interpretação do artigo 43.º, n.º 5, da LGT, o qual estabelece que: «*No período que decorre entre a data do termo do prazo de execução espontânea de decisão judicial transitada em julgado e a data da emissão da nota de crédito, relativamente ao imposto que deveria ter sido restituído por decisão judicial transitada em julgado, são devidos juros de mora a uma taxa equivalente ao dobro da taxa dos juros de mora definida na lei geral para as dívidas ao Estado e outras entidades públicas*».

A questão a decidir pelo Supremo Tribunal Administrativo («STA»), e que tem vindo a ser objeto de vários processos judiciais, prende-se com a questão de saber se, nos casos em que a AT incumpre os prazos de execução voluntária de decisões judiciais transitadas em julgado, é admissível a atribuição cumulativa de juros de mora (à taxa agravada equivalente ao dobro da taxa de juros de mora definida na lei geral para as dívidas ao Estado e outras entidades públicas) e de juros indemnizatórios à taxa de 4% por ano, ambos a favor do sujeito passivo, sobre a mesma quantia (i.e. sobre o montante da prestação tributária indevidamente paga) e relativamente ao mesmo período de tempo (i.e. sobre o período que medeia entre a data limite de execução voluntária das referidas decisões judiciais e a emissão de nota de crédito).

No Acórdão proferido, o STA uniformizou a jurisprudência, nos seguintes termos: «*face ao preceituado no n.º 5 do art. 43.º da LGT, na redação dada pela Lei 64 -B/2011 de 30 de Dezembro, é admissível a atribuição cumulativa de juros indemnizatórios e de juros moratórios, calculados nos termos deste preceito legal, sobre a mesma quantia e relativamente ao mesmo período de tempo*.»

IRS – Residentes não habituais

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 718/2017 de 15 de novembro

No presente Acórdão, o Tribunal Constitucional («TC») analisou a constitucionalidade da interpretação do artigo 54.º do CPPT face aos artigos 20.º e 268.º n.º 4 da CRP, no seguinte sentido: a não impugnação autónoma de atos de indeferimento de pedidos de reconhecimento do estatuto de residente não habitual em Portugal, impede a impugnação judicial da decisão final de liquidação do imposto com fundamento em vícios daqueles.

O TC decidiu que a referida interpretação não se afigura inconstitucional, com fundamento no facto de o ato de reconhecimento do estatuto de RNH configurar um ato administrativo autónomo, com efeitos próprios e que se estendem para além do ato de liquidação do imposto que imediatamente se lhe segue, pelo que «*nada parece haver de anómalo, do ponto de vista da* ratio

subjacente a um tal regime, que a sua impugnação autónoma constitua para o contribuinte um ónus e não uma mera faculdade; ou, numa formulação mais próxima da seguida pela recorrente nas suas alegações, na regra segundo a qual, se aquele ato não for judicialmente impugnado, no prazo legalmente fixado para o efeito, não mais o poderá ser, excluindo-se a possibilidade de impugnação do ato consequente — como o de liquidação do tributo —, com fundamento em vícios que atinjam aquele seu ato pressuposto».

IRC - Juros Indemnizatórios

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 749/2017 (DR 247, Série II, 27 de dezembro de 2017)

No presente Acórdão, o «TC» analisou a constitucionalidade da interpretação do artigo 20.º n.º 1 alínea g) do Código do IRC (na redação em vigor à data dos factos relevantes) no sentido de que os juros indemnizatórios, atribuídos ao contribuinte pela cobrança ilegal de impostos ou pelo atraso no reembolso de impostos pagos em excesso, correspondem a rendimentos para efeito de incidência de IRC.

O TC decidiu não julgar inconstitucional esta interpretação por, *inter alia*: (a) não se mostrar constitucionalmente exigível que, na relação jurídica tributária, o Estado e o contribuinte estejam em posição absolutamente paritária, em caso de incumprimento; (b) a opção de incluir os juros indemnizatórios no conceito de rendimento também não merecer censura constitucional, designadamente, do ponto de vista dos princípios da tributação do rendimento real e da capacidade contributiva, gozando o legislador nesta matéria de «*uma margem de conformação que, embora constitucionalmente balizada por princípios materiais, lhe assegura alguma liberdade na escolha das soluções*».

IRC - Dedução de encargos financeiros - Sociedade Gestora de Participações Sociais («SGPS») - Inconstitucionalidade material

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 750/2017 de 15 de novembro de 2017

O Acórdão em apreço foi proferido na sequência do recurso, apresentado pela AT, da interpretação do disposto no n.º 2 do artigo 32.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais («EBF») (na redação conferida pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro) levada a cabo pelo Tribunal Arbitral na decisão recorrida.

No presente Acórdão, o TC foi chamado a pronunciar-se sobre a alegada inconstitucionalidade da interpretação do n.º 2 do artigo 32.º do EBF, na redação em vigor à data dos factos, nos termos da qual a exclusão da dedução dos encargos financeiros para determinação do lucro tributável de uma SGPS deve circunscrever-se aos encargos suportados com a obtenção de financiamentos diretamente relacionados com a aquisição de partes de capital.

No entendimento da AT, a referida interpretação adotada pelo Tribunal Arbitral: (i) viola o princípio da igualdade tributária por implicar uma discriminação fiscal negativa de uma SGPS pura (i.e. de uma SGPS que se dedique exclusivamente à gestão de participações sociais) por comparação a uma SGPS mista (i.e. a uma SGPS que, para além de gerir participações sociais, desenvolve outra atividade económica e concede créditos às sociedades por elas participadas), sem qualquer justificação para o efeito; e, (ii) viola o princípio da capacidade contributiva uma vez que a possibilidade de uma holding ou SGPS mista deduzir os encargos suportados com os financiamentos das suas atividades económicas acessórias implica o apuramento de um lucro tributável inferior ao que seria apurado por uma holding ou SGPS pura apesar de nos encontrarmos «*(...) perante sociedades com a mesma capacidade contributiva e, portanto, devendo ser sujeitas a tributação similar*».

O TC considerou que a interpretação do n.º 2 do artigo 32.º do EBF adotada pelo Tribunal Arbitral (no sentido de que a exclusão da dedução dos encargos financeiros para determinação do lucro tributável das SGPS se circunscreve aos suportados com a obtenção de financiamentos diretamente relacionados com a aquisição de partes de capital) não viola os princípios da igualdade tributária e da capacidade contributiva por não implicar um «*tratamento diferenciado, e muito menos discriminatório, entre as diferentes categorias de SGPS*» sendo que «*Em qualquer caso, seja o sujeito passivo uma holding mista ou pura, na interpretação seguida pela decisão recorrida, os encargos financeiros só não são dedutíveis na medida em que sejam conexionados diretamente com a aquisição de participações sociais*» e, em consequência, negou provimento ao recurso apresentado pela AT.

Qualificação jurídica da Taxa Municipal de Proteção Civil de Lisboa («TMPC») - Inconstitucionalidade orgânica

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 848/2017 de 13 de dezembro de 2017

O Acórdão em apreço foi proferido na sequência de pedido, apresentado pelo Provedor de Justiça de apreciação e declaração da inconstitucionalidade de diversas normas constantes do Regulamento Geral de Taxas, Preços e outras Receitas do Município de Lisboa, republicado pelo Aviso n.º 2926/2016, de 4 de março de 2016 («RGTPRML»).

A questão a decidir pelo TC prende-se com a qualificação jurídica da TMPC e eventual inconstitucionalidade das normas do RGTPRML, que estabelecem que a TMPC incide sobre o valor patrimonial tributário dos prédios urbanos ou frações, destes que estejam localizados em Lisboa (incluindo as normas que estabelecem uma tributação agravada sobre os prédios «*com risco acrescido por relação com a condição de degradado, devoluto ou em estado de ruína*»).

No Acórdão proferido, o TC veio - à semelhança do que havia decidido, no Acórdão nº 418/2017, relativamente à TMPC implementada em Vila Nova de Gaia - decidir que, em face dos contornos específicos da TMPC implementada pelo Município de Lisboa e, em particular, ante o facto de não ser, por um lado, possível «[...] *reconstituir qualquer relação suficientemente definida, certa e objetiva entre o conteúdo e valor das prestações do serviço municipal de proteção civil, por um lado, e o valor a suportar pelos titulares dos prédios, por outro*» e tendo em conta o «*caráter extremamente difuso [...] da relação entre a titularidade dos prédios e as prestações no âmbito da proteção civil a que (alegadamente) dá causa, ou da relação entre tais prestações e o respetivo «benefício» para os titulares do património imobiliário*», o referido tributo não pode ser configurado como uma contribuição financeira ou uma taxa, devendo antes ser qualificado como imposto.

Mais decidiu o TC que as referidas considerações «[...] *são transponíveis para a TMPC [aplicável aos prédios] com risco acrescido por relação com a condição de degradado, devoluto ou em estado de ruína por assentar apenas na capacidade contributiva revelada pela titularidade do direito real*» e encontrar-se desligada de «*qualquer relação de troca configurável neste contexto, aliás, em paralelo com o IMI*».

Em face da qualificação jurídica da TMPC implementada pelo Município de Lisboa como imposto, o TC concluiu pela inconstitucionalidade orgânica das normas «*constantes dos n.ºs 1 e 2 do artigo 59.º, dos n.ºs 1 e 2 do artigo 60.º, da primeira parte do artigo 61.º, dos n.ºs 1 e 2 do artigo 63.º e do n.º 1 do artigo 64.º*» do RGTPRML e declarou a sua inconstitucionalidade com força obrigatória geral.

IRC - Mais-valias - Valor dos imóveis vendidos em processos de insolvência abaixo dos respetivos valores patrimoniais tributários

Decisão arbitral, de 15 de março de 2018, proferida no processo n.º 710/2017-T

A decisão arbitral em apreço foi proferida na sequência da apresentação de pedido de pronúncia arbitral contra liquidação adicional de IRC emitida pela AT a uma empresa insolvente na sequência da realização de diversas vendas de imóveis abaixo dos respetivos valores patrimoniais tributários («VPTs»).

A questão a decidir pelo Tribunal Arbitral prende-se com a interpretação das normas previstas no artigo 64.º do CIRC, quando aplicáveis às vendas de imóveis abaixo dos respetivos VPTs que sejam realizadas no contexto de processos de insolvência.

O artigo 64.º, n.ºs 1 e 2, do CIRC estabelece que os «*Os alienantes e adquirentes de direitos reais sobre bens imóveis devem adoptar, para efeitos da determinação do lucro tributável nos termos do presente Código, valores normais de mercado que não podem ser inferiores aos valores patrimoniais tributários definitivos que serviram de base à liquidação do imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis (IMT) ou que serviriam no caso de não haver lugar à liquidação deste imposto*» e que, nos casos em que «*o valor constante do contrato seja inferior ao valor patrimonial tributário definitivo do imóvel, é este o valor a considerar pelo alienante e adquirente, para determinação do lucro tributável.*»

A AT entende que nos casos em que sejam vendidos imóveis abaixo dos respetivos VPTs no contexto de processos de insolvência, «*o valor relevante para efeitos de determinação da matéria tributável de IRC é o valor patrimonial tributário, por força do disposto no artigo 64.º, n.º 2, do CIRC*» salvo se a empresa insolvente acionar o procedimento de prova dos preços efetivos previsto no artigo 139.º do CIRC.

Por sua vez, a Requerente naquele processo arbitral entende que os valores a considerar são os que constam dos títulos de transmissão uma vez que o valor relevante, para efeitos de emissão da liquidação de IMT é «*o valor do contrato e não o VPT, conforme decorre do disposto na regra 16.ª do n.º 4 do artigo 12.º do CIMT, que constitui uma derrogação à regra geral constante no n.º 1 do artigo 12.º do dito CIMT que manda comparar o VPT com o preço declarado constante no acto ou no contrato prevalecendo o que for maior*» e «*se para efeitos de IMT o valor sobre o qual a respectiva taxa incidiria (...) seria justamente o preço da transmissão e não o VPT, ainda que superior, para efeitos de IRC, face ao disposto no supracitado n.º 1 do artigo 64.º do CIRC, a regra é exactamente a mesma e, consequentemente, o lucro tributável para efeitos deste imposto deve ser o preço constante no contrato e não o VPT*».

Na decisão arbitral em análise, o Tribunal Arbitral decidiu que a referência à arrematação judicial constante da regra 16.ª do n.º 4 do artigo 12.º do CIMT: «(...) *é de interpretar (...) como reportando-se a qualquer modalidade de venda judicial.» conforme resulta da Circular 22/2009, na qual pode ler-se que: «(...) a venda por negociação particular, realizada no âmbito de um procedimento judicial, tem o controlo do magistrado competente e é por este sindicada, pelo que, para efeitos da regra 16 do n.º 4 do artigo 12.º do CIMT, integra o conceito de arrematação judicial*» e que, «*A razão que explica esta regra é o controle que existe sobre o valor real da venda quando é feita judicial ou administrativamente, pois há um acto de uma entidade investida em poderes públicos que assegura qual foi o valor real da venda.*».

Em face do exposto, o Tribunal concluiu que, «*para efeitos do n.º 1 do artigo 64.º do CIRC, os valores mínimos que deviam ser adotados para determinação do lucro tributável eram os que constam dos contratos de vendas operadas em processos judiciais, por serem esses os que deveriam ser considerados para efeitos de liquidação de IMT*», julgou totalmente procedente o pedido arbitral apresentado e ordenou a anulação da liquidação adicional de IRC.

3 · RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

Procedimiento tributario. Relación entre el efecto vinculante de las contestaciones a consultas de la Dirección General de Tributos y la doctrina vinculante del Tribunal Económico Administrativo Central

Resolución del TEAC de 8 de marzo de 2018 (00/7502/2015/)

La resolución concluye que, en el contexto de una comprobación tributaria, el criterio sentado por una resolución del Tribunal Económico Administrativo Central vincula a toda la Administración tributaria y también prevalece respecto del criterio de la Dirección General de Tributos. El único límite que se establece es que se debe tratar de una comprobación iniciada con posterioridad a la doctrina del tribunal y debe ir referida a ejercicios no prescritos.

Además, se aclara que el cambio de criterio de interpretación de una norma no es un cambio normativo y, por tanto, sus efectos no se ven afectados por los límites temporales del artículo 10.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Consolidación fiscal. Aplicación retroactiva de la jurisprudencia del TJUE sobre los grupos fiscales horizontales

Resolución del TEAC de 8 de marzo de 2018 (00/3888/2016)

En el supuesto analizado por la Resolución del TEAC, tres sociedades españolas no habían aplicado el régimen de consolidación fiscal debido a que, con la normativa vigente hasta el 31 de diciembre de 2014, dos sociedades hermanas no podían consolidar cuando su matriz común no era residente en territorio español. Sin embargo, esta normativa se modificó con efectos desde el 1 de enero de 2015 para adecuarse a los criterios sentados por el TJUE en su sentencia de 12 de junio de 2014, en la que se consideraba que un régimen fiscal de consolidación que imponía esa limitación era contrario a la libertad de establecimiento.

Con base en lo anterior, las sociedades españolas solicitan la aplicación del régimen de consolidación fiscal en los periodos impositivos 2011 a 2014. Las recurrentes consideran que la normativa anterior era contraria a la libertad de establecimiento y que, dado que la sentencia del TJUE no limitaba sus efectos, podía afectar a los ejercicios no prescritos.

El TEAC entiende que, en aplicación de la sentencia del TJUE, debe quedar sin efecto el requisito por el cual las sociedades hermanas no pudieron consolidar al estar controladas por una

matriz no residente en territorio español. Por tanto, resulta procedente la aplicación del régimen de consolidación fiscal siempre y cuando se cumplieran las condiciones establecidas en la normativa vigente en los ejercicios 2011 a 2014. En este sentido, el TEAC reconoce los efectos *ex tunc* derivados de las sentencias del TJUE, salvo que en ellas se indique expresamente lo contrario, y dicho reconocimiento exige aplicar retroactivamente el pronunciamiento del TJUE con el único límite de respetar las situaciones jurídicas firmes.

Adicionalmente, en relación con los requisitos para la aplicación del régimen de consolidación, el TEAC concluye que no cabe exigir que el acuerdo de opción por el régimen de consolidación se hubiera adoptado con anterioridad al período impositivo en el que se va a aplicar por primera vez, puesto que se vaciaría de contenido de la STJUE y sus efectos *ex tunc*.

Impuesto sobre la Renta de las Persona Físicas. Indemnizaciones exentas. Intereses de demora

Resolución del TEAC de 10 de mayo den 2018 (00/5260/2017)

El TEAC analiza la tributación de los intereses indemnizatorios derivados del retraso en el pago de una indemnización exenta a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

A juicio del TEAC, los intereses se configuran como accesorios al carácter indemnizatorio del daño personal, físico o psíquico, que ampara la exención, que tratan de compeler a los aseguradores para un pronto pago y, al mismo tiempo, compensar a las víctimas del retraso en el abono de la indemnización. Por ello, tales intereses, si bien están sujetos al impuesto, se encuentran amparados por la exención al participar de la naturaleza indemnizatoria del principal al que responden.

4 · CONSULTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS

Impuesto sobre el Patrimonio. Exención aplicable a la tenencia de participaciones en sociedades. Remuneración de funciones directivas

Consultas de 21 y 23 de marzo de 2018 (V0758-18 y V0810-18)

La Dirección General de Tributos confirma que, a efectos de la exención prevista en el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, no es preciso que las funciones directivas ejercidas en una determinada entidad *holding* sean remuneradas por dicha entidad, sino que podrían ser remuneradas por sus filiales, siempre y cuando se prevea en la escritura de constitución o en los estatutos sociales de estas últimas entidades.

Impuesto sobre Sociedades. Reserva de capitalización. Mantenimiento de los fondos propios en el seno de un grupo fiscal

Consulta de 5 de febrero de 2018 (V0255-18)

En la consulta se plantea si el requisito de mantenimiento de los fondos propios se vería afectado por el reparto de reservas voluntarias por una sociedad dependiente del grupo fiscal a otra sociedad que también es parte del mismo grupo.

La DGT concluye que, cuando un grupo de entidades tribute conforme al régimen especial de consolidación fiscal, los requisitos para la aplicación de la reserva de capitalización se referirán al grupo fiscal. Por tanto, la disposición de cualquiera de los conceptos que forman parte de los fondos propios en la fecha de cierre del ejercicio en el que se produce el incremento, no supondría el incumplimiento del requisito de mantenimiento, siempre que dicho importe de incremento de fondos propios se mantenga en términos del grupo durante el plazo de mantenimiento. En el caso concreto analizado, el reparto de reservas no supone un incumplimiento, siempre que en los cinco años de mantenimiento se mantenga el incremento de fondos propios en términos de grupo.

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto sobre el Patrimonio. Tributación de las criptomonedas

Consulta de 22 de marzo de 2018 (V0808-18)

Consulta 1 de marzo de 2018 (V0590-18)

A efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la compraventa de monedas virtuales que no se realicen en el ámbito de una actividad económica dará lugar a una alteración patrimonial por la diferencia entre el valor de transmisión y el de adquisición. Esa alteración

patrimonial se imputará al ejercicio en que se entreguen las monedas virtuales en virtud del contrato de compraventa, con independencia del momento en que se perciba el precio de la venta. Ello sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la regla especial para operaciones con precio aplazado.

En el ámbito del Impuesto sobre el Patrimonio, las criptomonedas deberán declarase por su precio de mercado determinado a fecha de devengo (es decir, a 31 de diciembre de cada año). En este sentido, la DGT considera que se debe seguir la misma regla que se aplicaría para un capital en divisas, que se declara por su valor equivalente en euros a la fecha de devengo.

Impuesto sobre el Valor Añadido. Exención aplicable a la transmisión de terrenos

Consulta de 9 de enero de 2018 (V0020-18)

Se plantea la tributación en el Impuesto sobre el Valor Añadido de la transmisión de una serie de fincas que forman parte de la unidad de ejecución única de un Plan parcial, cuyo sistema de ejecución es el de cooperación. La ejecución material de las obras de urbanización del sector se encuentra avanzada aproximadamente en un 4 % del total del sector.

No obstante, se aclara que las obras de urbanización van a ser desarrolladas en dos etapas o fases independientes y consecutivas de obra, de conformidad con lo dispuesto en el Plan parcial del sector.

A juicio de la DGT, las obras de urbanización de la fase primera, en el sentido de transformación material de los terrenos, ya se han iniciado, por lo que cabe concluir que dichos terrenos comprendidos en la fase primera se encuentran en curso de urbanización y su transmisión no estará exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Por su parte, la ejecución material de las obras correspondientes a la segunda fase no tendrá lugar en tanto no finalice la transformación física del suelo de la primera fase o se cumplan una serie de condiciones que no concurren a día de hoy. En estas circunstancias, tratándose de fases independientes, puede decirse que los terrenos comprendidos en la fase segunda no tendrán la consideración de terrenos urbanizados ni en curso de urbanización, así como tampoco de terrenos edificables, por lo que su entrega realizada por un empresario o profesional a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido estará sujeta pero exenta de dicho impuesto. Ello sin perjuicio de la posibilidad de renunciar a la aplicación de la referida exención en los términos y con los requisitos establecidos en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Impuesto sobre el Valor Añadido. Exención de los servicios de mediación en determinadas operaciones financieras

Consulta de 28 de febrero de 2018 (V0583-18)

La DGT analiza en esta contestación la posible aplicación de la exención prevista en la letra m) del artículo 20.Uno.18.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido por parte de una entidad financiera *online* que va a suscribir un contrato de prestación de servicios con varias entidades intermediarias cuyo objeto consistirá en la comercialización de tarjetas de crédito y productos adicionales a ellas.

A efectos de aplicar la exención, la DGT recuerda que es preciso dilucidar si la labor desarrollada por la consultante puede definirse como mediación, a efectos del impuesto, o si, por el contrario, debe catalogarse como un mero suministro de información o publicidad a la luz de lo establecido en la jurisprudencia del TJUE.

Así, la DGT entiende que la mera recolección de información sobre un potencial cliente no es suficiente para aplicar la exención si dicha recolección no va acompañada de cierta evaluación, análisis o filtrado, de modo que la información suministrada a la entidad tenga cierto valor añadido y permita o facilite la contratación del producto.

UNIÓN EUROPEA*

1 · JURISPRUDENCIA

El principio ne bis in idem puede limitarse con el fin de proteger los intereses financieros de la UE

Sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de marzo de 2018 en los asuntos C-524/15 Luca Menci (as. C-524/15), Garlsson Real Estate SA y otros/Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (as. C-537/16), y los asuntos acumulados Enzo Di Puma/Consob y Consob/Antonio Zecca (as. C-596/16 y C-597/16)

El Tribunale di Bergamo y la Corte Suprema di Cassazione plantearon una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la UE sobre la compatibilidad de la acumulación de procedimientos y sanciones con el principio *ne bis in idem*.

El Tribunal de Justicia ha declarado que las limitaciones al principio *ne bis in idem* requieren una justificación, que debe ajustarse a las exigencias derivadas del Derecho de la UE. A este respecto, señala que una normativa nacional que autorice la acumulación de procedimientos y sanciones de carácter penal debe (i) responder a un objetivo de interés general que pueda justificar dicha acumulación de procedimientos y sanciones, los cuales deberán tener finalidades complementarias; (ii) establecer normas claras y precisas que permitan al justiciable prever qué actos y omisiones pueden ser objeto de tal acumulación de procedimientos y sanciones; (iii) garantizar que los procedimientos están coordinados entre ellos para limitar a lo estrictamente necesario la carga adicional que esa acumulación suponga para las personas afectadas y; (iv) garantizar que la gravedad del conjunto de las sanciones impuestas se limite a lo estrictamente necesario con respecto a la gravedad de la infracción de que se trate.

En este sentido, el Tribunal de Justicia estima que corresponde al juez nacional comprobar si se cumplen estas exigencias en el caso concreto y asegurarse también de que las cargas que se deriven de la acumulación para la persona afectada no sean excesivas con respecto a la gravedad de la infracción cometida. Por último, el Tribunal de Justicia ha considerado que las exigencias a las que el Derecho de la UE supedita una posible acumulación de procedimientos y sanciones de carácter penal garantizan un nivel de protección del principio *ne bis in idem* que no vulnera el garantizado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Los Estados miembros pueden prohibir y sancionar penalmente el ejercicio ilegal de la actividad de transporte en el marco del servicio uberPOP sin notificar previamente a la Comisión el proyecto de ley que tipifica como delito dicho ejercicio

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de abril de 2018 Uber France SAS (as. C-320/16)

La Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, obliga a los Estados miembros a notificar a la Comisión todo proyecto de ley o de reglamento que establezca reglas técnicas relativas a los productos y servicios de la sociedad de la información.

En su sentencia de 20 de diciembre de 2017 en el asunto Uber España, el Tribunal de Justicia determinó que el servicio uberPOP propuesto en España estaba comprendido en el ámbito del transporte y no constituía un servicio de la sociedad de la información en el sentido de la Directiva.

Por lo tanto, la sentencia ha determinado que los Estados miembros pueden prohibir y sancionar penalmente el ejercicio ilegal de una actividad de transporte como uberPOP sin tener que notificar previamente a la Comisión el proyecto de ley que tipifica como delito dicho ejercicio.

---

* Esta sección ha sido coordinada por Edurne Navarro, y en su elaboración han participado Raquel Lapresta, Jordi Calvet y Pedro Láinez, del Grupo de Coordinación de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea, Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid y Bruselas).

La marca «La Mafia se sienta a la mesa» es contraria al orden público

Sentencia del Tribunal General de 15 de marzo de 2018 La Mafia Franchises, S.L./EUIPO (as.T-1/17)

Italia presentó en 2015 un solicitud ante la EUIPO con objeto de que se declarase la nulidad de la marca «*La Mafia se sienta a la mesa*» por considerar que era contraria al orden público y a las buenas costumbres. La EUIPO admitió la referida solicitud al concluir que dicha marca promovía manifiestamente la organización criminal conocida con el nombre de *mafia* y que, además, el conjunto de los elementos denominativos de dicha marca transmitía un mensaje de convivialidad y de banalización del elemento denominativo *la mafia*.

El Tribunal General ha desestimado el recurso interpuesto por La Mafia Franchises y ha confirmado la resolución de la EUIPO al considerar que el elemento denominativo *la mafia* evoca manifiestamente en el público pertinente el nombre de una organización criminal responsable de atentados particularmente graves contra el orden público y que dicha marca da una imagen globalmente positiva de esa organización y banaliza los graves ataques que perpetra contra los valores fundamentales de la UE. Por lo tanto, el Tribunal General ha considerado que la citada marca puede provocar u ofender a cualquier persona que se encuentre ante dicha marca y tenga umbrales medios de sensibilidad y tolerancia, y con base en ello declara su nulidad.

El complemento de pensión concedido en España a los trabajadores en situación de incapacidad permanente total es compatible con la percepción de una pensión de jubilación de otro Estado miembro o de Suiza

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de marzo de 2018 Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) / José Blanco Marqués (as. C-431/16)

La normativa española prevé un incremento de la pensión de incapacidad permanente total cuando el trabajador tiene al menos 55 años. El Sr. José Blanco Marqués es titular de una pensión española de incapacidad permanente total y tenía más de 55 años cuando se le concedió un complemento equivalente al 20 % de la base reguladora tenida en cuenta para determinar el importe de la pensión. Cuando alcanzó la edad de 65 años, el Sr. Blanco Marqués obtuvo, a partir de marzo de 2008, una pensión de jubilación de la Seguridad Social suiza, que se le concedió teniendo en cuenta exclusivamente las cotizaciones abonadas al régimen de seguridad social obligatorio suizo. En febrero de 2015, el INSS suprimió el complemento del 20 % que percibía el Sr. Blanco Marqués por estimar que era incompatible con la percepción de una pensión de jubilación, y le exigió que reintegrara la cuantía correspondiente a los importes abonados en concepto de dicho complemento.

El Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, señala que solo existe incompatibilidad entre las pensiones provenientes de distintos Estados miembros si la normativa nacional establece que se tengan en cuenta, a estos efectos, las prestaciones o los ingresos adquiridos en el extranjero.

En este sentido, el Tribunal de Justicia ha declarado que debe considerarse que el complemento concedido al trabajador en España y la pensión de jubilación adquirida por el mismo trabajador en Suiza son de la misma naturaleza, en el sentido del reglamento, lo que podría entrañar su incompatibilidad. En este sentido, considera que el complemento y la pensión de incapacidad permanente total presentan características análogas a las de las prestaciones de vejez, ya que tienen por objeto garantizar medios de subsistencia a estos trabajadores durante el período comprendido entre la declaración de su situación de invalidez permanente total y su edad de jubilación.

Finalmente, el Tribunal de Justicia ha declarado que la norma nacional que prohíbe la acumulación, y que constituye una cláusula de reducción en el sentido del reglamento, no es aplicable a ese complemento, ya que no está incluida en un anexo del reglamento mencionado y, por lo tanto, no cumple uno de los requisitos acumulativos exigidos en él.

BIBLIOGRAFÍA*

VV. AA.: *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero* (A. Fernández-Albor Baltar y E. F. Pérez Carillo, dirs.; M. R. Torres Carlos, coord.), Madrid: Marcial Pons, 2018.

Este libro analiza las tendencias de los últimos años en materia de gobierno corporativo partiendo de un recordatorio de las reformas llevadas a cabo en el ámbito del Derecho societario y de los servicios financieros. Los primeros capítulos se ocupan de las normas legales y recomendaciones aplicables a las sociedades cotizadas, del estudio de los productos de ahorro e inversión o de la responsabilidad social corporativa en sus vertientes tributaria y de tecnologías de la información. Se dedica un capítulo al gobierno corporativo de las entidades de crédito y, en particular, al estatuto jurídico, composición y retribución del consejo de administración. A continuación se abordan la buena gobernanza de las sociedades mercantiles de intermediación financiera (empresas de servicios de inversión o aseguradoras), diferentes tipologías de empresa familiar, fundaciones, asociaciones y cooperativas. En la segunda parte de la obra —centrada en los actores y el control del buen gobierno—, se estudian distintas facetas que atañen a los administradores societarios: retos y reformas, retribuciones, comisiones internas del consejo o cuestiones sobre equidad de género. También se dedican capítulos al derecho comparado portugués y estadounidense, al papel de la junta general de accionistas de las sociedades cotizadas o a los denominados *proxy advisors.* En el ámbito del control, clientela y aspectos internacionales, se incluyen capítulos dedicados a los programas de cumplimiento, al control de cuentas y al papel de auditores y expertos externos. Especial atención se dedica a la protección del usuario de servicios de inversión, a los clientes bancarios minoristas y al análisis de los productos derivados.

COSTA GONÇALVES, Pedro: *Direito dos Contratos Públicos,* Volume I, Coimbra: Almedina, 2018 (2.ª edição).

O presente livro contém uma exposição do enquadramento da contratação pública no ordenamento jurídico português, abordando uma grande variedade de matérias no âmbito do regime jurídico dos contratos públicos. Através desta nova edição o Autor promove a atualização deste manual em função da revisão do Código dos Contratos Públicos em 31 de agosto de 2017.

Este manual divide-se em duas partes, a primeira sobre «Contrato, Administração Pública e Direito Administrativo» (Parte I) e a segunda dedicada ao «Regime da contratação pública no Código dos Contratos Públicos» (Parte II).

VV. AA.: *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia* (M. E. Casas Bahamonde, y R. Gil Alburquerque, dirs.; I. García-Perrote Escartín, A. Gómez García-Bernal y A. V. Sempere Navarro, coords.), Madrid: Francis Lefebvre, 2018.

La obra está dividida en 48 capítulos en los que se desarrollan las siguientes materias: constitucionalismo social europeo, con referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; instituciones y fuentes; la eficacia de las directivas; la relación entre tribunales europeo y estatales, con especial consideración de la cuestión prejudicial; la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia por los órganos jurisdiccionales nacionales; el concepto de trabaja-

* Sección realizada por M.ª Luisa Macías Romero, Claudia Gonçalves y Víctor Montelongo, del Departamento de Gestión de Conocimiento.

dor; igualdad y no discriminación, con el estudio completo de ambos derechos, de las causas de la discriminación prohibida, de las acciones positivas y de los derechos de conciliación de la vida personal y familiar; libertades de circulación de trabajadores, incluidos los derechos de seguridad social, de prestación de servicios y de establecimiento, desplazamientos temporales de trabajadores, movilidad geográfica internacional e inmigración; contratación de duración determinada y a tiempo parcial, empresas de trabajo temporal, protección de datos personales, empleo y formación profesional; condiciones de trabajo, de seguridad y salud y de tiempo de trabajo (jornada, descansos, vacaciones): vicisitudes empresariales, sucesiones de empresas, despidos colectivos e insolvencia empresarial; representación de los trabajadores, derechos de información y consulta, comités de empresa europeos e implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas; autonomía colectiva europea, diálogo social, negociación colectiva y libre competencia, huelga y medidas de conflicto; empleo público; Derecho internacional privado y ley aplicable; competencia judicial; y regulación del Derecho de la Seguridad Social.

El libro incluye un completo anexo jurisprudencial ordenado cronológicamente de gran utilidad, al recoger toda la jurisprudencia citada en la obra, que es la más relevante jurisprudencia social del Tribunal de Justicia.

VV. AA.: *Liber Amicorum Gonzalo Jiménez-Blanco* (M. J. Menéndez Arias, dir.; J. R. Del Caño Palop, J. García de Enterría, R. Mínguez Prieto y L. Osorio Iturmendi, coords.), Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2018.

En esta obra homenaje al profesor Gonzalo Jiménez-Blanco se recogen 35 capítulos centrados en las materias en las que las que ha destacado su práctica: derecho de sociedades, derecho de mercados financieros, procesal y arbitraje, y derecho tributario.

En el ámbito societario hay interesantes artículos sobre el derecho de información del accionista minoritario y la Ley de Jurisdicción Voluntaria, sobre las comisiones de auditoría y buen gobierno de las sociedades cotizadas, sobre los consejeros dominicales en representación de participaciones menores o en relación a las distintas categorías de consejeros. En la parte dedicada a los mercados financieros se estudian la cesión de créditos impagados, las condiciones para el retraso por los emisores de la difusión de información privilegiada, cuestiones de actualidad de los procedimientos sancionadores de la CNMV, la propuesta de regulación de la Unión Europea en materia de titulizaciones y sobre la Propuesta de Directiva sobre Reestructuración Temprana: Unión Bancaria, Unión de los Mercados de Capitales y Derecho de la Insolvencia. Además, se añaden otros dos capítulos, uno sobre la transparencia del mercado primario de valores y otro relativo a la protección del inversor, MIFID II y normas relacionadas. En materia procesal se incluye un análisis sobre prejudicialidad comunitaria y su interrelación con la cuestión de inconstitucionalidad y el recurso de amparo. Sobre arbitraje hay varios

trabajos dedicados al gobierno de las instituciones arbitrales, a la lucha contra la corrupción, al arbitraje estatutario de las sociedades cotizadas, a la seguridad jurídica y los sistemas de solución de conflictos o a la relación entre el árbitro y la institución arbitral.

Los últimos capítulos se dedican al derecho tributario y, en concreto, a las propuestas de solución al colapso de los Tribunales Económico-Administrativos. Destaca también el artículo titulado «La simulación del derecho tributario: historia de una categoría mutante».

VV. AA.: *Estudos de Direito Bancário I* (António Menezes Cordeiro, Januário da Costa Gomes, Miguel Brito Bastos, Ana Alves Leal, coords.), Coimbra: Almedina, 2018 (1.ª edição).

A publicação da presente obra nasce do esforço conjunto dos seus coordenadores com vista à criação de uma nova coleção de estudos de Direito Bancário, tendo por base as intervenções dos mesmos no Curso de Pós-Graduação Avançada em Direito Bancário organizado pelo Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Para além das referidas intervenções, a presente coleção reúne também artigos de temas relacionados com as mesmas. Neste sentido, são abordados temas como a responsabilidade ban-

cária, a prevenção do branqueamento de capitais, os poderes do Banco de Portugal no âmbito de um processo resolução, a adequação dos membros de órgãos sociais de instituições de crédito, a concessão de crédito, entre outros.

VV. AA.: *Tratado de contratos del sector público* (E. Gamero Casado I. Gallego Córcoles, dirs.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

Monográfico dividido en tres tomos en los que se estudia la contratación del sector público de manera sistemática. Analiza la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, con todas sus novedades, e incorpora contenidos adicionales con el fin de abordar un estudio completo de los diferentes aspectos implicados en la contratación del sector público.

Ha sido realizado por especialistas en contratación pública, académicos, técnicos de las Administraciones públicas y letrados de sus servicios jurídicos, así como por abogados en ejercicio con dilatada experiencia en materia de contratación. Todo ello convierte a este tratado en una obra de referencia para todos aquellos que en su actividad profesional tengan que enfrentarse con la compleja problemática de la contratación pública.

VV. AA.: *Derecho de sociedades y de los mercados financieros. Libro Homenaje a Carmen Alonso Ledesma* (I. Fernández Torres, F. J. Arias Varona y J. Martínez Rosado, coords.), Madrid: Iustel, 2018.

Se trata de un compendio de más de sesenta trabajos en los ámbitos del derecho societario y financiero con los que se homenajea y destaca la trayectoria de la profesora Carmen Alonso Ledesma. Los artículos incluyen cuestiones como el interés social en la sociedad anónima cotizada, la posición del consejo en los supuestos de intervención de la junta en asuntos de gestión o administración extraordinaria, y las competencias de la junta en materia de activos esenciales en caso de concurso o sobre la junta universal sin sesión. Son destacables también los trabajos sobre el reparto legal mínimo de dividendos y la protección de socios y acreedores, o los relativos a la valoración de las relaciones negociales intragrupo, impugnación de acuerdos sociales e intervención del socio que votó a favor, y la figura del administrador de la filial.

En los capítulos dedicados a los mercados financieros se incluye un interesante trabajo sobre los denominados internalizadores sistemáticos y su régimen bajo las directivas MIFID I y MIFID II. También hay estudios sobre la idoneidad de los altos cargos de las entidades de crédito, productos financieros de «ahorro-inversión», sobre la primera aplicación del procedimiento de resolución bancaria por el MUR o un análisis de las denominadas *criptomonedas*. Finalmente, los tres últimos capítulos se ocupan de cuestiones inherentes a los concursos de acreedores, tales como el voto divergente en el convenio concursal, el perjuicio en la acción rescisoria o la liquidación concursal en el sector público y el caso de las sociedades concesionarias de autopistas.