

# CRÓNICA LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Unión Europea, España y Portugal

## ADMINISTRATIVO \*

### 1 · LEGISLACIÓN

[Portugal]

Transferência de  
Competências dos  
Municípios para as  
Freguesias

*Decreto-Lei n.º 57/2019, de 30 de abril (DR 83, Série I, de 30 de abril de 2019).*

A Lei n.º 50/2018, de 16 de agosto, aprovou a Lei-quadro da transferência de competências para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais, a efetuar a partir de 1 de janeiro de 2019 através de uma concretização gradual. Neste sentido, o artigo 38.º, n.º 2 daquela lei procede ao reforço de várias competências das freguesias em domínios integrados na esfera dos municípios.

Cumprindo este desiderato, o Governo veio concretizar, através do Decreto-Lei n.º 57/2019, de 30 de abril ("Decreto-Lei 57/2019"), a transferência de competências dos municípios para os órgãos das freguesias. Assim, nos termos do disposto no artigo 2.º, n.º 1, passam a ser da competência dos órgãos das freguesias: (i) a gestão e manutenção de espaços verdes; (ii) a limpeza das vias e espaços públicos, sarjetas e sumidouros; (iii) a manutenção, reparação e substituição do mobiliário urbano instalado no espaço público, com exceção daquele que seja objeto de concessão; (iv) a gestão e manutenção corrente de feiras e mercados; (v) a realização de pequenas reparações nos estabelecimentos de educação pré-escolar e do primeiro ciclo do ensino básico; (vi) a manutenção dos espaços envolventes dos estabelecimentos de educação pré-escolar e do primeiro ciclo do ensino básico; (vii) a utilização e ocupação da via pública; (viii) a afixação de publicidade de natureza comercial; (ix) a autorização da atividade de exploração de máquinas de diversão; (x) a autorização da colocação de recintos improvisados; (xi) a autorização da realização de espetáculos desportivos e divertimentos na via pública, jardins e outros lugares públicos ao ar livre; (xii) a autorização da realização de acampamentos ocasionais; e (xiii) a autorização da realização de fogueiras, queimadas, lançamento e queima de artigos pirotécnicos, designadamente foguetes e balonas, bem como a autorização ou receção das comunicações prévias relativas a queimas e queimadas. Ao abrigo do disposto no artigo 3.º, estas competências serão exercidas pelas juntas de freguesia.

No prazo de 90 dias após a entrada em vigor do Decreto-Lei 57/2019, a câmara municipal e cada uma das juntas de freguesia devem acordar uma proposta para a transferência de recursos para as freguesias com vista ao exercício das competências transferidas. Esta proposta deve conter a indicação dos recursos humanos e/ou patrimoniais e/ou financeiros que, anualmente, são transferidos para cada uma das freguesias na decorrência da transferência das competências.

O Decreto-Lei 57/2019 entrou em vigor no dia 1 de maio de 2019.

(\*) Esta sección ha sido coordinada por Javier Abril, y ha sido elaborada en su parte portuguesa por João Louro, Afonso Choon Dias y Maria Estela Lopes, abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

## [Portugal]

### Transferência de Competências para as Autarquias Locais e para as Entidades Intermunicipais

*Decreto-Lei n.º 58/2019, de 30 de abril (DR 83, Série I, de 30 de abril de 2019)*

Nos termos do artigo 4.º da citada Lei n.º 50/2018, de 16 de agosto, a transferência das novas competências, bem como a identificação da natureza das competências transferidas e a forma de afetação dos respetivos recursos são concretizadas através de diplomas legais de âmbito setorial relativos às diversas áreas a descentralizar da administração direta e indireta do Estado.

Cumprindo este propósito, o Governo aprovou o Decreto-Lei n.º 58/2019, de 30 de abril (“Decreto-Lei 58/2019”) que concretiza: (i) a transferência de competências para os municípios, comunidades intermunicipais e áreas metropolitanas de Lisboa e do Porto no domínio do serviço público de transporte de passageiros regular em vias navegáveis interiores, compreendendo os serviços públicos de transporte de passageiros regular, ainda que exercidos em áreas sob a jurisdição de qualquer administração ou autoridade marítima e portuária, designadamente quando tais serviços se encontrem integrados numa rede de transporte público de passageiros urbana, suburbana ou regional; e (ii) a transferência de competências para os municípios no domínio do transporte turístico de passageiros em vias navegáveis interiores, compreendendo os transportes turísticos locais entre municípios limítrofes ou no âmbito da mesma comunidade intermunicipal ou área metropolitana, excluindo-se o transporte turístico local que abrange mais do que uma comunidade intermunicipal.

Nos casos em que o serviço público regular de transporte de passageiros seja assegurado ao abrigo de uma concessão detida pelo Estado ou por entidade do setor empresarial do Estado, a transferência é objeto de processo negocial específico desencadeado por iniciativa do concedente ou da entidade local territorialmente competente.

O Decreto-Lei n.º 58/2019 entrou em vigor em 1 de maio de 2019.

### Transferência de Competências para os Órgãos Municipais

*Decreto-Lei n.º 72/2019, de 28 de maio (DR 102, Série I, de 28 de maio de 2019).*

Ainda em obediência ao disposto no artigo 4.º da citada Lei n.º 50/2018, de 16 de agosto, o Governo aprovou o Decreto Lei n.º 72/2019, de 28 de maio (“Decreto Lei 72/2019”), que concretiza a transferência de competências para os órgãos municipais do município territorialmente competente nos seguintes domínios: (i) gestão das áreas afetas à atividade de náutica de recreio e dos portos ou instalações de apoio à pesca não inseridos na área de jurisdição dos portos comerciais nacionais principais ou secundários; e (ii) gestão das áreas sob jurisdição portuária sem utilização portuária reconhecida ou exclusiva e de áreas urbanas de desenvolvimento turístico e económico não afetas à atividade portuária.

Ao abrigo do n.º 2, do artigo 1.º, as áreas a transferir ao abrigo do Decreto Lei n.º 72/2019 serão definidas através de protocolo a celebrar entre a autoridade portuária e o município respetivo. Conforme dispõe o n.º 1, do artigo 5.º, os municípios sucederão na titularidade de todos os direitos, obrigações e posições jurídicas que se encontrem afetos ao exercício das competências abrangidas por este diploma, bem como na universalidade dos bens e titularidade dos direitos patrimoniais e contratuais, mobiliários e imobiliários, que integrem a esfera jurídica da entidade transmissora e que respeitem à exploração das infraestruturas.

O Decreto Lei n.º 72/2019 entrou em vigor no dia 29 de maio de 2019.

### Regime jurídico aplicável às atividades do setor elétrico

*Decreto-Lei n.º 76/2019, de 3 de junho (DR 106, Série I, de 3 de junho de 2019).*

O Decreto-Lei n.º 76/2019, de 3 de junho (“Decreto Lei 76/2019”), veio introduzir alterações significativas ao regime jurídico aplicável às atividades de produção, armazenamento, transporte, distribuição e comercialização de energia elétrica, bem como à operação logística de mudança de comercializador e à organização dos respetivos mercados, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto.

Ao abrigo deste decreto-lei, o início do procedimento de atribuição da licença de produção passa a estar dependente da prévia atribuição de reserva de capacidade de injeção na rede

elétrica de serviço público ("RESP"). Conforme se descreve no preâmbulo do Decreto Lei 76/2019, esta alteração visa evitar que tanto os requerentes quanto a administração desenvolvam a sua atividade em procedimentos que, a final, não podem atingir a respetiva finalidade por falta de capacidade de receção na RESP.

A reserva de capacidade de injeção na RESP poderá ser atribuída através das seguintes modalidades: (i) título emitido pelo operador da RESP; (ii) acordo entre o requerente e o operador da RESP, permitindo ao requerente desenvolver a sua atividade mesmo quando a RESP não possui a necessária capacidade de receção, custeando o requerente a construção ou reforço de infraestruturas; ou (iii) procedimento concorrencial, designadamente leilão eletrónico, para os casos em que se verifica concorrência de pretensões em determinado ponto de receção de energia na RESP.

De forma a assegurar a obtenção da licença de produção e, quando aplicável, o cumprimento das condições do procedimento concorrencial, a atribuição da reserva de capacidade de injeção na RESP fica dependente da prestação de caução pelo requerente. O montante da caução varia de acordo com a modalidade de atribuição da reserva de capacidade: (i) € 10.000,00/MVA de reserva de capacidade a atribuir nos casos de títulos emitidos pelo operador da RESP; (ii) valor máximo entre 5 % dos encargos assumidos ou € 10.000,00/MVA de reserva de capacidade a atribuir, nos casos em que seja celebrado acordo entre o interessado e o operador da RESP; ou (iii) valor estabelecido no procedimento concorrencial para a atribuição de reserva de capacidade de injeção na RESP.

O Decreto Lei 76/2019 veio ainda estabelecer que o título de reserva de capacidade e a licença de produção só poderão ser transmitidos após a obtenção da licença de exploração e mediante autorização da entidade licenciadora.

No que respeita à atividade de distribuição de energia elétrica em baixa tensão, o concedente terá a opção de incluir ou não a rede de iluminação pública no objeto de concessão.

Prevê-se ainda que a produção de eletricidade a partir de fontes de energia renovável, baseada numa só tecnologia de produção, com capacidade instalada até 1 MW, destinada à venda total de energia à rede, passa a beneficiar de um regime de registo prévio e da obtenção de certificado de exploração, mediante procedimento simplificado efetuado através de plataforma eletrónica.

As alterações introduzidas pelo Decreto-Lei 76/2019 aplicam-se aos processos pendentes na Direção Geral de Energia e Geologia ("DGEG"), sem prejuízo dos atos já praticados no âmbito dos mesmos. Tais processos ficarão suspensos até à obtenção do título de reserva de capacidade de injeção na RESP. Ficam excluídos desta regra os processos pendentes na DGEG que se encontrem a aguardar capacidade de injeção da RESP, na sequência de sorteio e tendo sido a caução já prestada, caso em que deverá ser atribuída a capacidade de injeção na RESP assim que a mesma se encontre disponível.

O Decreto Lei 76/2019 prevê a revogação do regime da produção de eletricidade através de unidades de pequena produção a partir de energias renováveis, previsto no Decreto Lei n.º 153/2014, de 20 de outubro. No entanto, esta revogação produzirá efeitos apenas quatro meses após a publicação do Decreto Lei 76/2019.

O Decreto-Lei 76/2019 entrou em vigor no dia 4 de junho de 2019, com exceção do artigo 8.º, referente à norma transitória, que atribui ao comercializador de último recurso a função de facilitador de mercado de determinados centros electroprodutores, que entra em vigor apenas 45 dias após a sua publicação.

### Regime jurídico aplicável às atividades do setor elétrico

#### *Declaração de Retificação n.º 36/2019, de 30 de julho (DR 144, Série I, de 30 de julho de 2019)*

A Declaração de Retificação n.º 36/2019, de 30 de julho ("Declaração de Retificação 36/2019"), veio retificar o Decreto-Lei n.º 76/2019, de 3 de julho ("Decreto-Lei 76/2019"), o qual veio, por sua vez introduzir alterações significativas no regime jurídico aplicável às atividades de produção, armazenamento, transporte, distribuição e comercialização de energia elétrica, bem como à operação logística de mudança de comercializador e à organização dos respetivos mercados, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto.

A maioria das retificações introduzidas ao abrigo da Declaração de Retificação 36/2019 traduzem-se em correções de lapsos gramaticais, ortográficos ou numéricos, com exceção de uma retificação que introduz uma correção material no texto do diploma. De acordo com o n.º 5 da Declaração de Retificação 36/2019, no n.º 8 do artigo 4.º do Anexo III do Decreto-Lei 76/2019 (que republica o Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto), onde se lia “8 – A cada centro eletroprodutor corresponde uma licença de produção de eletricidade quando as unidades de produção utilizem a mesma fonte primária.” deve ler-se o seguinte: “8 – A exploração em regime industrial de cada um dos grupos geradores que, nos termos da licença de produção, compõem o centro eletroprodutor, depende da prévia obtenção de licença de exploração”. Com esta retificação, veio-se, assim, corrigir o lapso material no texto publicado do Decreto-Lei 76/2019, que consistiu na repetição do texto do n.º 6 do artigo 4.º, e introduzir o texto que deveria inicialmente constar do n.º 8 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 76/2019.

Nos termos do n.º 4 do artigo 5.º da Lei n.º 74/98, de 11 de novembro, a Declaração de Retificação 36/2019 reporta os seus efeitos à data de entrada em vigor do Decreto-Lei 76/2019, ou seja, produzindo efeitos a contar do dia 4 de junho de 2019, data em que o Decreto-Lei 76/2019 entrou em vigor.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Espanña]

**Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: resoluciones que rechazan la tramitación de escritos procesales por un error padecido al cargar los datos del formulario normalizado que debe cumplimentarse en la plataforma Lexnet**

*Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional n.º 55/2019, de 6 de mayo de 2019*

La sentencia resuelve el recurso de amparo interpuesto contra dos resoluciones del letrado de la administración de justicia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que resolvieron tener por no presentado el escrito de impugnación del recurso de casación para la unificación de doctrina, remitido a través del sistema Lexnet por el representante procesal, al haber incurrido éste en un error al cargar los datos del formulario normalizado que debe cumplimentarse en dicha plataforma para el correspondiente envío del escrito, en concreto al haber marcado la opción de «Casación» (código 1) y no la de «Unificación de doctrina» (Código 8).

Considera el TC que la demanda de amparo ha de ser estimada al apreciarse la vulneración del derecho a no padecer indefensión de la recurrente (art. 24.1 CE), atendiendo a las siguientes razones:

- (i) La recurrente ha reconocido que, al rellenar el formulario normalizado, el representante de la recurrente cometió un error al seleccionar el código del procedimiento, si bien se explica en la demanda que no venían indicadas de modo completo cada una de las dos modalidades de casación (la del régimen común y la casación para la unificación de doctrina), lo que le hubiera permitido saber que solo podía elegir una de ellas, cuando parecía en cambio que debía pulsar las dos para formar toda la frase («casación» y «unificación de doctrina»). Entiende el TC que no es irrelevante la circunstancia de que el sistema no sea del todo claro y pueda inducir a esa confusión, así como que en casos de simple error en los datos del formulario este no genere ningún aviso que dé margen a la persona para subsanarlo.

El TC hace la siguiente reflexión: “*la modernización de la administración de justicia mediante la generalización en el uso de las nuevas tecnologías y, en lo que aquí nos atañe, a través de las comunicaciones electrónicas procesales, no constituye un fin en sí mismo sino un instrumento para facilitar el trabajo tanto del órgano judicial, como de los justiciables que actúan en los procesos a través de los profesionales designados o directamente por ellos cuando esto último es posible. No pueden en ningún caso erigirse tales medios tecnológicos, en impedimento o valladar para la obtención de la tutela judicial a la que «todas las personas» (art. 24.1 CE) tienen derecho.*”

- (ii) Además, el resto del procedimiento transcrito en el formulario era correcto y el órgano judicial de destino era el mismo. Su secretaría era la responsable de los expedientes

electrónicos a su cargo, donde reposa la información necesaria para determinar si el escrito correspondía realmente al recurso de casación común o al de unificación de doctrina.

- (iii) En todo caso —considera el TC—, el formulario normalizado cumple un papel accesorio, de facilitación de la comunicación electrónica, pero no deviene condicionante de la validez del escrito procesal remitido («el escrito principal» cargado con éste). Es el escrito de impugnación del recurso de casación redactado y cargado en Lexnet el que debía ser examinado por la secretaría de la sala, en orden a dilucidar si permitía tenerlo por recibido y unirlo a las actuaciones de uno de sus procedimientos. Y, en el presente caso, en dicho escrito constaba perfectamente el procedimiento de referencia.

En definitiva, las resoluciones impugnadas, que sostuvieron que no era válida la presentación del escrito, acordando incluso su devolución al conferir un carácter esencial e insubsanable al dato erróneo consignado en el formulario normalizado, en detrimento del análisis que resultaba exigible del propio contenido del escrito procesal, vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la demandante. Por ello, el TC acuerda retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior al dictado de la primera de estas resoluciones.

**El Tribunal Constitucional ampara a la Administración General del Estado y acuerda que el Tribunal Supremo debe interponer una cuestión prejudicial ante el TJUE para inaplicar la normativa nacional sobre el régimen de financiación del bono social eléctrico**

*Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional n.º 53/2019, n.º 57/2019, n.º 54/2019, n.º 58/2019 y n.º 59/2019, de 6 de mayo de 2019*

Siguiendo la doctrina fijada por la sentencia dictada por el Pleno del TC con fecha 26 de marzo de 2019, su Sala Segunda ha estimado diversos recursos de amparo promovidos por la Administración General del Estado contra sucesivas sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) que habían estimado que el modelo de financiación del bono social (regulado en el art. 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico), que atribuía su coste a las matrices de los grupos de sociedades o sociedades que simultáneamente desarrollen las actividades de producción, distribución y comercialización, no se acomodaba con lo previsto en el artículo 3.2 de la Directiva 72/2009/CE, sobre normas para el mercado interior de la electricidad, pues era contrario a los principios de claridad, transparencia, no discriminación y proporcionalidad.

Recordemos que el Tribunal Supremo había alcanzado esa conclusión sin haber planteado previamente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que es el supremo intérprete del Derecho de la Unión Europea. Y ello porque consideró aplicable al caso la doctrina sobre “el acto aclarado”, al entender que en el caso enjuiciado se suscita una cuestión materialmente idéntica a otras que se plantearon en casos análogos, concretamente en los asuntos “Federutility” y “Anode”, que dieron lugar a las correspondientes sentencias del TJUE.

El Tribunal Constitucional no efectúa ningún pronunciamiento sobre si el sistema de financiación del bono social entonces vigente era o no compatible con lo dispuesto en la Directiva citada, al ser esta una cuestión ajena a su cometido. Por el contrario, sí dilucida sobre el aspecto esencial de la controversia, que consiste en resolver si el hecho de que el Tribunal Supremo dejara de aplicar una norma nacional, sin previamente plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, vulnera los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y al proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE).

A juicio del Tribunal Constitucional, no resulta aplicable la doctrina del “acto aclarado” que el órgano judicial invocó para considerarse eximido de plantear cuestión prejudicial, principalmente porque *“aunque el precepto interpretado por el TJUE tuviera el mismo contenido tanto en la Directiva del sector eléctrico como en la relativa al sector del gas, no se trataba de las mismas Directivas ni del mismo sector ni los problemas abordados, respectivamente, por las sentencias Federutility y Anode y por la sentencia impugnada en este recurso son exactamente iguales. Por ello, no puede concluirse que, mediante las referidas sentencias, el TJUE hubiera aclarado una cuestión idéntica y suscitada en un caso análogo al enjuiciado por el Tribunal Supremo, que son los requisitos fijados por el TJUE para apreciar la concurrencia del “acto aclarado” y enervar la obligación que tienen los tribunales nacionales de plantear cuestión prejudicial”*.

En consecuencia, al quedar descartada la aplicación al caso de la doctrina sobre el “acto aclarado”, se estima que el órgano judicial no estaba exento de plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE y, al no haberla formulado, vulneró el derecho a un proceso público con todas las garantías que reconoce el artículo 24.2 CE.

**Posibilidad de interponer un recurso contencioso-administrativo estando pendiente de resolución un recurso potestativo de reposición presentado de forma extemporánea; y posibilidad de interponer un recurso contencioso-administrativo contra un acto recurrido en reposición, habiéndose desistido previamente de este, aun sin que se haya esperado a la resolución sobre el desistimiento**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 12 de julio de 2019*

La Sala Tercera del Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la formación de jurisprudencia interpuesto contra la sentencia de 20 de abril de 2018, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Esta última sentencia había inadmitido la interposición de un recurso contencioso-administrativo frente a una resolución sancionadora debido a que el previo desistimiento de un recurso potestativo de reposición, presentado de forma extemporánea, no había sido aceptado por la Administración. A juicio de la Audiencia Nacional, se incurría en la prohibición del artículo 116.2 de la Ley 30/1992, por el cual no se puede interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelta expresamente o por desestimación presunta el recurso de reposición interpuesto.

Las cuestiones que revisten interés casacional para el Tribunal Supremo radican, por una parte, en dilucidar si puede interponerse un recurso contencioso-administrativo contra un acto administrativo, estando pendiente de resolución el recurso potestativo de reposición interpuesto contra él de forma extemporánea; y, por otra parte, en si puede interponerse un recurso contencioso-administrativo contra un acto recurrido en reposición, habiéndose desistido previamente de este último, aunque no se haya esperado a la resolución sobre el desistimiento.

Explica el Tribunal Supremo, en este sentido, que para que el recurso de reposición despliegue el efecto de suspender el plazo del recurso contencioso-administrativo, y constituir una opción alternativa y excluyente de este, el recurso de reposición debe presentarse dentro del plazo correcto. Entiende que esto es lo que debió analizar en primer lugar la Audiencia Nacional. Posteriormente, responde a las dos cuestiones planteadas.

- (i) Respecto a la primera de las cuestiones, el Tribunal Supremo entiende que el principio *pro actione* del artículo 24 de la Constitución obliga a tener por no puesto el recurso de reposición fuera de plazo, siendo posible interponer el recurso contencioso-administrativo contra la resolución recurrida en reposición de forma extemporánea, siempre y cuando se interponga dentro del plazo de los dos meses establecido en el artículo 46 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa desde la notificación del acto recurrido, sin interrupción ni suspensión a causa del recurso de reposición extemporáneo.
- (ii) Respecto a la segunda de las cuestiones, el Tribunal Supremo entiende que *“el criterio que más se ajusta al artículo 24 de la Constitución es tener por no puesto el recurso de reposición extemporáneo y que el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo es de dos meses desde la notificación de la resolución administrativa”*. Además, entiende que no sería aplicable la prohibición del artículo 116.2 de la Ley 30/1992, pues el precepto nada dice sobre que antes de resolver se pueda desistir del recurso de reposición. Por ello, entiende que *“como quiera que la interposición del recurso de reposición es potestativa, y que en el artículo 91 de la Ley 30/1992 se reconoce a todo interesado la posibilidad de desistir del procedimiento instado sin que ello implique renuncia a sus derechos y las acciones para hacer valer los mismos, lo cierto es que el desistimiento verificado en autos se interpuso el recurso contencioso administrativo todavía dentro del plazo de los dos meses iniciales legalmente previstos para recurrir”*. En consecuencia, no puede considerarse como un *“acuerdo no susceptible de impugnación en vía jurisdiccional”*, tal y como había establecido la Sala de la Audiencia Nacional, pues no había devenido ni consentido ni firme.

La sentencia concluye, por tanto, que puede interponerse un recurso contencioso-administrativo contra un acto administrativo, estando pendiente de resolución el recurso potestativo de reposición interpuesto contra él de forma extemporánea y del que el interesado había desistido previamente, aunque no se haya esperado a la resolución sobre el desistimiento, siempre dentro del plazo de dos meses establecido en la Ley de la Jurisdicción.

**[Portugal]****Recurso de Decisão Arbitral – Tribunais Administrativos – Recorribilidade*****Acórdão de 4 de abril de 2019 (Processo n.º 0113/17.OBCLSB 0296/18) - STA***

No presente caso, os Autores requereram a constituição de tribunal arbitral com vista a exigir o reconhecimento do seu direito a receber o suplemento de risco a que se reporta o artigo 99.º do Decreto-Lei n.º 295-A/90, de 21 de setembro, em montante igual ao auferido pelos especialistas adjuntos de telecomunicações da Diretoria Sul e DIC's de Aveiro e Guarda. Para tal, intentaram ação junto do Centro de Arbitragem Administrativa ("CAAD") contra o Ministério da Justiça.

Por decisão arbitral de 7 de março de 2016, o CAAD decidiu absolver o demandado da instância por ter considerado verificada a exceção dilatória de caso julgado.

Os Autores interpuseram recurso desta decisão para o TCAS, o qual, através de acórdão de 19 de dezembro de 2017, rejeitou o recurso, argumentando que as partes não teriam previsto expressamente a possibilidade de recurso na convenção de arbitragem.

Por conseguinte, os Autores interpuseram recurso de revista para o STA, alegando que, nos termos do disposto no artigo 27.º do Regulamento do CAAD, as partes têm direito a recorrer da decisão arbitral nos mesmos termos das sentenças de 1.ª instância, desde que não tenham renunciado a essa possibilidade na convenção de arbitragem.

O STA admitiu o recurso de revista, fixando como questão a julgar a aparente contradição entre o artigo 39.º, n.º 4, da LAV e o artigo 27.º do Regulamento do CAAD. Por um lado, o artigo 39.º, n.º 4, da LAV estabelece o princípio da irrecorribilidade das decisões arbitrais, determinando que as decisões arbitrais só são suscetíveis de recurso se as partes expressamente previrem tal possibilidade na convenção de arbitragem. Por outro lado, o artigo 27.º do Regulamento do CAAD consagra uma norma inversa: em regra, as decisões arbitrais são suscetíveis de recurso, apenas não o sendo se as partes renunciarem ao recurso na convenção de arbitragem.

Face à aparente contradição entre as duas normas, o STA concluiu, com base no artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento do CAAD, que as partes teriam direito ao recurso da decisão arbitral do CAAD. Com efeito, estabelece o artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento do CAAD, que a submissão de um litígio a um tribunal arbitral a constituir sob a égide do CAAD implica a aceitação do disposto no Regulamento do CAAD, o qual constitui parte integrante da convenção de arbitragem. Neste sentido, ao submeterem o litígio junto do CAAD, as partes aceitaram a norma constante do artigo 27.º do Regulamento do CAAD como parte integrante da convenção de arbitragem. Tal significa que afastaram a aplicação do princípio da irrecorribilidade das decisões arbitrais, constante do artigo 39.º, n.º 4, da LAV, deste modo admitindo a possibilidade de recurso da decisão arbitral.

Deste modo, o STA concedeu provimento ao recurso e revogou o acórdão recorrido, determinando que, no âmbito específico da arbitragem administrativa, é possível recorrer se das decisões arbitrais para os tribunais estaduais na medida em que as partes não tenham renunciado a essa possibilidade.

**Contratação Pública – Impedimento – Condenação Penal*****Acórdão de 11 de julho de 2019 (Processo n.º 01842/18.6BELSB) - STA***

No caso analisado no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, a Assembleia da República havia adjudicado um contrato de prestação de um conjunto de serviços de gestão de informação de imprensa, de rádio e de televisão a um dos concorrentes do procedimento ("Sociedade B"). Um dos concorrentes preteridos ("Sociedade A") intentou ação de contencioso pré-contratual urgente perante o Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, pedindo a declaração de nulidade ou a anulação deste ato de adjudicação e a condenação da Assembleia da República a excluir a proposta apresentada pela Sociedade B e, bem assim, a adjudicar a proposta apresentada pela Sociedade A. Em causa estaria o alegado impedimento da Sociedade B em participar no procedimento pré-contratual, pelo facto de ter sido constituída com o intuito fraudulento de ultrapassar a proibição de participação que incidia sobre uma sociedade que tinha sido condenada por um crime de abuso de confiança fiscal.

Com efeito, resulta da factualidade assente que sócia única da “Sociedade B” (“Sócia D”) tinha sido anteriormente julgada e condenada, por sentença datada de 15 de dezembro de 2015, como gerente de uma anterior sociedade por quotas, pela prática do crime de abuso de confiança fiscal na forma continuada. Em fevereiro de 2015, a Sócia D constituiu uma nova sociedade – a Sociedade B, a quem tinha sido adjudicado o presente contrato – com o mesmo objeto social da anterior sociedade. A Sócia D detinha a totalidade do capital social da Sociedade B, tendo sido nomeada como sua gerente uma terceira pessoa (“E”), *i.e.* a anterior diretora comercial da sociedade que tinha sido julgada e condenada pela prática do crime de abuso de confiança fiscal.

O Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa declarou-se incompetente para apreciar a presente ação, tendo remetido os autos para o STA.

Por sua vez, o STA julgou totalmente procedente a presente ação, considerando verificado o impedimento da Sociedade B em participar no procedimento pré-contratual em causa.

Em suma, estava em causa saber se a Sociedade B preenchia o impedimento de participar em procedimentos pré-contratuais, constante da alínea b) do n.º 1 do artigo 55.º do CCP. Com efeito, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 55.º do CCP, estão impedidas de participar em procedimentos pré-contratuais as pessoas singulares ou coletivas ou os titulares dos órgãos sociais de administração, de direção ou de gerência destas últimas que tenham sido condenadas por “(...) *crime que afete a sua honorabilidade profissional*”.

Ora, não obstante nem a Sociedade B, nem o titular do seu órgão de gerência (E) não terem sido condenados por nenhum daqueles crimes, o STA considerou que, aplicando-se à Sócia D o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 55.º do CCP, a constituição de uma outra sociedade, cujo capital social era detido na totalidade pela Sócia D e cuja gerência tinha sido conferida a uma funcionária daquela outra sociedade, se apresentava como um meio fraudulento de ultrapassar a natural exclusão da Sociedade B do procedimento. O Tribunal entendeu que, tratando-se de uma sociedade unipessoal por quotas, esta se encontrava ao serviço da sua sócia única e que a personalidade da sociedade não passava de um desdobramento da personalidade da sua sócia única e de um meio de transmissão da vontade desta. Logo, encontrando-se a Sócia D impedida de participar num procedimento pré-contratual fruto da condenação num crime que afetou a sua honorabilidade profissional, não podia o Tribunal deixar de considerar que a Sociedade B, criada com o mesmo propósito da anterior sociedade que foi condenada, mais não era do que um meio de que a sua sócia única lançou mão para contornar as consequências negativas que lhe advinham da condenação. Por conseguinte, julgou o STA que a Sociedade B ainda se encontrava abrangida pelo impedimento da sua sócia única.

Assim, o STA decidiu anular o ato de adjudicação do contrato à Sociedade B, fruto da violação da alínea b) do n.º 1 do artigo 55.º do CCP, condenando a entidade adjudicante a excluir a proposta apresentada pela Sociedade B e a adjudicar o contrato à Sociedade A.



## ARBITRAJE Y MEDIACIÓN \*

### 1 · JURISPRUDENCIA

#### [España]

**El TSJ de Galicia estima una acción de anulación de laudo, al considerar que el convenio arbitral incluido en un albarán de entrega no prueba la voluntad de las partes de someterse a arbitraje**

*Sentencia 15/2019, de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 10 de abril de 2019*

El presente caso deriva de un arbitraje iniciado por CECOAGRO CENTRAL DE COMPRAS S.L. (“CCC”) contra un empresario persona física. Ambas partes mantenían una relación comercial en la que CCC confeccionaba periódicamente unos albaranes de entrega de mercancías en los que incluía, en letra pequeña, un convenio arbitral.

Debido a una disputa entre las partes, CCC comenzó un arbitraje frente al empresario. El demandado objetó la jurisdicción del tribunal arbitral, al entender que el convenio arbitral contenido en los albaranes de entrega no podía interpretarse como un verdadero convenio que mostrase la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

El tribunal arbitral desestimó la objeción planteada. Posteriormente el empresario ejerció una acción de anulación contra el laudo sobre la base del artículo 41.1 a) de la Ley de Arbitraje.

El Tribunal Superior de Justicia (“TSJ”) de Galicia estimó la acción. Su razonamiento fue el siguiente:

- (i) En primer lugar, si bien reconoce que tanto el Derecho español como la propia Ley de Arbitraje (artículo 9) imponen un criterio antiformalista en materia contractual, el TSJ consideró que, en el presente caso, la inclusión unilateral del convenio arbitral en un albarán de entrega no demostraba la existencia de un consentimiento previo, expreso y debidamente formalizado entre ambas partes.
- (ii) En segundo lugar, el TSJ consideró que un albarán, cuyo único objeto es demostrar la entrega de mercaderías, constituía un elemento inadecuado para vincular a ambas partes en el sometimiento a arbitraje.
- (iii) En tercer lugar, el hecho de que los albaranes no fueran firmados por el empresario demuestra que la inclusión de la cláusula arbitral no implicaba la existencia de un verdadero consentimiento al arbitraje.
- (iv) Finalmente, el TSJ consideró que CCC tuvo la intención evidente de hacer pasar desapercibido el convenio arbitral, al incluirlo en letra pequeña dentro de los albaranes de entrega.

(\*) Esta sección ha sido coordinada por Heidi López Castro, y en su elaboración han participado Olga Puigdemont Sola, Jesús Saracho Aguirre, Sebastian Green, Antón Vieito Baqueiro, Ana Amorín Fernández, Atenea Martínez Álvarez, Carlos Hernández Durán, Ángela Gil Arrondo, Santiago Rodríguez Senior, Jana Lamas de Mesa, Daniel García Clavijo, Juan Domingo Araque, Victoria García Verón y Alberto de Unzurrunzaga Rubio. del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

## 2 · ARBITRAJE DE INVERSIÓN

### [Resoluciones arbitrales]

**El Tribunal General de la Unión Europea anuló la decisión de la Comisión Europea en la que consideraba que el pago de una indemnización ordenada a Rumanía por un tribunal CIADI constituía una ayuda estatal ilegal**

*Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Segunda Ampliada), de 18 de junio de 2019, en los asuntos T-624/15, T-694/15 y T-704/15.*

El Tribunal General de la Unión Europea (el "Tribunal") anuló una decisión de la Comisión Europea (la "Comisión") en la que declaraba como ayuda estatal ilegal el pago de una indemnización por parte de Rumanía a los hermanos Micula, la cual había sido ordenada por un tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) en el caso *Micula c. Rumanía*.

La controversia entre los hermanos Micula —de nacionalidad sueca— y Rumanía surge de la suspensión de una serie de ayudas económicas a sus negocios en Rumanía. Como parte de los compromisos de Rumanía para ingresar a la Unión Europea, las ayudas a las empresas debían suspenderse. Ante esta situación, los hermanos Micula iniciaron un arbitraje de inversiones en el año 2005, amparados por el Tratado Bilateral de Inversiones entre Suecia y Rumanía. La Comisión intervino en el procedimiento para explicar las razones por las que Rumanía debía retirar las ayudas, y que, de concederse una indemnización, sería considerada como una ayuda ilegal a la luz del artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En diciembre de 2013, el tribunal arbitral condenó a Rumanía al pago de 178 millones de euros.

En enero de 2014, la Comisión advirtió a Rumanía que consideraría el cumplimiento del laudo como una ayuda ilegal. En febrero de 2014, Rumanía hizo efectiva parte de la indemnización. En mayo, la Comisión emitió una decisión en la que ordenaba la suspensión de estas ayudas hasta que decidiera definitivamente al respecto. En marzo del 2015, la Comisión adoptó la decisión impugnada, en la cual declaró que la ejecución del laudo constituía una ayuda estatal incompatible con la normativa europea, por lo que ordenó a Rumanía abstenerse de abonar cualquier cuantía y recuperar las ya concedidas.

Para el Tribunal, todos los hechos relevantes (esto es, la concesión y retirada de apoyos económicos a los hermanos Micula y sus empresas) son anteriores al ingreso de Rumanía a la Unión Europea, y el laudo de 2013 busca reparar un daño previo. Así pues, los pagos del año 2014 suponen la ejecución de un derecho originado en 2005 (cuando se retiraron los apoyos económicos a las empresas de los hermanos Micula). Por aquel entonces, lo cierto es que los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no eran aplicables a Rumanía, lo que implica que la Comisión carezca de competencia sobre estos hechos y, en todo caso, no pueda calificar los pagos de 2014 como ayudas ilegales.

En virtud de lo anterior, el Tribunal acordó declarar ilegal y anular la decisión de la Comisión.

**El tribunal arbitral considera que carece de jurisdicción en una reclamación contra Venezuela al apreciar que el inversor no realizó una inversión protegida bajo el Tratado Bilateral de Inversiones entre España y Venezuela**

*Laudo de la Corte Permanente de Arbitraje, Caso N.º 2015-30, de 20 de mayo de 2019*

El 20 de mayo de 2019, un tribunal arbitral constituido bajo los auspicios de la Corte Permanente de Arbitraje se declaró sin jurisdicción para resolver la controversia suscitada entre Clorox Spain, S.L., y la República Bolivariana de Venezuela, al considerar que la inversión realizada por Clorox no cumplía con el requisito de que exista una "acción de invertir", conforme al Tratado Bilateral de Inversiones entre España y Venezuela.

En 1990, Clorox USA creó Clorox Venezuela para producir y distribuir productos en Venezuela. En abril de 2011, Clorox USA creó Clorox España, con una transferencia del 100 % de las acciones de Clorox Venezuela a Clorox España. En el procedimiento arbitral, Clorox alegó que, después de haber adquirido las acciones de Clorox Venezuela, el Gobierno venezolano adoptó una serie de medidas que afectaron negativamente a su inversión, incluyendo la publicación de una lista de productos regulados que solo podían venderse a la tasa impuesta por el Gobierno. Para el año 2012, el 73 % de los productos elaborados por Clorox estaban incluidos dentro de esa lista de productos regulados.

Como consecuencia de esta y otras medidas, Clorox decidió detener sus operaciones en Venezuela. En respuesta, Venezuela ordenó la toma temporal de las instalaciones de Clorox. Clorox, ante esta situación, decidió iniciar un arbitraje bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en mayo de 2015 basándose en el Tratado Bilateral de Inversiones entre España y Venezuela.

Venezuela objetó la jurisdicción del tribunal alegando que Clorox no había realizado una inversión conforme al tratado —según el artículo 1(2), el inversionista tenía que hacer una “acción de inversión” en el país—. Venezuela argumentó que Clorox España era una *shell company* de Clorox USA, que únicamente recibió el 100 % de las acciones de Clorox Venezuela sin haber dado nada a cambio al país receptor de la inversión.

El tribunal arbitral decidió, *prima facie*, que el inversionista no era una *shell company* y había realizado una inversión válida bajo el tratado. Sin embargo, el tribunal observó que el tratado requería acciones adicionales para poder considerar la existencia de una inversión. El tribunal consideró, en particular, que la expresión “*invertidos por inversores de una Parte Contratante*”, contenida en el artículo 1(2) del tratado, requería que la inversión fuera realizada a través de una “acción de invertir”. Los árbitros entendieron que nunca se produjo tal acción, pues Clorox España no pagó un valor a cambio de las acciones de Clorox Venezuela —Clorox USA traspasó las acciones de Clorox Venezuela sin solicitar nada a cambio—.

En atención a lo anterior, el tribunal arbitral desestimó la reclamación de Clorox por falta de jurisdicción y la condenó a pagar las costas del arbitraje y los honorarios de Venezuela.

## COMPETENCIA \*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Portugal]

##### **AdC concedeu clemência à Seguradoras Unidas no âmbito do “cartel das seguradoras”**

*Comunicado da AdC de 13 de fevereiro de 2019*

Em maio de 2017, por força de um pedido de clemência apresentado pela Seguradoras Unidas, a AdC deu início a um processo de investigação por alegadas práticas de cartel no mercado de seguros contratados essencialmente por clientes empresariais nos sub-ramos de acidentes de trabalho, saúde e automóvel.

As investigações levadas a cabo pela AdC, resultaram na apresentação de uma nota de ilicitude visando as seguradoras Fidelidade, Lusitania, Multicare, Zurich e Seguradoras Unidas, pelas práticas restritivas em causa. De entre estas empresas, foram já sancionadas a Fidelidade e da Multicare, no montante de 12 milhões de euros (conforme referido no BUM de Dezembro de 2018).

A Seguradoras Unidas, por seu turno, por ter sido, no âmbito do programa de clemência, a primeira das empresa a apresentar provas da existência e participação no cartel, contribuindo para a investigação da AdC, foi destinatária de uma decisão de dispensa da coima.

##### **AdC sanciona Super Bock por fixação de preços mínimos de revenda**

*Comunicado nº 15/2019 da AdC de 25 de julho de 2019*

A AdC condenou a Super Bock, uma empresa líder no setor das bebidas em Portugal,, um administrador e um diretor desta empresa ao pagamento de coimas superiores a 24 milhões de euros por fixação de preços mínimos e outras condições de transação aplicáveis à revenda dos seus produtos a hotéis, restaurantes e cafés, entre 2006 e 2017, em infração do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência que proíbe acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência.

A AdC foi alertada da conduta em causa por duas denúncias de ex-distribuidores da Super Bock, na sequência das quais foi aberto um processo de práticas restritivas da concorrência, em junho de 2016, no âmbito do foram realizadas buscas e apreensões nas instalações da Super Bock e emitida, pela AdC, uma Nota de Ilicitude, em agosto de 2018.

A AdC encerrou a referida investigação considerando provadas as condutas restritivas denunciadas e procedendo à aplicação à Super Bock de uma coima no montante de 24 milhões de euros.

##### **AdC sanciona o cartel das seguradoras**

*Comunicado 16/2019 da AdC, de 1 de agosto de 2019*

Na sequência de uma investigação iniciada pela AdC, em maio de 2017 com base num pedido de clemência da Seguradoras Unidas, que beneficiará, neste termos, de isenção da coima, a AdC sancionou, pela primeira, vez um cartel no sector financeiro.

No caso em apreço, as empresas que participavam no denominado “cartel das seguradoras” alegadamente articulavam os valores a apresentar aos grandes clientes empresariais na contra-

(\*) Esta sección ha sido coordinada por Alfonso Gutiérrez, y en su elaboración han participado Raquel Lapresta, Carmen Martínez, María Carrasco, Cristina Areces, Jokin Beltrán de Lubiano, Alberto Pérez, Patricia Cano, Pilar Córdoba, Eduardo Novella y Pilar Bravo, 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).

tação de seguros de accidentes de trabalho, saúde e automóvel, indicando sempre valores mais altos do que os indicados pela segurados incumbente, de modo a que a seguradora mantivesse o cliente, operando-se, deste modo, uma repartição de clientes e de mercados em infração do Artigo 9.º da Lei da Concorrência

A coima aplicada foi, em termos globais, a mais elevada coima aplicada, até à data pela AdC, com um montante total superior a 54 milhões de euros, incluindo 42 milhões de euros aplicados às companhias de seguros Lusitania e Zurich e aos respetivos membros de órgãos de direção (dois diretores e dois administradores) e 12 milhões de euros aplicados à Fidelidade e à Multicare (que também denunciaram o cartel e beneficiaram de reduções das coimas no âmbito do regime de clemência).

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Unión Europea]

**El Tribunal General reduce la multa impuesta por la Comisión Europea a Pometon S.p.A. por la participación en el cártel de abrasivos de acero**

*Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 28 de marzo de 2019, en el asunto T-43316, Pometon contra Comisión*

El 25 de mayo de 2016, la Comisión Europea sancionó a Potemon S.p.A. con 6,1 millones de euros por haber participado en un cártel de abrasivos de acero. Al calcular la multa, la Comisión Europea se apartó de la metodología general expuesta en las *Directrices para el cálculo de las multas* y aplicó a Pometon un porcentaje de reducción de la sanción netamente inferior al aplicado al resto de las partes que figuraban en el expediente sancionador.

El apartado 37 de las mencionadas Directrices permite a la Comisión apartarse de la metodología recogida en este documento cuando lo requieran las características específicas de un determinado asunto o la necesidad de alcanzar un nivel disuasorio en un caso particular. No obstante, el Tribunal General considera que la Comisión Europea no motivó suficientemente las razones por las que resultaba adecuado apartarse de la metodología general, y se limitó a referirse de forma genérica a la existencia de diferencias entre la participación de Pometon y la del resto de participantes y la necesidad de fijar una multa proporcional a la infracción que fuera disuasoria.

La sentencia reduce la multa impuesta a Pometon en un 75 % teniendo en consideración su menor participación en la infracción y su limitado volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción.

**El Tribunal General confirma que la Comisión Europea puede enviar un nuevo requerimiento de información a una empresa tras la emisión del pliego de cargos, siempre y cuando esté justificado por los objetivos de la investigación y sea necesario y proporcional**

*Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 9 de abril de 2019, en el asunto T-371/17 Qualcomm, Inc y Qualcomm, Europe, Inc/Comisión*

En 2015, el proveedor de *software* para teléfonos Icera presentó una denuncia ante la Comisión Europea contra Qualcomm por la presunta aplicación de precios predatorios.

En enero de 2017, en el marco de la investigación iniciada por la Comisión Europea, y tras haber notificado a esta entidad un pliego de cargos, la Comisión Europea requirió información a Qualcomm. Qualcomm expresó quejas sobre dicho requerimiento e interpuso un recurso contra él ante el Tribunal General al considerar que este requerimiento de información ampliaba el ámbito de la investigación tal y como había sido recogido en el pliego de cargos.

El Tribunal General desestimó las pretensiones de Qualcomm al considerar que Qualcomm no había acreditado que el requerimiento fuera más allá de lo que era necesario para la investigación y que, aunque normalmente el pliego de cargos se notifica tras la finalización de la investigación preliminar, la Comisión Europea no está obligada a terminar su investigación en ese momento.

**El Tribunal General considera que un impuesto aplicado por Polonia en el sector del comercio minorista no constituía una ayuda de Estado**

*Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 16 de mayo de 2019, en los asuntos acumulados T-836/16 y T-642/17 Polonia/Comisión*

El Tribunal General ha anulado dos decisiones de la Comisión Europea (una de incoación y la otra de declaración de ilegalidad e incompatibilidad con el mercado interior de una ayuda) relativas a la ley polaca del impuesto en el sector del comercio minorista. Este impuesto tenía como sujetos pasivos a todos los minoristas y, como base imponible, el volumen de negocios de las entidades concernidas, y un carácter progresivo.

El Tribunal General ha declarado que la Comisión Europea consideró erróneamente que el impuesto en el sector del comercio minorista constituía una ayuda de Estado. En concreto, la sentencia indica que la Comisión Europea había cometido dos errores en su análisis de la medida controvertida.

En primer lugar, identificó como régimen de referencia, desde el que se parte para analizar si la medida concreta supone una excepción a dicho sistema de referencia, un régimen sin tipos impositivos, o bien un impuesto con un tipo impositivo único. El Tribunal General considera que la Comisión Europea tendría que haber considerado como sistema de referencia el propio impuesto, con una estructura integrada por la escala progresiva de tipos impositivos y sus tramos.

En segundo lugar, indicó una finalidad del impuesto diferente de la declarada por las autoridades polacas. En concreto, la Comisión Europea consideró que la finalidad del impuesto era gravar el volumen de negocios de todos los operadores del sector afectado, mientras que las autoridades polacas habían indicado que su finalidad era establecer un impuesto sectorial respetando el principio de redistribución fiscal.

El Tribunal General indica en la sentencia que la Comisión Europea, en el ámbito de su control sobre las medidas fiscales que pueden constituir una ayuda de Estado no puede, salvo que aprecie una incoherencia manifiesta, definir la naturaleza y la estructura general del sistema de referencia sin arriesgarse a menoscabar las competencias en materia tributaria del Estado miembro que ha aprobado la medida.

## [España]

**El Tribunal Supremo declara que es posible imputar las actuaciones anticompetitivas de una filial a su matriz como autora material de la infracción cuando se verifique que la filial es un mero instrumento de la matriz**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, de 27 de mayo de 2019, en el recurso n.º 5326/2017, entre la Administración General del Estado y Repsol, S.A.*

La controversia jurídica que se suscita consiste en esclarecer si la empresa matriz y cabecera del grupo puede ser directa y exclusivamente sancionada como consecuencia de los comportamientos colusorios de la empresa filial controlada y, consiguientemente, si esa posible sanción respecta o no los principios de culpabilidad y personalidad de las penas que consagra el artículo 25 de la Constitución.

El Tribunal Supremo señala que el reparto de responsabilidades entre matriz y filial es lo que explica que se venga sancionando conjuntamente a la filial (como autora material de la infracción) conforme al artículo 61.1 de la LDC, y a la matriz (como responsable de los actos infractores de la filial, sobre la que ejerce una influencia decisiva) conforme al artículo 61.2 de la LDC, por lo que existe una responsabilidad solidaria en sí compatible con los principios de culpabilidad y responsabilidad.

Ahora bien, lo dicho no excluye otra posibilidad: que se imputen los actos colusorios a la matriz como autora material si es que la filial es un mero artificio, una pantalla o instrumento de la matriz, de tal forma que quien actúa real y materialmente es la matriz que se sirve de ese artificio que es la filial. En definitiva, resulta posible que la matriz sea realmente la autora material porque la filial es una mera ficción de la que se sirve la matriz.

Esta nueva interpretación del Tribunal Supremo, en línea con la jurisprudencia europea, tiene un claro impacto en el cálculo de la sanción que se podrá determinar en atención al

volumen de negocios de la matriz, en vez del de la filial como venía haciendo hasta ahora la CNMC.

**El Tribunal Supremo confirma que las remuneraciones destinadas a los titulares de los derechos deben incluirse en el volumen de negocios de la sociedad de gestión de derechos de autor de que se trate a los efectos del cálculo de la multa**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de abril de 2019, en el recurso n.º 2454/2018, entre la Sociedad General de Autores y Editores y la Administración General del Estado*

En esta sentencia el TS sigue el criterio adoptado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") sobre el correcto cálculo del volumen de negocios de las sociedades de gestión de derechos de autor a efectos de la imposición de multas por infracción de las normas de competencia. En concreto, el TJUE determinó que las remuneraciones destinadas a los titulares de los derechos deben incluirse en el volumen de negocios de la sociedad de gestión de derechos de autor de que se trate para determinar el importe la multa.

En su recurso, la sociedad de gestión recurrente (SGAE) alegaba que la base de la multa debía quedar circunscrita a los ingresos que son propiamente de la entidad de gestión, es decir, al descuento de administración, habida cuenta de que la SGAE no es titular de los ingresos que recauda por cuenta de los autores. También argumentaba que no existe unidad económica entre los titulares de los derechos y la SGAE.

En la sentencia, el TS indica que el artículo 63 de la LDC no considera un requisito del concepto de volumen de negocios que la titularidad de los ingresos considerados como referencia corresponda al infractor. También aclara que lo determinante para decidir sobre la inclusión de las remuneraciones de los autores en el volumen de negocios de la entidad de gestión no es la titularidad de las remuneraciones, sino el hecho de que estas formen parte del valor de las prestaciones efectuadas por la sociedad. Si bien el derecho de comunicación pública no es de gestión colectiva obligatoria, en la práctica casi el 100 % de los conciertos celebrados en España han obtenido licencia de la SGAE, por lo que estas remuneraciones forman parte del valor de las prestaciones efectuadas por la SGAE.

Finalmente, el TS considera que en este caso resulta necesario incluir las remuneraciones de los autores en el volumen de negocios de la SGAE a efectos de garantizar el carácter efectivo, proporcionado y disuasorio de la sanción impuesta.

**El TS confirma que un vicesecretario del Consejo de Administración de una empresa infractora de las normas de competencia puede ser sancionado por la CNMC en calidad de integrante de un órgano directivo que ha intervenido en el acuerdo anticompetitivo**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de marzo de 2019, en el recurso n.º 6360/2017, entre una persona física y la Administración General del Estado*

El TS considera ajustada a Derecho la interpretación efectuada por la Audiencia Nacional a la hora de sancionar al recurrente, que asistió con otros sujetos directivos o representantes de otras empresas a la reunión en que se acordó la práctica anticompetitiva y lo hizo en su condición de vicesecretario del Consejo de Administración, es decir, como componente del órgano directivo de la empresa, de conformidad con el artículo 63.2 de la LDC. Confirma asimismo que la referencia del anterior precepto al "acuerdo o decisión del órgano de la sociedad" debe interpretarse como el acuerdo o decisión contrarios a las normas de competencia.

El TS considera que no lesiona el artículo 18 de la Constitución española la publicación de la infracción en su totalidad, esto es, incluyendo el nombre de la empresa infractora y el del miembro que acordó o decidió la práctica colusoria, dado que la sanción se impone como consecuencia de una conducta voluntariamente desarrollada en una empresa que ha infringido la LDC.

### 3 · DECISIONES EN MATERIA DE EXPEDIENTES SANCIONADORES

#### [Unión Europea]

**La Comisión Europea ha publicado la decisión por la que sancionaba a tres entidades financieras por su participación en un cártel que tenía por objeto distorsionar el funcionamiento del mercado de derivados financieros sobre tipos de interés en euros**

*Decisión de la Comisión Europea, de 7 de diciembre de 2016, en el asunto AT. 39914, Derivados sobre tipos de interés en euros*

La Comisión Europea ha publicado la Decisión de 7 de diciembre de 2016 en la que sancionaba a tres entidades financieras por su participación en un cártel para distorsionar el funcionamiento del mercado de derivados financieros sobre tipos de interés en euros. En este procedimiento también fueron imputadas otras cuatro entidades financieras que alcanzaron un acuerdo de transacción con la Comisión Europea, en el que admitían su participación en la conducta y aceptaban no cuestionar los hechos considerados acreditados por la Comisión Europea.

La decisión indica que el cártel estuvo operativo en los años 2006 y 2007 y abarcó el mercado de derivados financieros sobre tipos de interés en euros ("EIRDs"). Tanto el euríbor como el EONIA son componentes del precio de estos derivados; a su vez, estos índices de tipos de interés se calculan a partir de las estimaciones que remiten los diferentes bancos paneles, entre los que se encuentran las entidades sancionadas.

La Comisión Europea reprocha así (i) la comunicación o recepción, mayoritariamente a través de chats en línea, de las preferencias para una fijación del euríbor, en atención a las posiciones/exposiciones de negociación del banco, así como de información detallada y/o no disponible al público sobre las posiciones de negociación o sobre las intenciones para futuras estimaciones del euríbor; partiendo de la información anterior, (ii) el tanteo de la posibilidad de alinear sus posiciones de negociación o, al menos, una de las estimaciones futuras del euríbor; como resultado de lo anterior, (iii) la puesta en contacto por un trabajador responsable de los EIRDs con los remitentes de estimaciones para el euríbor de su propio banco —indicándose que tal comunicación iba a tener lugar—, a fin de solicitarles la remisión de una estimación más o menos determinada; (iv) la revelación de información detallada y sensible sobre las estrategias comerciales o de precios de su banco con respecto a los EIRDs; y (v) el debate posterior sobre los índices resultantes.

Tras constatar la escasa transparencia del mercado en cuestión, la Comisión Europea consolida su argumentario en torno a las abundantes comunicaciones entre los implicados, que demostraban el alto valor que daban a esta información.

**La Comisión Europea ha sancionado a tres fabricantes de sistemas de seguridad para ocupantes de vehículos por intercambiar información comercial relativa a sus clientes**

*Decisión de la Comisión Europea, de 31 de enero de 2019, en el asunto AT. 40481, Sistemas de seguridad para ocupantes de vehículos (II)*

En el marco de dos procedimientos de transacción, la Comisión Europea ha sancionado a dos fabricantes de sistemas de seguridad para ocupantes de vehículos, tales como cinturones, airbags y volantes, por intercambiar información comercial sensible relativa a sus clientes. Otra empresa que también participó en los intercambios de información sancionados ha quedado exenta de sanción en aplicación del programa de clemencia. Asimismo, la Comisión Europea ha reducido en un 5 % la multa por las dilaciones en la tramitación del procedimiento que han resultado de la decisión de la Comisión Europea de seguir dos procedimientos separados, en relación con cada una de las empresas fabricantes de vehículos que se vieron afectadas por el acuerdo restrictivo, en lugar de tramitar un único procedimiento.

La infracción sancionada consistió en el intercambio de información comercialmente sensible sobre precios, así como la coordinación (i) de las respuestas a las solicitudes de ofertas de precios recibidas de dos fabricantes de automóviles y a las solicitudes de ofertas periódicas para la revisión de precios y la reducción de costes; (ii) de determinados costes de desarrollo y otros componentes de los precios; y (iii) de los precios para materiales y compensaciones del incremento del precio de las materias primas.



**La Comisión Europea ha aceptado los compromisos ofrecidos por MasterCard y Visa, por los que se establecen límites a los importes de las tasas multilaterales de intercambio interregionales**

*Nota de prensa de la decisión de la Comisión Europea, de 29 de abril de 2019, en los asuntos AT. 39398 y AT. 40049, Visa MIF y MasterCard (II)*

La Comisión Europea ha aceptado los compromisos emitidos por MasterCard y Visa en relación con los niveles de las tasas multilaterales de intercambio interregionales (en inglés, *inter-regional interchange fees* o *inter-regional MIFs*) que ambas entidades venían aplicando en el EEE. Esta tasa, que se define como aquella que se aplica a los pagos realizados dentro del EEE por los consumidores con tarjetas de crédito o débito emitidas fuera del EEE, son determinadas por MasterCard y Visa y se aplican a falta de acuerdo entre los bancos intervinientes en la transacción.

Los compromisos ofrecidos por ambas entidades consisten en el establecimiento de límites máximos a las tasas multilaterales de intercambio interregionales, diferenciando entre transacciones físicas (0,2 % para tarjetas de débito, y 0,3 % para tarjetas de crédito) y *online* (1,15 % para débito, 1,50 % para crédito). Asimismo, ambas entidades se comprometen a no desvirtuar en la práctica los compromisos adoptados y a publicar estos niveles de tasas en sus respectivas páginas webs.

**La Comisión Europea sanciona a Nike por las restricciones incluidas en sus contratos de licencia de productos de merchandising deportivo de varios clubes y federaciones de fútbol**

*Decisión de la Comisión Europea de 25 de marzo de 2019, en el asunto AT. 40436, Productos de merchandising deportivo*

La Comisión Europea ha sancionado a Nike por las restricciones incluidas en sus contratos de licencia de productos de *merchandising*. En concreto, la decisión indica que Nike había incluido en sus acuerdos de licencia la prohibición de que los licenciatarios pudieran vender, directa o indirectamente, los productos objeto de la licencia fuera del territorio que había asignado a cada licenciatario. Esta prohibición se extendió también a las ventas *online*. A este respecto, Nike exigía que las solicitudes recibidas de clientes fuera de su territorio le fueran remitidas, o bien obligaba a los licenciatarios a abonar un doble *royalty* por estas ventas. La decisión también considera acreditado que Nike había adoptado otras medidas de control de las ventas transfronterizas, como la amenaza de resolución del contrato o de su no renovación, la limitación del número de "etiquetas de seguridad" (que garantizan el origen del producto) o el establecimiento de auditorías. Por último, Nike expresamente prohibió la venta a clientes que pudieran estar revendiendo, o se sospechara su intención de hacerlo, en países distintos a los asignados al licenciatario.

La Comisión Europea ha reducido la sanción impuesta a Nike en un 40 % por su colaboración durante la tramitación del procedimiento en aplicación del nuevo programa de transacción en casos distintos de cártel.

**La Comisión Europea ha sancionado a cinco entidades financieras por su participación en dos cárteles en el mercado de intercambio de divisas al contado**

*Nota de prensa sobre las decisiones de la Comisión Europea, de 16 de mayo de 2019, en el asunto AT. 40135 FOREX*

La Comisión Europea ha sancionado a varias entidades financieras por su participación en acuerdos restrictivos de la competencia relativos al intercambio de divisas.

La decisión considera acreditado que, a través del chat de Bloomberg, varias entidades financieras intercambiaban información sensible sobre órdenes de transacción pendientes (cantidad, divisa, identidad del cliente), márgenes pretendidos y posiciones abiertas de riesgo. Partiendo de esta información, los bancos tomaron decisiones sobre si vender o no, y, en su caso, cuándo, llegando incluso a coordinarse entre ellos, como por ejemplo a través de la retirada de algún intermediario durante el tiempo necesario para no interferir en la transacción del otro.

En aplicación del programa de clemencia, una de las entidades financieras participantes en el cártel ha resultado exenta del pago de la sanción. El resto de las empresas han visto reducido el importe de la sanción impuesta en aplicación del programa de transacción.

## [España]

**La CNMC sanciona a varias editoriales de libros escolares y a una asociación por su participación en dos acuerdos restrictivos de la competencia**

*Resolución de la CNMC de 30 de mayo de 2019 en el Expte. S/DC/594/16, Anele*

La CNMC ha sancionado a 34 editoriales de libros de texto no universitarios y a la Asociación Nacional de Editores de Libros y Materiales de Enseñanza (“Anele”) por la adopción de un Código de Conducta que tenía como finalidad la coordinación de las políticas y condiciones comerciales de las empresas del sector editorial. También se consideró acreditada la existencia de acuerdos para la fijación del precio y otras condiciones comerciales en relación con los libros de texto en formato digital.

La resolución considera acreditado que la aprobación del Código de Conducta en el marco de Anele tenía como objetivo configurar una estrategia dirigida a restringir la competencia en la prescripción de libros de texto no universitarios con el mantenimiento del *statu quo* preexistente y la homogeneización de las políticas comerciales de las empresas. A pesar de que formalmente el Código de Conducta tuviera carácter voluntario, la CNMC considera acreditado que la asociación implantó mecanismos de seguimiento y represalias en caso de su incumplimiento. En concreto, la CNMC considera que, antes de la aprobación del Código de Conducta, las editoriales competían a través de determinadas políticas comerciales consistentes en la oferta de materiales gratuitos a los colegios o de formación. El Código de Conducta suprimió el uso de estas herramientas con la finalidad de reducir el poder de negociación de los centros educativos en beneficio de las editoriales.

El expediente se inició como consecuencia de una denuncia de una editorial miembro de Anele. En relación con esta empresa, la CNMC considera que, si bien en un principio se negó a aplicar el Código de Conducta, posteriormente aceptó participar en los acuerdos restrictivos —con un papel activo en la denuncia de incumplimientos de otras editoriales— debido a la adopción de represalias por parte de Anele y sus miembros. Por esta razón, la resolución sanciona a esta empresa, si bien toma en consideración las presiones ejercidas sobre ella a los efectos de moderar su responsabilidad por las conductas.

La CNMC destaca el papel preponderante de Anele en la adopción y monitorización del cumplimiento de los acuerdos mediante medidas de presión ejercidas sobre las editoriales que no los cumplían.

**La CNMC adopta una nueva resolución en la que sanciona a varias empresas y dos asociaciones sectoriales por varios intercambios de información en el mercado de la compra de leche cruda, en ejecución de varias sentencias de la Audiencia Nacional que habían anulado la decisión inicial por defectos procedimentales**

*Resolución de la CNMC de 11 de julio de 2019 en el Expte. S/425/12, Industrias Lácteas 2*

La CNMC ha sancionado a varias empresas y a dos asociaciones sectoriales por su participación en varios intercambios de información en relación con la compra de leche cruda.

El 26 de febrero de 2015, la Sala de Competencia de la CNMC había adoptado una resolución en la que se consideró acreditada una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE y se sancionó a esas mismas empresas y asociaciones. La Audiencia Nacional anuló esta resolución, al considerar que la CNMC no había dado trámite de audiencia a las empresas imputadas tras haber emitido un acuerdo para subsanar ciertos errores que se contenían en el pliego de concreción de hechos. En estas sentencias, la Audiencia Nacional ordenó a la CNMC retrotraer las actuaciones al momento en el que había enviado el acuerdo de subsanación.

En ejecución de estas sentencias, la CNMC reabrió el procedimiento y, tras subsanar los defectos procedimentales identificados por la Audiencia Nacional en su sentencia, adoptó una nueva resolución sancionadora.

## 4 · DECISIONES EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

### [Unión Europea]

La Comisión Europea aprueba, sujeta a compromisos, la creación de varias *joint ventures* entre BMW y Daimler

*Decisión de la Comisión Europea, de 7 de noviembre de 2018, en el asunto M.8744 Daimler / BMW / Car Sharing JV*

La operación se refiere a la creación de seis *joint ventures* por parte de Daimler y BMW. Ambas empresas, de nacionalidad alemana, se dedican al sector de la automoción. La operación consiste en la aportación por parte de BMW y Daimler a una empresa en participación de sus negocios de (i) *carsharing* (*DriveNow* por parte de BMW y *Car2Go* por parte de Daimler); (ii) servicios de *rail hailing* o alquiler de vehículos VTC; (iii) servicios de aparcamiento; (iv) servicios de carga; y (v) otros servicios relacionados con la movilidad.

La Comisión consideró que la empresa en participación propuesta podría afectar al mercado de *carsharing* en al menos seis ciudades europeas: Berlín, Colonia, Düsseldorf, Hamburgo, Múnich y Viena. En su análisis, la Comisión Europea valora la presión competitiva ejercida por parte de otros operadores de *carsharing*, así como por otros métodos de transporte alternativos, como el transporte público.

Sobre los efectos de la operación en el mercado de *carsharing*, la Comisión Europea consideró que la operación podría restringir la competencia en el mercado verticalmente relacionado de compra de coches para *carsharing* y la creación de aplicaciones móviles multimodales. Dado que Daimler es poseedora de una aplicación multimodal importante ("*moovel*"), la Comisión Europea entendió que la entidad resultante podría tener la capacidad e incentivos de excluir a terceros competidores de dicha aplicación.

Para resolver estos problemas, BMW y Daimler propusieron, para las seis ciudades anteriormente mencionadas, un paquete de compromisos consistente en garantizar el acceso a *moovel* a aquellas plataformas que funcionen como agregadores de resultados y permitir a otros proveedores de *carsharing* acceder a *moovel*.

La Comisión Europea prohíbe la creación de una *joint venture* por Tata Steel y Thyssenkrupp

*Nota de prensa de la Comisión, de 11 de junio de 2019, en el asunto M.8713, TATA STEEL / THYSSEN KRUPP / JV*

La operación notificada versa sobre la posible creación de una *joint venture* por parte de Tata Steel y Thyssenkrupp que hubiese combinado los productos laminados de acero al carbono y las actividades eléctricas relacionadas con el carbón de estas dos sociedades en el EEE. Thyssenkrupp es el segundo mayor productor de acero laminado al carbono en el EEE y Tata Steel es el tercero.

La Comisión Europea consideró que la concentración planteada habría reducido la competencia y aumentado el precio de los distintos tipos de acero. El mercado europeo de acero es un sector clave para toda la industria en el EEE, y en especial para las industrias automovilística y de envasados. La prohibición acordada por la Comisión trata de garantizar que estos sectores puedan seguir teniendo acceso al acero a un precio competitivo para que, a su vez, puedan ofrecerse también los productos finales a precios competitivos.

Las principales preocupaciones de la Comisión Europea se centraron en el mercado del acero con revestimiento metálico que se utiliza en la fabricación de envases y conservas y en el mercado del acero galvanizado en caliente utilizado por el sector automovilístico. Respecto del primer mercado, la Comisión considera que mediante la *joint venture* planteada se hubiese creado un líder en un mercado muy concentrado. Respecto del mercado del acero galvanizado en caliente utilizado por el sector automovilístico, la Comisión Europea considera que, de llevarse a cabo la operación, se hubiese eliminado un importante competidor, y en ese mercado existen pocos suministradores capaces de ofrecer volúmenes significantes de este tipo de acero.

Tras analizar el caso en segunda fase, la Comisión Europea concluyó que, de llevarse a cabo la operación, la competencia resultante (tanto en el EEE como en las posibles importaciones) no hubiese sido suficiente para garantizar una competencia efectiva. Asimismo, la Comisión Europea consideró que los compromisos ofrecidos por las partes no resultaban suficientes para solucionar los problemas identificados, y procedió a prohibir la operación.

**La Comisión Europea publica la Decisión por la que aprueba la compra de Europac por parte de DS Smith, sujeta a compromisos de desinversión**

*Decisión de la Comisión de 14 de noviembre de 2018, asunto M.8915 - DS SMITH / EUROPAC*

La operación notificada consiste en la adquisición de control exclusivo por parte de DS Smith plc ("DSS") sobre Papeles y Cartones de Europa, S.A. ("Europac"). El único activo de Europac que se excluye de la operación es la planta Caradec en Bretaña, debido a que DSS asumió en 2012 un compromiso de desinvertir esta planta y de no readquirirla hasta 2022.

Tras analizar la operación, la Comisión Europea consideró que podría plantear serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado interior debido a efectos horizontales y verticales no coordinados. En cuanto a los efectos horizontales no coordinados, la operación plantea problemas en los mercados de fabricación y comercialización de cajas de cartón ondulado convencionales en Portugal y el oeste de Francia, donde la cuota combinada de las partes llegaría a alcanzar el 40-50 %. Además, en estos mercados se eliminaría una fuerte presión competitiva, ya que Europac representaba el competidor más cercano a DSS y el número de operadores en el mercado se reduciría a dos o menos. La Decisión también señala que no ha quedado confirmada la posibilidad de los competidores de expandir su capacidad ni que pueda producirse la entrada de nuevos operadores. Asimismo, el reducido tamaño de los demandantes en este mercado impediría que ejerzan un poder compensatorio en estos mercados. En cuanto a los efectos verticales, debe tenerse en cuenta que tanto DSS como Europac son operadores integridos que fabrican las planchas de cartón que luego se emplean en el mercado aguas abajo de fabricación de cajas. La Comisión Europea concluye que la operación podría generar un efecto de cierre de insumos con respecto al mercado portugués ascendente de suministro de planchas de cartón convencionales.

A la vista de los problemas competitivos identificados, las partes propusieron una serie de compromisos de desinversión, dirigidos a eliminar los solapamientos en los mercados portugués y del oeste de Francia de planchas de cartón ondulado. Así, se propone la venta de las plantas de DSS en estos mercados, junto con su correspondiente *goodwill*, *know-how*, personal y derechos de propiedad industrial necesarios para su explotación. La Comisión valida los compromisos porque disipan los riesgos para la competencia detectados y autoriza la operación sujeta a su cumplimiento. Adicionalmente, cabe destacar que, por decisión de 24 de mayo de 2019, la Comisión aprobó la compra de los activos desinvertidos por International Paper Company.

## 5 · DECISIONES EN MATERIA DE AYUDAS DE ESTADO

**La Comisión Europea declara que la adquisición por parte de la ciudad de Hamburgo de la red de calefacción central del municipio no constituye ayuda de Estado**

*Decisión de la Comisión de 15 de abril de 2019 en el asunto SA.52390 - Alemania - Readquisición de la red de distrito de calefacción de Hamburgo*

La red municipal de calefacción central de Hamburgo es propiedad, al 75 %, de Vattenfall, y al 25 % de HGV, una sociedad instrumental del ayuntamiento de la ciudad. Tras un referéndum en 2013, el ayuntamiento decidió remunicipalizar las redes de energía y alcanzó un acuerdo por el que adquiriría una opción de compra por el 75 % de la red municipal que no poseía, con un precio de ejercicio de 950 millones de euros. En el año 2018, el ayuntamiento decidió ejercer la opción. Algunos de los informes preparados en 2018 valoraban la red de calefacción a precios sustancialmente inferiores (entre 600 y 700 millones). En ese escenario, las autoridades alemanas plantean a la Comisión Europea si el ejercicio de la opción de compra supone la concesión de una ayuda de Estado en favor de Vattenfall por conceder una ventaja selectiva.

La cuestión clave a estos efectos es, por tanto, si existe una ventaja. Según la práctica habitual de la Comisión, esto implica determinar qué precio habría pagado un inversor de una economía de mercado. La Comisión analiza en detalle el último informe preparado por uno de los expertos contratados al efecto y estima que el precio es consistente con el que habría pagado un inversor privado. En particular, la Comisión acepta que esta valoración puede tener en cuenta ayudas de Estado futuras que todavía no han sido aprobadas por la Comisión, así como una subida de precios por debajo de un límite marcado por un posible abuso de posición de dominio consistente en precios excesivos. Con estos ajustes, el precio pagado no confiere ventaja y el ejercicio de la opción no es una ayuda de Estado.

**La Comisión Europea autoriza una medida de subvención de equipamiento para la radiodifusión de televisión en comunidades de propietarios**

*Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2019 en el asunto SA.51079 - España - Ayuda a la recepción de radiodifusión audiovisual para los edificios multifamiliares*

La Comisión Europea analizó una medida del Gobierno español dirigida a compensar los costes de adaptación de los equipos de recepción de señales de televisión en los edificios multifamiliares afectados por la liberación de la banda de 700 MHz. Esta medida se aplicará en el contexto de la migración de los servicios de televisión terrestre de la banda de 700 MHz (694-790 MHz) a la banda inferior a 700 MHz (470-694 MHz). Para los hogares, la liberación de la banda de 700 MHz implica el cambio de algunos de los sistemas de recepción, lo que afecta a hasta 800.000 edificios. La medida consiste en ayudas financieras a comunidades de propietarios de edificios multifamiliares situados en una de las 68 zonas geográficas afectadas para el 100 % del coste de adaptación de infraestructuras o instalación de equipos "de cualquier tecnología" (de 100 a 650 euros por edificio; 150 millones de euros).

A juicio de la Comisión, aunque es cierto que los beneficiarios directos no son empresas (lo que permitiría descartar que estamos ante una ayuda de Estado), no es posible descartar que existan beneficiarios indirectos que sí lo son. En particular, la Comisión recuerda que la existencia de ayuda depende de sus efectos. En concreto, la Comisión estima que los proveedores de servicios de televisión y los operadores de plataformas son beneficiarios indirectos de la medida.

Entrando a valorar la compatibilidad, la Comisión considera que la medida es compatible al (i) tener un objetivo de interés común reconocido en una decisión del Consejo y el Parlamento, (ii) ser idónea para evitar una interrupción de los servicios de televisión y evitar un vacío en el acceso a la información; (iii) ser necesaria y tener efecto incentivador, puesto que sin la ayuda algunos usuarios no terminarían de adaptar sus equipos a tiempo; (iv) proporcional, al limitarse en los costes realmente soportados y la solución tecnológica más barata; y (v) tener efectos negativos limitados (sin buscar beneficiar una tecnología concreta).

## 6 · OTROS

**La CNMC plantea una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE**

*Acuerdo del Consejo de la CNMC de 12 de junio de 2019 por el que se eleva cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea al amparo del artículo 267 del TFUE y se suspende el procedimiento sancionador*

El Consejo de la CNMC ha acordado la elevación de una cuestión prejudicial al TJUE en relación con la interpretación del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE.

La cuestión prejudicial se plantea en el marco de un procedimiento sancionador en curso de la CNMC en el que esta entidad estaría analizando la compatibilidad con la normativa de defensa de la competencia de determinados convenios colectivos y, en concreto, el sometimiento de estos convenios a la normativa de defensa de la competencia.

Esta es la segunda ocasión en la historia en la que la autoridad española de defensa de la competencia ha elevado una cuestión prejudicial al TJUE. La primera cuestión prejudicial fue planteada por el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia ("TDC") en el año 1992. En aquel momento, el TJUE no cuestionó la legitimación del TDC para la remisión de cuestiones prejudiciales (ni su consideración como órgano jurisdiccional a estos efectos).

A este respecto, cabe destacar que en una sentencia posterior de 31 de mayo de 2005, el TJUE consideró que la autoridad de defensa de la competencia griega no reunía los requisitos para ser considerada un "órgano jurisdiccional" legitimado para remitir una cuestión prejudicial al TJUE. En el acuerdo, la CNMC expone las razones por las que considera que su posición es diferente a la de la autoridad de defensa de la competencia griega y, por tanto, sí cumpliría con los requisitos exigidos para ser considerada un "órgano jurisdiccional" con capacidad para elevar cuestiones prejudiciales al TJUE.

**DERECHO DIGITAL \*****1 · PROPIEDAD INTELECTUAL. JURISPRUDENCIA****[Unión Europea]**

La libertad de información y la libertad de prensa no pueden justificar que los Estados miembros creen una excepción a los derechos de autor al margen de las excepciones y limitaciones establecidas en la Directiva 2001/29/CE sobre los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 29 de julio de 2019 (C-469/17, Funke Medien NRW GmbH c. Bundesrepublik Deutschland)*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) responde en esta sentencia a varias cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo Federal alemán (“BGH”) acerca del margen de apreciación de que disponen los Estados miembros de la Unión Europea (“UE”) a la hora de transponer el Derecho de la Unión —en particular, 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 (“DDASI”)—, y del papel que juegan en la transposición los derechos reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 7 de diciembre de 2000 (la “Carta”).

La sentencia trae causa de la controversia suscitada entre Funke Medien NRW GmbH, un medio de comunicación alemán, y la República Federal de Alemania como consecuencia del acceso por parte del primero a la versión confidencial de unos documentos propiedad de la segunda, y su publicación en una página web de su titularidad, todo ello sin la autorización del Gobierno alemán. En este contexto, el BGH pregunta al TJUE sobre el alcance de las excepciones de información de actualidad y de cita a la luz de los derechos fundamentales de libertad de información y libertad de prensa reconocidos en la Carta.

Al respecto, el TJUE establece que los Estados miembros disponen de cierto margen de apreciación en la transposición de las normas de la Unión Europea cuando estas no supongan una medida de armonización completa de los distintos Derecho nacionales. Así, mientras que la DDASI recoge una medida de armonización completa con respecto a los derechos de reproducción y comunicación al público de los autores (artículos 2.a y 3.1, respectivamente), no sucede igual con las excepciones y limitaciones previstas en su artículo 5. El TJUE concluye así que, para ejercer ese margen de apreciación, es necesario respetar el contenido del Derecho de la Unión, que incluye a su vez el respeto de los derechos y principios de la Carta. Por tanto, los Estados miembros no están facultados para crear nuevas limitaciones o excepciones, aunque sí pueden hacer una interpretación extensiva, protectora de los derechos y principios de la Carta, para aplicarlas a distintas situaciones que cumplan con los requisitos establecidos en la DDASI.

(\*) Esta sección de Derecho Digital: ha sido coordinada, en su parte de Propiedad Intelectual, por Agustín González García y Rafael Sánchez-Aristi, y ha sido elaborada por Nerea Sanjuán Rodríguez, Rafael Fernández Jordano y Nicolás Pulido Azpiroz. En su parte de Comunicación y Entretenimiento ha sido coordinada por Pablo González-Espejo y ha sido elaborada por Nerea Sanjuán, Pablo Hernández Collado y Carlos Trincado Castán, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid), del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid). En su parte de Comercio electrónico, Protección de Datos y Privacidad ha sido coordinada por Leticia López-Lapuente, y ha sido elaborada por Leticia López-Lapuente y Lidia Gimeno Rodríguez, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid). Y por último, en su parte de Propiedad Industrial y Competencia Desleal ha sido coordinada por Carles Vendrell Cervantes, y ha sido elaborada por Cristina Suanzes, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid), y Júlia Figueras, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Barcelona).

**El uso de una muestra o *sample* de un fonograma en otro no vulnera el derecho exclusivo de reproducción titularidad del productor del primer fonograma, siempre que se utilice solo una parte no sustancial y ésta haya sido modificada, sin que sea posible reconocer el fonograma del que es extraída. Además, el fonograma que incluye esa muestra (*sample*) tampoco constituye una copia de este último si no incorpora la totalidad o una "parte sustancial" de él. Por otra parte, esa muestra sonora extraída de un fonograma podrá considerarse una cita, siempre que se cumplan los requisitos legales de dicha excepción y se pueda identificar la obra citada.**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 29 de julio de 2019 (C-476/17, Pelham GmbH y otros c. Ralf Hütter y Florian Schneider-Esleben)*

El TJUE resuelve varias cuestiones prejudiciales planteadas por el BGH en torno a si la introducción de una muestra (o *sample*) de un fonograma (aproximadamente, dos segundos de una secuencia rítmica de él) en otro fonograma infringe los derechos de propiedad intelectual del productor del primer fonograma, de acuerdo con la DDASI interpretada a la luz de los principios y derechos de la Carta.

El TJUE recuerda que el derecho exclusivo conferido por el artículo 2.c) de la DDASI al productor de fonogramas le legitima a autorizar o prohibir la reproducción de un fonograma de su titularidad, permitiéndole oponerse a que un tercero use (reproduzca) una muestra sonora, incluso muy breve, de su fonograma con el fin de insertarla en otro fonograma. No obstante, no se habrá producido un acto de reproducción y, en consecuencia, no se podrá ejercitar el derecho exclusivo del productor de fonogramas, cuando esa muestra sonora sea incorporada en otro fonograma de forma modificada y no resulte reconocible al escucharla. El Tribunal justifica su decisión sobre la base de que, de lo contrario, se conculcaría la exigencia de alcanzar un justo equilibrio entre, por un lado, el interés de los titulares de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor, consagrado en la Carta, y, por otro lado, la libertad de las artes, también garantizada por la Carta.

En este contexto, añade que el artículo 9.1.b) de la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, debe interpretarse en el sentido de que un fonograma que incluye una muestra (*sample*) de otro fonograma no constituye una copia de este último si no incorpora la totalidad o una "parte sustancial" de él.

Por último, afirma que el artículo 5, apartado 3, letra d), de la DDASI debe interpretarse en el sentido de que el uso de una muestra sonora extraída de un fonograma que permite identificar la obra de la que se ha extraído esa muestra puede considerarse una cita, siempre que se cumplan los requisitos legales de dicha excepción, es decir, que esa muestra se utilice con fines de crítica o reseña, que se refiera a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, que se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y que se haga buen uso de ellas y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido, siendo esencial que se pueda identificar la obra citada. Además, dicho uso debe tener por objeto interactuar con la obra en cuestión.



La aplicación de la excepción de “información sobre acontecimientos de actualidad” no puede estar supeditada a que no haya sido razonablemente posible solicitar la autorización previa del autor de la obra a publicar. La excepción de “cita” incluye la remisión, por medio de un hipervínculo, a un archivo consultable de manera autónoma, siempre que se cumpla con los requisitos exigidos para la aplicación de dicha limitación a los derechos de autor y afines. El requisito de publicación lícita previa relativo a la excepción de “cita” se entiende cumplido cuando la obra citada se hubiera hecho accesible al público con anterioridad con el permiso del titular del derecho o en virtud de una licencia no voluntaria o incluso de una autorización legal.

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 29 de julio de 2019 (C-516/17, Spiegel Online GmbH c. Volker Beck)*

Esta sentencia del TJUE trae causa de la controversia surgida entre Spiegel Online GmbH, un medio de comunicación alemán, y Volker Beck, un político alemán, al respecto de un artículo sobre política en materia penal elaborado por este último que había generado cierta polémica, puesto que en su primera publicación el editor realizó correcciones con las que el autor no estaba de acuerdo. Al efecto de aclarar su postura, este había colgado en su página web ambos documentos. El conflicto se produce cuando la versión online del medio (*Spiegel Online*) informa sobre el asunto, incluyendo hipervínculos a la página web donde aparece ese artículo y su versión corregida, y ello sin contar con la autorización del autor. Ante la demanda interpuesta por este último, el medio invoca los límites de información de actualidad y cita.

En este contexto, el BGH solicita al TJUE que se pronuncie sobre el alcance de tales límites, regulados en el artículo 5 de la DDASI, a la luz de los derechos fundamentales de libertad de información y libertad de prensa reconocidos en la Carta y, en particular, en su artículo 11.

Con carácter preliminar, el TJUE establece que los derechos contemplados en la Carta y, en particular, el derecho a la libertad de información y la libertad de prensa, consagrados en el artículo 11, no permiten a los Estados miembros de la UE adoptar nuevas excepciones o limitaciones a las previstas en la DDASI con respecto a los derechos de autor y afines, aunque deben ser tenidos en cuenta a la hora de aplicar las previstas en ella.

De este modo, una norma nacional que restrinja la aplicación de la excepción o limitación prevista en el artículo 5.3.c) de la DDASI a los casos en los que no sea razonablemente posible solicitar previamente la autorización para usar una obra protegida con el fin de informar sobre acontecimientos de actualidad debe ser interpretada en el sentido de considerar que no es necesario recabar la autorización del autor para utilizar una obra protegida cuando dicha utilización viene amparada por la excepción de información de actualidad. La configuración de la propia excepción justifica que una noticia sea publicada sin demora con el fin de no perjudicar el interés informativo que presenta para el público —especialmente, en el entorno de la sociedad de la información—.

Afirma también el TJUE que el artículo 5.3.d) de la DDASI debe interpretarse en el sentido de que el concepto de “cita” que prevé incluye la remisión vía hipervínculo a un archivo consultable de manera autónoma, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por dicha disposición. Asimismo, afirma que uno de esos requisitos consiste en que la obra citada haya sido publicada previamente de forma lícita, lo cual se entiende cumplido cuando la obra citada se ha hecho accesible al público con anterioridad con el permiso del titular del derecho o en virtud de una licencia no voluntaria, o incluso de una autorización legal, y no sobre una versión de esa obra negada por el autor o modificada sin su autorización.

## [España]

No se considera un mero prestador de servicios de intermediación, a los efectos de eximirse de responsabilidad por vulneración de derechos de propiedad intelectual, a una empresa que gestiona una plataforma de Internet a través de la que difunde gratuitamente archivos musicales protegidos y ofrece servicios complementarios de valor añadido

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de junio de 2019*

El Tribunal Supremo ("TS") se pronuncia sobre el conflicto surgido de la publicación gratuita en una página web de numerosos archivos musicales sin la autorización de las productoras fonográficas correspondientes. La empresa que gestionaba dicha página había sido sancionada previamente por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, con desestimación del recurso contencioso-administrativo que planteó la demandada ante la Audiencia Nacional ("AN").

Por su parte, nuestro Alto Tribunal desestima a su vez el sucesivo recurso de casación contra la decisión de la AN, al considerar que la recurrente no podía ser considerada un mero intermediario a los efectos de beneficiarse del régimen de exención de responsabilidad para los prestadores de servicios que se limiten a almacenar datos, recogido en el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, y en el artículo 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

La empresa había puesto a disposición del público de forma gratuita 6819 archivos musicales de éxito sin ningún tipo de autorización previa y había percibido ingresos económicos a través de la publicidad presente en la página web. Asimismo, los usuarios debían facilitar previamente información relativa a las canciones con el fin de que dicha página pudiese incorporar valor añadido a su gestión —como la generación de etiquetas o la incorporación de fotografías de los artistas—, lo cual es considerado un factor que supone un papel activo del gestor y elimina el rol neutro que caracteriza a los meros intermediarios. El hecho de haber sido previamente sancionada por la misma actividad es una presunción irrefutable de que dicha entidad tenía conocimiento de estar llevando a cabo un acto ilícito, por lo cual no cabe estimar el recurso de casación.

Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual tienen la condición de interesadas en los procedimientos administrativos de autorización de una nueva entidad de gestión y, por tanto, están legitimadas para participar en el trámite de audiencia e impugnar en vía administrativa y jurisdiccional las resoluciones de autorización

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de mayo de 2019*

Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual CEDRO, SGAE y VEGAP impugnaron la autorización de la nueva entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual Euskal Kultugileen Kidegoa ("EKKI") otorgada por el Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del País Vasco, alegando que, al no haberseles concedido trámite de audiencia en el expediente de autorización, no se respetó el procedimiento legalmente previsto a tal efecto. Afirman, además, que los estatutos de EKKI no cumplen los requisitos establecidos por el Real Decreto-Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual ("TRLPI").

El Departamento de Cultura del País Vasco inadmitió el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de autorización aduciendo que el artículo 150 TRLPI no concede a las entidades recurrentes la legitimación para impugnar la autorización de una nueva entidad de gestión, al no tratarse de una infracción de derechos de propiedad intelectual y no haberse acreditado la concurrencia de un interés legítimo. Con los mismos argumentos, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco desestimó el recurso interpuesto contra la resolución de inadmisión del recurso de alzada. Frente a esta sentencia, CEDRO, SGAE y VEGAP interpusieron recurso de casación ante el TS.

El Alto Tribunal estima el recurso al considerar que la concesión de la autorización a una nueva entidad de gestión afecta a las entidades ya existentes en la medida en que concurrirá con ellas en la captación y mantenimiento de socios. Añade el TS que esta concurrencia no es irrelevante para las entidades de gestión, aunque sean entidades sin ánimo de lucro, dado que cuantos más titulares integren una entidad de gestión mayores serán sus posibilidades de actuar en defensa de los derechos que representa. El TS concluye declarando que las entidades recurrentes tienen la condición de interesadas en el procedimiento de autorización de una nueva entidad de ges-

tión y, por tanto, tienen derecho a ser oídas en trámite de audiencia y legitimación para impugnar administrativa y jurisdiccionalmente las resoluciones de autorización.

**La titularidad del derecho *sui generis* sobre bases de datos no permite ejercitar las acciones en defensa de la protección de la información para la gestión de derechos previstas en la Ley de Propiedad Intelectual y, en particular, la relativa a actuar contra quienes supriman o alteren dicha información**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, de 3 de mayo de 2019*

Una empresa dedicada a la creación, gestión y explotación de portales web de anuncios clasificados, entre otros, de compraventa de automóviles, demandó a una empresa que gestionaba un portal web competidor por la reproducción no autorizada de un gran número de anuncios del portal web de la demandante.

El Juzgado de lo Mercantil número 8 de Barcelona estimó las pretensiones de la sociedad demandante por considerar que se había producido, entre otras, una vulneración del derecho *sui generis* sobre la base de datos del demandante, así como una infracción de sus derechos de propiedad intelectual recogidos en el artículo 162 del TRLPI, al haberse suprimido las marcas de agua del demandante en las fotografías de los anuncios copiados.

La Audiencia Provincial de Barcelona ("AP") estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandada. En concreto, en materia de propiedad intelectual, la AP desestima la condena por infracción del artículo 162 del TRLPI, al considerar que la obra o prestación protegida a estos efectos no son las fotografías de forma aislada, sino la base de datos de la demandante, y la protección jurídica de la base de datos concedida en el supuesto enjuiciado es por el derecho *sui generis* del artículo 133 del TRLPI y no por derechos de autor (*ex* artículo 10 del TRLPI). Por tanto, no se da el requisito necesario para la aplicación del artículo 162 del TRLPI. Añade el tribunal que, en caso de que se considerase que la obra protegida son las fotografías utilizadas en los anuncios, no sería la demandante su titular, sino los anunciantes que las proporcionan.

**El contrato de encargo futuro de un número indefinido de canciones sin delimitar ni perfilar debe ser declarado nulo de acuerdo con la Ley de Propiedad Intelectual y vulnera la libertad de creación artística de los autores protegida por la Constitución española**

*Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid, de 30 de abril de 2019*

Una editora musical interpuso una demanda contra una conocida autora musical, exigiéndole que cumpliera con las obligaciones asumidas en el contrato de encargo celebrado por ambas, por el que se había comprometido a completar cinco producciones fonográficas que, una vez que hubieran recibido el visto bueno de la editora, se formalizarían en un contrato de edición musical.

La demanda es desestimada íntegramente por el Juzgado de Primera Instancia, al entender que el compromiso de entregar a la editora todas las canciones necesarias hasta publicar cinco álbumes musicales infringe el artículo 43.3 del TRLPI, por cuanto no puede ser objeto de contrato de edición una obra futura que no se encuentre perfectamente delimitada y perfilada. Además, entiende que la inclusión de previsiones redactadas de forma genérica —como que las obras cedidas sean "*todas las composiciones musicales, canciones u obras inéditas originales*", sin especificar su género, estilo o duración— crea una dependencia desmedida con respecto al editor, que vulnera la libertad de producción y creación artística recogida en el artículo 20.1 de la Constitución española, la cual trata de preservar el mencionado artículo 43.3 del TRLPI.

De igual manera, el artículo 59.2 del TRLPI prohíbe someter las obras aún no creadas ni acabadas a una suerte de precontrato de edición, en la medida en que el autor quede vinculado de manera indefinida o por un periodo demasiado prolongado, máxime cuando tampoco estaba determinada la fecha de inicio del futuro contrato de edición, por cuanto ello se hacía depender de la previa entrega y aceptación por el editor de cada obra musical.

## 2 · PROPIEDAD INTELECTUAL. OTROS

**Determinación de las tarifas de AGEDI y AIE para la reproducción y comunicación pública de fonogramas por los organismos de radiodifusión**

*Resolución de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual, de 20 de septiembre de 2018*

La Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (“SPCPI”) resuelve el expediente de determinación de tarifas de AGEDI y AIE para las emisoras de radio de difusión inalámbrica. El procedimiento se había iniciado a instancias de AGEDI y AIE, y su objeto consistía en fijar la tarifa a satisfacer por las emisoras de radio por la comunicación pública (y la reproducción instrumental) de fonogramas publicados con fines comerciales.

La SPCPI determina una nueva tarifa de uso efectivo que permite diferenciar entre radios musicales y no musicales, las cuales tienen diferentes niveles de intensidad y relevancia de uso de los fonogramas comerciales. Esta tarifa, fijada para un periodo de tres años desde la publicación en el *BOE* de la resolución de la SPCPI (5 de diciembre de 2018) y con efectos desde el 6 de julio de 2016, se compone de dos elementos principales: (i) el precio por el uso de los derechos, obtenido mediante la aplicación a los ingresos vinculados a la explotación del repertorio (los “IVER”) de un tipo tarifario; y (ii) el precio por el servicio prestado por las entidades de gestión, destinado a cubrir los costes en los que las entidades de gestión incurrir para determinar el uso que de los derechos que gestionan han realizado las emisoras.

A los efectos de calcular los IVER, se ha de partir de la cifra de ingresos obtenidos por cada emisora, con la exclusión de los ingresos financieros, los ingresos provenientes de la venta o cesión de programas y las subvenciones ajenas a la actividad de radiodifusión. Sobre dicha cantidad, se aplica un factor de ponderación cuyo valor depende de la relevancia de uso de los fonogramas comerciales para cada emisora, conforme a unas tablas de correspondencia entre intensidad y relevancia de uso.

Respecto del tipo tarifario, la SPCPI toma como referencia los últimos tipos acordados por AGEDI y AIE con la asociación representativa del sector de los radios comerciales, si bien introduce una corrección en función de la evolución de la audiencia de la radio musical respecto de la no musical. El tipo tarifario se modula, por su parte, en función de los tiempos de emisión de fonogramas comerciales por parte de cada emisora (porcentaje de intensidad de uso).

## 3 · COMUNICACIÓN Y ENTRETENIMIENTO. LEGISLACIÓN

### [Unión Europea]

**Decisión de la Comisión Europea, de 11 de junio de 2019, por la que se constituye el Grupo de política del espectro radioeléctrico y se deroga la Decisión 2002/622/CE**

*La Comisión Europea, por medio de la presente Decisión, deroga la Decisión 2002/622/CE y constituye un nuevo grupo consultivo sobre política del espectro radioeléctrico, denominado “Grupo de política del espectro radioeléctrico”.*

La creación de este grupo viene motivada por la entrada en vigor de la Directiva (UE) 2018/1972 y del Reglamento (UE) 2018/1971 del Parlamento Europeo y del Consejo, los cuales han introducido modificaciones relevantes en el marco regulador relativo al espectro radioeléctrico que, entre otras, han tenido como consecuencia la necesidad de reforzar y adaptar las funciones del grupo a dicho nuevo marco regulador.

**[España]**

**El Gobierno aprueba el Plan Técnico Nacional de la TDT para la reordenación del espectro radioeléctrico, para la liberación del segundo dividendo digital y la preparación de su futuro uso por los servicios de telefonía móvil 5G**

*Real Decreto 391/2019, de 21 de junio, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre y se regulan determinados aspectos para la liberación del segundo dividendo digital (BOE de 25 de junio de 2019)*

El Real Decreto 391/2019, de 21 de junio, aprueba el nuevo Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre (el "Real Decreto" y la "TDT") y regula aspectos relativos a la liberación del espectro radioeléctrico correspondiente a la banda de frecuencias 694-790 Mhz (la "Banda de 700 Mhz"), conocida como el segundo dividendo digital, para su futura utilización por los operadores de telecomunicaciones para las tecnologías móviles 5G.

El Real Decreto regula las actuaciones a seguir para liberar la Banda de 700 Mhz y cómo se distribuirán los nuevos múltiples digitales en la banda de 470-694 Mhz entre los proveedores de servicios de comunicación audiovisual con licencia. El referido plan establece que se mantendrá el número de múltiples y sus coberturas, así como la oferta de canales de TDT existente en la actualidad, junto con unas obligaciones mínimas de cobertura y especificaciones técnicas relativas a la calidad de las emisiones que los servicios de televisión deben cumplir, en particular con la introducción de los canales en ultra-alta definición (UHD) y la evolución de todos los canales en definición estándar a emisiones en alta definición (HD).

Los proveedores de servicios de comunicación audiovisual deberán haber culminado este proceso el 30 de junio de 2020, fecha en la que no podrán seguir utilizando la Banda de 700 Mhz y en la que esta pasará a estar disponible para los servicios telefonía móvil 5G. El Real Decreto establece, además, que la banda 470-694 Mhz será utilizada para servicios de retransmisión televisiva hasta, al menos, el año 2030.

**Regulación del procedimiento y requisitos para la concesión de subvenciones para sufragar los gastos necesarios para la adaptación de las instalaciones de recepción de servicios de televisión como consecuencia de la liberación del segundo dividendo digital**

*Real Decreto 392/2019, de 21 de junio, por el que se regula la concesión directa de subvenciones destinadas a compensar los costes derivados de la recepción o acceso a los servicios de comunicación audiovisual televisiva en las edificaciones afectadas por la liberación de la banda de frecuencias 694-790 Mhz (segundo dividendo digital) (BOE de 25 de junio de 2019)*

El Real Decreto 392/2019, de 21 de junio, regula los requisitos para la concesión directa de subvenciones para compensar los costes derivados de la adaptación de las instalaciones de recepción de los servicios de televisión en los edificios como consecuencia de la liberación del segundo dividendo digital.

Las subvenciones se concederán a las comunidades de propietarios de edificios en régimen de propiedad horizontal, y estarán destinadas a sufragar los gastos e inversiones por las acciones necesarias para asegurar la recepción o acceso a los servicios de televisión en aquellos edificios afectados por la liberación del segundo dividendo digital. Las subvenciones se concederán respetando el principio de neutralidad tecnológica, sin favorecer una tecnología sobre otra. En consecuencia, los beneficiarios podrán elegir entre cualquiera de las tecnologías existentes que permita garantizar el acceso o recepción a los servicios de televisión.

La concesión de las subvenciones será gestionada por la entidad pública Red.es a través de un procedimiento de concesión directa, debido a la existencia de razones de interés público y social en garantizar a la población el acceso a los servicios de radiodifusión televisiva.

**Competiciones deportivas y fraude en las apuestas**

*Orden PCI/759/2019, de 9 de julio, por la que se crea y regula la Comisión Nacional para combatir la manipulación de las competiciones deportivas y el fraude en las apuestas (BOE de 15 de julio de 2019)*

El Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad crea, mediante la Orden PCI/759/2019, la Comisión Nacional para combatir la manipulación de las competiciones deportivas y el fraude en las apuestas (la "Comisión"), cuya función principal es servir de cauce de diálogo y cooperación, a nivel nacional, para prevenir y erradicar la corrupción vinculada a la manipulación de las competiciones deportivas y las apuestas relacionadas con estas.

La Comisión se crea como un órgano colegiado adscrito al Ministerio de Hacienda, cuyo funcionamiento se estructura a través del Pleno y el Comité Permanente. Tanto el Pleno como el Comité Permanente, cuyos respectivos miembros se detallan en el articulado de la Orden, deberán reunirse un mínimo de dos veces al año con el objeto de llevar a cabo las funciones que cada uno tiene encomendadas, todas ellas destinadas a la detección, prevención y lucha contra la manipulación de las competiciones deportivas y el fraude en las apuestas.

## 4 · COMUNICACIÓN Y ENTRETENIMIENTO. JURISPRUDENCIA

### [Unión Europea]

**El Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpreta la definición de “servicio de comunicaciones electrónicas”, al amparo de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2019 (C-142/18)*

El TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal de Apelación de Bruselas (Cour d’appel de Bruxelles) en el contexto de un procedimiento judicial iniciado por una empresa creadora de programas informáticos y el Instituto Belga de Correos y Telecomunicaciones, en relación con la interpretación de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (la “Directiva”).

El Tribunal de Apelación de Bruselas plantea al TJUE si, de acuerdo con la Directiva, debe calificarse como “servicio de comunicaciones electrónicas” el suministro, por parte del creador de un programa informático, de una funcionalidad que ofrece un servicio de voz sobre IP (“VoIP”), que permite al usuario llamar a un número fijo o móvil de un plan nacional de numeración a través de la red telefónica pública conmutada de un Estado miembro a partir de un terminal, pese a que (i) el uso del servicio requiere que el usuario disponga de un acceso a Internet, que constituye a su vez un servicio de comunicaciones electrónicas prestado por un tercer proveedor de servicios, y que el proveedor haya alcanzado acuerdos con ciertos prestadores de servicios de telecomunicaciones (para la transmisión y terminación de llamadas a la red telefónica pública conmutada, “RTPC”); (ii) dicho servicio VoIP se ofrece a través de una funcionalidad adicional de un programa informático que puede utilizarse sin ella; (iii) el prestador del servicio establece en sus condiciones que no asume la responsabilidad de la transmisión de las señales frente al cliente final; y (iv) el servicio prestado está comprendido también en el concepto de “servicio de la sociedad de la información”.

El TJUE considera que el servicio VoIP ofrecido por la empresa informática debe ser considerado como un “servicio de comunicaciones electrónicas”, de conformidad con el artículo 2.c) de la Directiva, en la medida en que la prestación de dicho servicio, por un lado, da lugar a una remuneración del creador del *software* y, por otro, conlleva que este celebre acuerdos con los proveedores de servicios de telecomunicaciones debidamente autorizados a transmitir y terminar llamadas a la RTPC. A tal efecto, se tienen en cuenta además los siguientes argumentos: (i) el hecho de que el usuario acceda al servicio VoIP utilizando un “servicio de comunicaciones electrónicas”, como es el servicio de acceso a internet, no es óbice para que el propio servicio VoIP pueda ser calificado también como “servicio de comunicaciones electrónicas”; (ii) el hecho de que el servicio se ofrezca a través de una funcionalidad adicional de un programa informático no afecta a la calificación de dicho servicio; (iii) el que la empresa proveedora del programa informático indique que no asume responsabilidad alguna sobre el servicio VoIP no influye en la calificación de dicho servicio como un “servicio de comunicaciones electrónicas”; y (iv) el hecho de que el servicio VoIP esté también comprendido en el concepto de “servicio de la sociedad de la información” no implica en modo alguno que no pueda ser calificado también como “servicio de comunicaciones electrónicas”.

**El Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpreta el concepto de “servicios que consisten, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas” al amparo de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de junio de 2019 (C-193/18)*

El TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo del estado federado de Renania del Norte-Westfalia (Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen) en el contexto de un procedimiento entre una empresa prestadora de, entre otros, un servicio de correo electrónico, y la Agencia Federal de Redes de Electricidad, Gas, Telecomunicaciones, Correos y Ferrocarril alemana, en relación con la interpretación de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (la “Directiva”).

El Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo del estado federado de Renania del Norte-Westfalia plantea al TJUE si, de acuerdo con la Directiva, debe interpretarse el concepto de “servicios que consisten, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas” en el sentido de que comprende o puede comprender servicios de correo electrónico que son puestos a disposición a través de internet y que por sí mismos no proporcionan acceso a internet; y, en caso negativo, si podría excepcionalmente comprender tales servicios en el supuesto de que su prestador opere al mismo tiempo sus propias redes de comunicaciones electrónicas conectadas con internet.

El TJUE entiende que, de acuerdo con el artículo 2.c) de la Directiva, no cabe considerar que la prestación de su servicio de correo electrónico por la empresa demandada no constituya un “servicio de comunicaciones electrónicas”, en la medida en que dicho servicio no incluye el acceso a internet, es decir, no consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas. Señala el TJUE que son los proveedores de acceso a internet de los remitentes y los destinatarios de los correos (y, en su caso, los proveedores de servicios de correo electrónico en internet), por un lado, y los operadores de las distintas redes que constituyen el internet abierto, por otro lado, quienes efectúan en los sustancial la transmisión de las señales necesarias para el funcionamiento del servicio y quienes asumen la responsabilidad de la transmisión. En cuanto a la segunda cuestión, el TJUE considera que el hecho de que la empresa opere sus propias redes de comunicaciones electrónicas no puede implicar que la totalidad de los servicios que presta sean considerados como “servicios de comunicaciones electrónicas”.

**El Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que no constituye un obstáculo a la retransmisión de una cadena de televisión el establecimiento de una obligación temporal para los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de un Estado miembro de la Unión Europea consistente en difundir el canal exclusivamente a través de fórmulas de pago**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de julio de 2019 (C-622/17)*

BMA es una sociedad registrada en Reino Unido que retransmite una cadena de televisión lituana (“NTV”) dirigida al público de este país. Como consecuencia de la emisión de un programa en el que se mostraba contenido por el que se incitaba al odio por razón de la nacionalidad, la Comisión Lituana de Radio y Televisión (“CLRT”) adoptó una decisión por la que imponía a los operadores que distribuían la cadena de televisión NTV por cable o internet la obligación de difundirla únicamente a través de paquetes de pago durante un periodo de doce meses. BMA recurrió la decisión de la CLRT ante el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Vilna (Vilniaus apygardos administracinis teismas), solicitando la anulación de la decisión por cuanto la medida suponía un obstáculo a la libertad de recepción y retransmisión de las emisiones televisivas procedentes de otros Estados miembros de la UE prevista en la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (“Directiva Audiovisual”). El Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Vilna planteó una cuestión prejudicial al TJUE relativa a si la medida adoptada por la CLRT es conforme con la Directiva Audiovisual.

El TJUE resuelve la cuestión prejudicial en favor de la CLRT, al entender que el artículo 3, en sus apartados 1 y 2, de la Directiva Audiovisual, deben ser interpretados en el sentido de que (i) la adopción de una medida nacional con un objetivo de orden público y que consiste en regular las modalidades de distribución de una cadena de televisión a los consumidores de un Estado miembro receptor no constituye un obstáculo a su retransmisión, y (ii) la medida adoptada no impide la retransmisión en el Estado miembro de recepción, por cuanto no supone una suspensión o prohibición de la retransmisión de la cadena en territorio lituano, sino que esta sigue siendo difundida legalmente, y el público lituano puede seguir viéndola a través de una modalidad de pago.

## [España]

**Se confirma la sanción impuesta a una empresa operadora de telecomunicaciones por la realización de emisiones radioeléctricas no autorizadas contrarias a los Planes de utilización del dominio público radioeléctrico y al Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, y por la puesta a disposición de redes públicas de comunicaciones electrónicas a favor de entidades sin el correspondiente título habilitante para el uso del dominio público radioeléctrico**

*Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 3 de mayo de 2019*

La AN ha desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una empresa operadora de telecomunicaciones frente a la resolución de 10 de julio de 2017 del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución sancionadora de 12 de noviembre de 2015, dictada por el Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, que le imponía a dicha empresa una sanción por la comisión de dos infracciones, una de carácter muy grave y otra de carácter grave.

Las referidas infracciones cometidas por la empresa están tipificadas, respectivamente, en los artículos 76.5 y 77.30 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones ("LGT"), y consisten en la realización de emisiones radioeléctricas no autorizadas contrarias a los Planes de utilización del dominio público radioeléctrico y al Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, y en la puesta a disposición de redes públicas de comunicaciones electrónicas a favor de entidades sin el correspondiente título habilitante para el uso del dominio público radioeléctrico.

La AN desestima los nueve motivos de impugnación alegados por la empresa de telecomunicaciones en su recurso y considera que esta ha sido responsable de tales infracciones: de la tipificada en el artículo 76.5 LGT, por haber realizado emisiones radioeléctricas no autorizadas en el canal 66, ocupando indebidamente el espacio público radioeléctrico; y de la tipificada en el artículo 77.30 LGT, por haber puesto su red de comunicaciones electrónicas a disposición de otra entidad que no dispone de título habilitante. La AN confirma, por consiguiente, la sanción impuesta a la empresa.

**Equiparar a personas con discapacidad intelectual con "retrasados" en el contexto de una escena en una serie de televisión es peyorativo y transmite una imagen poco respetuosa y no inclusiva**

*Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de mayo de 2019*

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN resuelve el recurso presentado contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") de 5 de abril de 2018, por la que se requería a un operador de telecomunicaciones que adoptara las medidas necesarias para garantizar que sus emisiones realizan un tratamiento respetuoso de las personas con discapacidad, de acuerdo con lo establecido en la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual ("LGCA").

Los hechos por los que se adopta la resolución consistieron en la emisión por una operadora de telecomunicaciones del capítulo de una serie de televisión, en el que en uno de los diálogos entre los personajes se hacía referencia de forma peyorativa a las personas con discapacidad intelectual.

El recurrente alega que los diálogos con los que se presenta a los personajes en una obra audiovisual se encuentran amparados por la libertad creativa de los autores de la obra, y que se trata en todo caso de personajes de ficción en situaciones irreales. Además —alega el recurrente—, el artículo 8.5 de la LGCA no es una norma de obligado cumplimiento en tanto que en su redacción se utiliza el término "procurar", restando carácter imperativo y obligatoriedad a la norma, sin que se haya acreditado por la CNMC que el operador no haya "procurado" en el ejercicio de su actividad ofrecer una imagen normalizada de las personas discapacitadas.

La AN resuelve considerando que las obligaciones incluidas en el artículo 8.5 de la LGCA en relación con las personas discapacitadas son imperativas y no tienen un mero carácter programático, como argumenta la recurrente. Por otra parte, en cuanto al argumento sobre la libertad creativa como causa de justificación que ampara el contenido controvertido de la obra, recuerda la Sala la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual los derechos incluidos en el ámbito de la libertad de expresión, entre los que se encuentra la libertad creativa, tienen como límite específico la protección de la juventud y la infancia, en el cual entiende incluidas a las personas con discapacidad psíquica. En la medida que el comentario que se



realiza en la escena transmite una imagen poco respetuosa y no inclusiva, esta no se adecúa a lo dispuesto en la LGCA y, en consecuencia, desestima el recurso contencioso-administrativo y confirma la resolución de la CNMC.

## 5 · COMUNICACIÓN Y ENTRETENIMIENTO. OTROS

**El Comité Económico y Social Europeo ha emitido un dictamen sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Plan coordinado sobre la inteligencia artificial”, cuyo objetivo es pedir a las instituciones europeas que apliquen con urgencia el referido plan coordinado sobre la inteligencia artificial**

*Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Plan coordinado sobre la inteligencia artificial» (COM(2018) 795 final)*

El Comité Económico y Social Europeo (“CESE”) ha emitido un dictamen sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Plan coordinado sobre la inteligencia artificial”, cuyo objetivo es pedir a las instituciones europeas que apliquen con urgencia el referido plan coordinado sobre la inteligencia artificial.

El CESE considera que la Unión Europea debe estar al frente de la innovación y la inversión para poder competir con éxito a nivel mundial en el avance y desarrollo de la inteligencia artificial, para lo cual considera necesario crear un entorno empresarial favorable, en el que se estimule la innovación y la inversión en inteligencia artificial. Asimismo, el CESE insta a los Estados miembros a que adapten sus sistemas educativos a la demanda de nuevas cualificaciones y requiere a la Unión Europea para que todo el desarrollo y utilización de la inteligencia artificial se lleve a cabo de conformidad con los valores de la UE, cumpliendo plenamente la legislación. Sugiere a su vez que se adopte un marco de desarrollo sostenible como enfoque rector para la futura evolución de la inteligencia artificial.

**La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia emite un informe en el que evalúa la Propuesta de comercialización de derechos de la Final de la Copa del Rey 2019 fuera de España y en el que advierte de que la Propuesta atribuye derechos a la RFEF sin soporte legal y de la falta de transparencia del procedimiento de adjudicación**

*Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de 30 de abril de 2019, sobre la propuesta de la RFEF para la comercialización de los derechos de la Final de Copa de SM el Rey 2019 fuera de España*

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”) emitió un informe en el que valoraba la Propuesta presentada por la Real Federación Española de Fútbol (“RFEF”) de procedimiento de licitación para la adjudicación de la comercialización europea e internacional de los derechos audiovisuales de la Final de la Copa del Rey que se celebró el 25 de mayo de 2019 en Sevilla.

Señala la CNMC que la RFEF, al otorgar derechos para la producción y explotación directa del partido y de los eventos ocurridos los siete días anteriores, está excediendo los derechos de comercialización que el Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional (el “RDL 5/2015”) le concede como organizadora de la competición. Recuerda la CNMC que el RDL 5/2015 reconoce a la RFEF una facultad de comercialización conjunta de estos derechos para los eventos que se produzcan entre el minuto anterior al inicio del partido y los dos minutos siguientes a su finalización.

Por otra parte, la CNMC advierte que el procedimiento de negociación privada establecido para la adjudicación de los derechos puede ser contrario al RDL 5/2015, al no cumplir con los principios de un procedimiento público, transparente, competitivo y sin discriminación. Además, considera que para la comercialización internacional de los derechos regulados por el RDL 5/2015, se exige una descripción detallada de los países para los que se concede la comercialización y no una delimitación genérica e indeterminada por regiones.

La CNMC concluye declarando que la Propuesta presentada no cumple con lo establecido en el RDL 5/2015, y conmina a la RFEF a adecuar su Propuesta al contenido de esta norma y a redefinir el procedimiento de adjudicación, de tal forma que se adecúe a los principios de transparencia, igualdad y no discriminación, y se cumplan los requisitos para la comercialización internacional de estos derechos.

**La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia emite un informe en el que evalúa la Propuesta de condiciones de comercialización de derechos de la competición liguera de Primera y Segunda división. Advierte la Comisión de que la Propuesta atribuye derechos a la Liga Nacional de Fútbol Profesional sin soporte legal y que la duración de los contratos debería reducirse de cinco a tres años**

*Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de 16 de abril de 2019, sobre la propuesta de la Liga Nacional de Fútbol Profesional de condiciones de comercialización de los derechos del Campeonato Nacional de Liga de 1.ª y 2.ª división fuera del Espacio Económico Europeo*

La CNMC ha emitido un informe en el que analiza la propuesta presentada por la Liga Nacional de Fútbol Profesional ("LNFP") para la comercialización de los derechos audiovisuales correspondientes al Campeonato Nacional de Liga de Primera y Segunda División en ciertos países fuera del Espacio Económico Europeo ("EEE") por un plazo de hasta cinco temporadas (hasta la temporada 2023/2024).

La CNMC establece que la comercialización de contenidos producidos por la propia LNFP y la reserva de determinados contenidos para su explotación no están amparados por el RDL 5/2015, que otorga a la LNFP la facultad de comercializar de forma conjunta los derechos audiovisuales de los partidos de fútbol objeto de él, pero no la producción o la explotación directa de dichos derechos audiovisuales. Aclara que la comercialización y explotación de los contenidos no incluidos en el ámbito del RDL 5/2015 corresponden de manera individual a los clubes participantes. Aconseja, en este sentido, que la LNFP debería especificar de manera más precisa los derechos objeto de comercialización, puesto que la definición recogida en la Propuesta es demasiado amplia ("los derechos audiovisuales relativos a todos los partidos").

La CNMC señala, además, que para garantizar el respeto en la adjudicación de los derechos se den los principios de objetividad, transparencia y no discriminación, y sería deseable que la LNFP desarrollara las líneas generales del procedimiento de adjudicación (presentación de ofertas, requisitos técnicos, profesionales y económicos, fase de adjudicación, etc.). Por último, respecto a la duración de los contratos, la CNMC recomienda limitar los contratos de cesión en exclusiva de derechos a un máximo de tres temporadas.

## 6 · COMERCIO ELECTRÓNICO, PROTECCIÓN DE DATOS Y PRIVACIDAD. LEGISLACIÓN

### [Unión Europea]

**Aprobación de la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales**

*Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DOUE de 22 de mayo de 2019)*

El pasado 22 de mayo se publicó en el *DOUE* la nueva Directiva (UE) 2019/770, con el objetivo de garantizar a los consumidores un mejor acceso a los contenidos y servicios digitales, así como facilitar que las empresas suministren contenidos y servicios digitales. El conjunto de estas medidas busca contribuir a impulsar la economía digital de la Unión Europea ("UE") y a estimular el crecimiento general con el fin de lograr un verdadero mercado único digital europeo.

La armonización de un marco normativo claro en materia de contratación digital se estimaba de imperiosa necesidad por muchos motivos, entre otros, (i) la falta de regulación de determinadas normas esenciales que hasta ahora no estaban reguladas a escala de la UE ni nacional, (ii) la incertidumbre de los consumidores sobre cuáles son sus derechos contractuales esenciales, (iii) la falta de un marco normativo claro, o (iv) los costes adicionales sufridos por las pymes a consecuencia de las diferencias en las normas imperativas nacionales.

La Directiva establece normas comunes sobre determinados requisitos relativos a los contratos celebrados entre empresarios y consumidores para el suministro de (i) datos en formato digital, (ii) servicios que permitan crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o (iii) servicios que permitan compartir, crear, cargar o interactuar con contenidos suministrados por usuarios de ese servicio.

Así, la Directiva también establece qué tipo de contenidos o servicios digitales se encuentran fuera del ámbito de aplicación de esta norma, exceptuando, entre otros, el suministro de conte-

nidos como parte de una actuación o acontecimiento —por ejemplo, las proyecciones cinematográficas— o los contratos de *software*.

Los requisitos que, según la Directiva, deben cumplir este tipo de contratos pueden agruparse en tres grandes puntos:

- (i) La Directiva regula la conformidad de los contenidos o servicios digitales, entendida como (a) la necesidad de cumplir con los requisitos subjetivos y objetivos previstos legalmente —es decir, que el producto o servicio recibido por el consumidor sea acorde a todas las características demandadas, apto para sus fines específicos y completo—, así como (b) la correcta integración de dichos contenidos o servicios en el entorno digital del consumidor.
- (ii) La Directiva también establece las distintas medidas correctoras a la falta de conformidad o incumplimiento del suministro. En este sentido, en caso de incumplimiento de suministro, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato, y, en caso de falta de conformidad, el consumidor tendrá tres opciones: (a) exigir que los contenidos o servicios digitales sean puestos en conformidad, (b) aplicar una reducción proporcionada del precio o (c) resolver el contrato.
- (iii) Por último, la Directiva también permite que el empresario modifique los contenidos o servicios digitales más allá de lo necesario para mantener la conformidad cuando el acceso a estos se haya de garantizar durante un período de tiempo, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: (a) que el contrato permita tal modificación y proporcione una razón válida para realizarla, (b) que tal modificación se realice sin costes adicionales para el consumidor, y (c) que el consumidor sea informado de forma clara y comprensible acerca de la modificación. En el caso de que la modificación sea relevante y afecte de forma negativa al acceso del consumidor a los contenidos o servicios digitales o a su uso, este tendrá derecho a resolver el contrato.

**Aprobación del Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea**

*Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea.*

El Reglamento (UE) 2019/1150, que fue publicado en el *DOUE* el pasado 11 de julio y que entrará en vigor a partir del 12 de julio de 2020, tiene como objetivo fomentar la transparencia de los servicios de intermediación en línea. Esta norma establece una serie de obligaciones de transparencia que deben cumplir las empresas o usuarios de servicios de intermediación y los motores de búsqueda en línea establecidos en la UE, siempre que ofrezcan bienes o servicios a consumidores ubicados en la UE. Dichas obligaciones no serán aplicables a los servicios de pagos en línea, herramientas de publicidad en línea, ni a plataformas de intercambios publicitarios en línea que no tengan por finalidad promocionar el inicio de transacciones directas y que no impliquen relaciones contractuales con consumidores.

Estas obligaciones de transparencia impuestas a los servicios de intermediación en línea incluyen, entre otras, que las condiciones generales de estos proveedores deberán ser sencillas, claras y comprensibles, y que deban estar disponibles para los usuarios profesionales en todas las etapas de la relación contractual con el proveedor.

Asimismo, se establece la posibilidad de que las plataformas de intermediación en línea suspendan o finalicen la prestación de servicios, siempre y cuando comuniquen claramente a las empresas afectadas los motivos de dicha suspensión o finalización, así como que les permitan recurrir dicha decisión.

Por lo que respecta a las obligaciones de los motores de búsqueda, se establece la obligación de (i) proveer una descripción de los principales parámetros utilizados para clasificar las páginas webs indexadas; (ii) indicar las características de los bienes y servicios que ofrecen, así como su importancia para los consumidores; (iii) establecer y difundir con claridad los motivos por los que aplican restricciones a las empresas para ofrecer bienes y servicios a los consumidores; y (iv) habilitar sistemas internos de tramitación de reclamaciones que permitan a las empresas resolver incidencias —sin que esta última obligación sea exigible a las pequeñas empresas—.

## 7 · COMERCIO ELECTRÓNICO, PROTECCIÓN DE DATOS Y PRIVACIDAD. JURISPRUDENCIA

[España]

**La Audiencia Nacional considera que imponer a los repartidores de una compañía la obligación de instalar una aplicación de geolocalización en sus smartphones personales constituye una vulneración del derecho a la protección de datos personales**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 6 de febrero de 2019*

La Audiencia Nacional (“AN”) dictó el pasado 6 de febrero la primera sentencia en España en la que se declaraba la vulneración de uno de los nuevos “derechos digitales” aprobados por la nueva ley de protección de datos, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (“LOPDGDD”): el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral reconocido en su artículo 90.

Dicho artículo dispone que los empleadores podrán tratar los datos extraídos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores dimanantes del artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, siempre y cuando (i) estas funciones se realicen dentro de su marco legal y con los límites inherentes a él y (ii) se informe de manera expresa, clara e inequívoca a los trabajadores —y a sus representantes— sobre la existencia y características de estos dispositivos y el posible ejercicio de sus derechos de protección de datos.

Si bien este procedimiento judicial pertenece a la sala de lo social de la AN —dado que se enmarca dentro de una acción interpuesta por un sindicato contra la aprobación de un proyecto aprobado por la compañía—, la AN analiza desde una perspectiva de protección de datos la licitud del proyecto implementado. En este caso, la controversia surgió por la implementación de un proyecto por el que los repartidores de la compañía debían instalar una aplicación en sus smartphones personales para poder localizar su posición durante su jornada de trabajo.

La AN declaró la existencia de una vulneración del derecho a la protección de datos personales reconocido en el artículo 18.4 de la Constitución española por dos motivos principales:

- (i) porque el proyecto no cumplía con el “principio de proporcionalidad” en tanto el control de localización de los repartidores durante su jornada laboral podía realizarse utilizando medios menos intrusivos para los trabajadores (por ejemplo, instalar el dispositivo de geolocalización en las motocicletas de reparto o en pulseras) que permitieran, además, que los trabajadores no proporcionaran medios propios de los que deriva un tratamiento de datos personales que exceda del necesario (es decir, que conlleve el tratamiento de su número de teléfono o dirección de correo electrónico personal); y
- (ii) porque los trabajadores no fueron debidamente informados sobre el tratamiento de datos derivado de estos sistemas, por lo que no se cumplía con las exigencias de información establecidas tanto en el Reglamento (UE) 2016/679 (“RGPD”) como en el propio artículo 90 de la LOPDGDD.

**El Tribunal Constitucional declara inconstitucional el primer apartado del artículo 58.bis de la LOREG que contenía una parte de la nueva regulación relativa al tratamiento de datos personales de los ciudadanos por parte de partidos políticos en el marco de campañas electorales**

*Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019, de 22 de mayo*

El Tribunal Constitucional (“TC”) declaró la inconstitucionalidad del primer apartado del artículo 58.bis de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (“LOREG”) que había sido aprobado junto con la nueva ley orgánica de protección de datos, la LOPDGDD, y cuya constitucionalidad fue impugnada por el Defensor del Pueblo tras la petición de varios colectivos.

El mencionado apartado establecía un marco normativo para la recopilación y tratamiento de los datos personales de los ciudadanos por parte de los partidos políticos en el marco de campañas electorales. A grandes rasgos, su novedad radicaba en que reconocía la posibilidad de que los partidos políticos recopilaran datos personales relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos en virtud de la existencia de un interés público expresamente reconocido en la norma. Asimismo, el artículo también regula ciertos elementos relativos al envío de propaganda electoral por vía electrónica.

En su sentencia, el TC determinó la inconstitucionalidad del primer apartado del artículo 58.bis de la LOREG con base en dos puntos: (i) la existencia de una violación por parte del legislador del principio de reserva de ley y (ii) la existencia de una violación del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos personales expresamente reconocido en el artículo 18.4 de la CE.

En este sentido, el TC indicó que cualquier norma que imponga límites al derecho fundamental a la protección de datos debe cumplir, al menos, dos exigencias: previsibilidad y certeza de las medidas que restrinjan el derecho a la protección de datos. Sin embargo, de acuerdo con el TC, la disposición legal impugnada no cumplía con ambas exigencias por diversos motivos, entre los cuales se destacan:

- (i) La sola invocación de un genérico “interés público” para intentar justificar la recopilación de datos de opiniones políticas no basta como medio para determinar la finalidad del tratamiento.
- (ii) Permitir de forma genérica el tratamiento ilimitado de datos personales sobre opiniones políticas de los ciudadanos sin establecer ningún tipo de restricción no sería suficiente.
- (iii) La falta de incorporación de garantías adecuadas para el tratamiento de los datos en normas que posean el rango normativo adecuado. En este último punto, resulta importante destacar que el TC consideró que la aprobación de una circular por parte de la Agencia Española de Protección de Datos (“AEPD”) no puede entenderse como una norma de rango adecuado para la incorporación de garantías adecuadas.

En consecuencia, si bien parte del artículo 58.bis de la LOREG sigue, a fecha de hoy, en vigor, mediante su sentencia el TC dejó sin efecto el reconocimiento de que el tratamiento de datos de opiniones políticas podría legitimarse con base en la existencia de un interés público.

## 8 · COMERCIO ELECTRÓNICO, PROTECCIÓN DE DATOS Y PRIVACIDAD. OTROS

### [Europa]

#### Directrices sobre la interpretación del tratamiento de datos necesario para la ejecución de contratos para la prestación de servicios en línea

*Directrices 2/2019 del Comité Europeo de Protección de Datos sobre el tratamiento de datos personales en virtud del artículo 6(1)(b) del Reglamento General de Protección de Datos, en relación a la prestación de servicios en línea a los interesados*

El pasado 9 de abril, el CEPD emitió unas directrices en las que profundizó sobre la aplicabilidad del artículo 6.1.b) del RGPD y los tratamientos que pueden entenderse como necesarios para ejecutar un contrato.

En este sentido, el CEPD destaca —siguiendo la postura adoptada por el Grupo de Trabajo del Artículo 29— que dicho precepto debe interpretarse de forma restrictiva, amparando solo aquellos tratamientos de datos estrictamente necesarios para la ejecución de un contrato o de medidas precontractuales. Ello implica entender incluidos aquellos tratamientos de datos estrechamente vinculados a esta ejecución del contrato o relacionados con el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato, como por ejemplo el envío de requerimientos formales de pago.

Asimismo, el CEPD aclara la posible compatibilidad de este precepto legal sobre ciertas situaciones en el marco de la prestación de servicios en línea. Así, el CEPD dispone que este amparo legal no permitiría (i) llevar a cabo tratamientos de datos relacionados con la mejora de los servicios o la prevención del fraude (que deberían ampararse en otro tipo de bases legales, tales como el interés legítimo del responsable), ni (ii) el perfilado de los receptores de estos servicios en línea. Por último, el CEPD sí indica que en determinadas situaciones la personalización de contenido podría entenderse como parte de un servicio en línea y, por lo tanto, necesario para la ejecución del servicio. No obstante, avisa de que esta interpretación deberá realizarse caso a caso y en función de la naturaleza del servicio.

**El Comité Europeo de Protección de Datos publica unas directrices sobre el tratamiento de datos personales a través de dispositivos de vídeo**

*Directrices 3/2019 sobre el tratamiento de datos personales a través de dispositivos de vídeo*

El pasado 10 de julio, el CEPD publicó unas directrices y orientaciones en relación con el tratamiento de datos personales realizado a través de dispositivos de vídeo, con el objetivo de establecer una serie de límites y principios a respetar, en todo momento, en la recogida y tratamiento de las imágenes y/o sonido captado a través de dispositivos de vídeo. De los límites y principios dispuestos en estas directrices, cabe destacar:

- (i) La legalidad del tratamiento podrá basarse en la existencia de un interés legítimo, un interés público o el consentimiento de los interesados (en este último caso, en casos muy excepcionales, como atletas que acepten ser grabados en sus entrenamientos).
- (ii) Las imágenes podrán ser cedidas a autoridades policiales cuando exista una obligación legal para ello, o a terceros (en este último caso, se requerirá el análisis para ver si existe una base legal que ampare dicha cesión).
- (iii) En relación con los derechos de protección de datos, las directrices se focalizan en los derechos de acceso, supresión y oposición. En este sentido, indican que, (a) respecto del derecho de acceso, el responsable deberá aplicar medidas técnicas para proteger los datos de terceros que aparezcan en las imágenes, sin que este hecho pueda servir de excusa para limitar el derecho de acceso; (b) respecto del derecho de supresión, la distorsión de la imagen de una persona de forma irreversible equivale a la supresión de los datos personales; y (c) en relación con el derecho de oposición, solo podrá denegarse el derecho de oposición cuando el responsable demuestre tener razones legítimas suficientes para la conservación de los datos.
- (iv) Por último, el CEPD también recuerda a los responsables que deben cumplir con el deber de informar a los interesados sobre la captación de las imágenes a través de un cartel y una hoja informativa que ofrezca más detalle sobre el tratamiento de los datos, así como con el principio de limitación del plazo de conservación, por el que se deben conservar los datos durante el tiempo estrictamente necesario.

**El CEPD emite un dictamen para esclarecer la interacción entre la normativa de ePrivacy y el Reglamento General de Protección de Datos**

*Dictamen 5/2019 del Comité Europeo de Protección de Datos sobre la interacción entre la Directiva de ePrivacy y el Reglamento General de Protección de Datos, en particular en lo referente a la competencia, tareas y poderes de las autoridades de protección de datos*

El pasado 12 de marzo el CEPD emitió un dictamen para aclarar la interacción entre la Directiva ePrivacy y el Reglamento General de Protección de Datos, dado que, en la práctica, existen varias materias que se encuadran dentro del ámbito de aplicación de ambas normas, como por ejemplo las *cookies* y tecnologías similares.

A grandes rasgos, el CEPD indicó que, en aquellos supuestos en los que la Directiva ePrivacy desarrolle de forma más específica una materia que lo dispuesto en el RGPD, las disposiciones de la primera prevalecerán sobre las disposiciones del RGPD, al ser ley especial. No obstante, el CEPD destaca que también debe considerarse que en determinadas situaciones ambas normas se complementan, como por ejemplo en la protección de usuarios al recibir comunicaciones comerciales. En este último caso podrán existir tanto receptores de dichas comunicaciones comerciales que sean personas físicas (y, por tanto, la normativa de protección de datos sería aplicable) como personas jurídicas (estas últimas no protegidas por la normativa de protección de datos, pero sí en el contexto del envío de comunicaciones comerciales, por la Directiva ePrivacy).

**[España]**

**Publicación por parte de la AEPD de la lista de tratamientos de datos que requieren una evaluación de impacto relativa a la protección de datos**

*Lista de la AEPD sobre los tipos de tratamientos de datos que requieren evaluación de impacto relativa a protección de datos*

La AEPD ha publicado una lista de actividades de tratamiento que requieren la realización de una evaluación de impacto relativa a la protección de datos ("EIPD"). Esta lista responde a la obligación directamente impuesta por el artículo 35 (4) del RGPD, cuyo objetivo radica en facilitar la identificación de aquellas actividades de tratamiento que requieran una EIPD. Este docu-

mento —que cada autoridad de control nacional deberá no solo publicar, sino también comunicar al CEPD— vio la luz en nuestro país el 6 de mayo del 2019.

Como bien aclara la propia AEPD, en el momento de llevar a cabo un análisis sobre la procedencia de realizar una EIPD será fundamental tener en cuenta que, en la mayoría de los casos en los que dicho tratamiento cumpla con dos o más criterios de la lista, la obligación de realizar una EIPD será casi inevitable. Dentro de la lista publicada, destacan los tratamientos que impliquen (i) el perfilado o la valoración de sujetos acerca de su personalidad o hábitos; (ii) el uso de datos biométricos para la identificación individualizada; (iii) el uso de datos genéticos; y (iv) la utilización de nuevas tecnologías o un uso innovador de tecnologías consolidada de modo que supongan nuevas formas de recogida y utilización de datos.

## 9 · PROPIEDAD INDUSTRIAL Y COMPETENCIA DESLEAL. JURISPRUDENCIA

### [Unión Europea]

**Conclusiones del Abogado General Szpunar, de fecha 30 de abril de 2019 en el asunto YA, Airbnb Ireland UC, Hotelière Turenne SAS, Association pour un hébergement et un tourisme professionnel, Valhotel (as. C-390/18)**

*El Abogado General considera que Airbnb debe considerarse un servicio de la sociedad de la información.*

A raíz de una denuncia contra un ciudadano anónimo presentada por la Association pour un hébergement et un tourisme professionnel, la Fiscalía de París presentó un escrito de acusación por incumplimiento de la Ley Hoguet (reguladora de, entre otras cuestiones, la actividad de agente inmobiliario) y asignó a AIRBNB Ireland (“Airbnb”) la condición de testigo con derecho a asistencia letrada.

Airbnb niega que su actividad sea la de un agente inmobiliario y señala que La Ley Hoguet no podría aplicarse, puesto que entra en contradicción con la Directiva 2000/31/CE, de comercio electrónico (la “Directiva de Comercio Electrónico”).

El juez que instruye la causa decidió plantear dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con el objetivo de aclarar si las prestaciones que Airbnb realiza en Francia a través de una plataforma electrónica cuyo manejo se lleva a cabo desde Irlanda están amparadas por la libre prestación de servicios que contempla la Directiva de Comercio Electrónico. Igualmente, el juez nacional pregunta si se pueden imponer a Airbnb normas más restrictivas, como las que regula la Ley Hoguet sobre la profesión de agente inmobiliario.

Para dirimir esta cuestión, el abogado general Szpunar analiza si el servicio prestado por Airbnb puede considerarse un servicio de la sociedad de la información, en el sentido de la Directiva de Comercio Electrónico, y propone al TJUE que responda a esta cuestión de forma afirmativa, puesto que se trata de un servicio que pone en relación a través de medios electrónicos a potenciales arrendadores y arrendatarios. Además, Airbnb no crea la oferta de alojamientos, que tienen valor económico con independencia de la plataforma, y Airbnb no ejerce control o influencia decisiva sobre la oferta de servicios con contenido material: no es un regulador de los aspectos económicos del mercado y solo se reserva un poder administrativo, dado que quienes determinan las condiciones del alojamiento en última instancia son los arrendadores.

En relación con la segunda cuestión (esto es, si sería posible imponer a Airbnb la Ley Hoguet), el abogado general concluye que dicha ley está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva de Comercio Electrónico y que su aplicación podría restringir la prestación de unos servicios de la sociedad de la información. Por tanto, es necesario examinar si esta ley cumple con los requisitos de fondo y forma establecidos en ella.

En relación con los requisitos de fondo, el abogado general señala que deben analizarse caso por caso y que corresponderá al juez nacional apreciar si las medidas impuestas por la Ley Hoguet sirven para garantizar la protección de los consumidores y no exceden de lo estrictamente necesario para conseguir dicho objetivo.

No obstante, el abogado general concluye que los requisitos de forma no se han cumplido, dado que Francia no notificó a la Comisión la existencia de esta legislación restrictiva de los servicios de la sociedad de la información ni tampoco solicitó al Estado miembro de origen del servicio en cuestión (Irlanda) que implementase las medidas oportunas. Por tanto, debe entenderse que la Directiva de Comercio Electrónico se opone a la restricción de la libre circulación de servicios en las circunstancias descritas en relación con la Ley Hoguet.

## [España]

**El servicio prestado por BlaBlaCar no es una actividad de intermediación en el transporte en el sentido de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestre**

### *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª) de 18 de febrero de 2019*

La Sección 28.ª (Especializada en Mercantil) de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó íntegramente el recurso de apelación planteado por la Confederación Española de Transporte en Autobús ("Confebus") contra la sentencia dictada el 2 de febrero de 2017 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid. La sentencia apelada había desestimado, a su vez, la demanda planteada por Confebus contra Comuto Iberia S. L. y Comuto S. A. ("BlaBlaCar"), en la que solicitaba que se declarase la deslealtad de las prácticas llevadas por BlaBlaCar en materia de transporte de viajeros.

De acuerdo con la tesis de Confebus, BlaBlaCar realizaría una actividad de intermediación de transporte que precisa una autorización administrativa y habilitación específica al amparo de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres ("LOTT"). En ese sentido, a juicio de Confebus, BlaBlaCar incurriría en el ilícito concurrencial de violación de normas (art. 15.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal), generando perjuicios a las empresas que conforman dicha confederación.

BlaBlaCar, por su parte, defiende que su actividad no es ni de transporte público de viajeros ni de intermediación en el transporte. Al contrario, BlaBlaCar se limitaría a conectar "*conductores que tienen asientos vacíos con pasajeros que se dirigen al mismo destino*" y a contribuir con su sistema a "*generar y fomentar la confianza de los usuarios entre sí y en el propio sistema*". Además, Blablacar señala que su actividad estaría encuadrada en la prestación de servicios de intermediación de información entre particulares al amparo de Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Por tanto, esta actividad no debe ser previamente autorizada ni puede someterse en España a mayores restricciones que las que tiene en Francia, de acuerdo con el principio de control de origen.

La Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como queda dicho, confirma íntegramente la sentencia apelada.

Para la Audiencia Provincial, BlaBlaCar tiene por objeto "*poner en contacto a personas que buscan compartir los gastos de un viaje*", y el mero hecho de que la compañía perciba una remuneración por el uso de su plataforma no la convierte en empresario de transporte. Además, establece que BlaBlaCar no controla los aspectos esenciales de la actividad desarrollada por los usuarios de la plataforma, por lo que no hay una "*influencia y control*" significativos sobre el servicio subyacente.

Con respecto al ilícito concurrencial, entiende la Audiencia Provincial que, para determinar su concurrencia, habría que establecer primero la ilegalidad de "*la actividad desarrollada fuera de la red, es decir, a la actividad de los usuarios*". Si se concluyese que la actividad que realizan los usuarios es ilícita, entonces podría valorarse si la actividad de Blablacar merece la misma calificación. Al respecto, la Audiencia Provincial entiende que la actividad de los usuarios no sería ilícita. Y ello, porque estaría amparada por la excepción prevista en el art. 101 de la LOTT, que excluye de la regulación al transporte privado particular del titular del vehículo y sus allegados. La interpretación de esta norma conforme al contexto histórico y la realidad social actual (art. 3 del Código Civil) lleva a la Audiencia Provincial a concluir que "*el uso del vehículo compartido debe considerarse transporte privado particular, de lo que resulta que la actividad de los usuarios fuera de la red resulta perfectamente lícita*". Por estos motivos, la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación.



## ENERGÍA \*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

- Mercado interior de la electricidad** *Reglamento (UE) 2019/943, de 5 de junio, relativo al mercado interior de la electricidad (DOUE de 14 de junio de 2019)*
- Normas comunes para el mercado interior de la electricidad** *Directiva (UE) 2019/944, de 5 de junio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE (DOUE de 14 de junio de 2019)*
- Agencia de la Unión Europea para la Cooperación de los Reguladores de la Energía** *Reglamento (UE) 2019/942, de 5 de junio, por el que se crea la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación de los Reguladores de la Energía (DOUE de 14 de junio de 2019)*

#### [España]

- Parques Eólicos en Navarra** *Decreto Foral 56/2019, de 8 de mayo, por el que se regula la autorización de parques eólicos en Navarra (BON de 16 mayo de 2019)*
- Impulso de instalaciones de autoconsumo fotovoltaico en el sector residencial de la Comunidad de Madrid** *Orden de 20 de mayo de 2019 de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de ayudas por la Fundación de la Energía de la Comunidad de Madrid para el desarrollo del II Plan de Impulso de Instalaciones de Autoconsumo Fotovoltaico en el Sector Residencial de la Comunidad de Madrid (BOCM de 4 de junio de 2019)*
- Interrumpibilidad en el sistema gasista** *Resolución de 5 de junio de 2019, de la Dirección General de Política Energética y Minas, que modifica la de 25 de julio de 2006, por la que se regulan las condiciones de asignación y el procedimiento de aplicación de la interrumpibilidad en el sistema gasista (BOE de 10 de junio de 2019)*
- Reparto del coste de adquisición de combustible de los grupos generadores ubicados en los territorios no peninsulares** *Resolución de 17 de julio 2019 de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se establece la metodología de reparto del coste de adquisición de combustible de los grupos generadores ubicados en los territorios no peninsulares para definir el factor de corrección por factura de combustible (BOE de 23 de julio de 2019)*

(\*) 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).

## 2 · JURISPRUDENCIA

**Fondo Nacional de Eficiencia Energética. El Tribunal Supremo, al resolver el primero de los numerosos procedimientos de impugnación contra la Orden IET/289/2015, de 20 de febrero, sostiene la legalidad de la obligación de contribución anual al FNEE y su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de mayo de 2019*

Esta sentencia desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Disa Gas, S.A.U. ("DISA") contra la Orden IET/289/2015, de 20 de febrero, por la que establecen la obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética ("FNEE") en el año 2015 (la "Orden").

La Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 (la "Directiva 2012/27/UE") impuso la obligación a los Estados miembros de la Unión Europea de establecer un sistema de obligaciones de eficiencia energética que garantizara que los distribuidores de energía o las empresas minoristas de venta de energía alcanzasen un objetivo determinado de ahorro de energía acumulado. Alternativamente, se daba la opción a los Estados miembros de implementar otras medidas de actuación para conseguir ahorros de energía entre los clientes finales.

En el caso de España, se optó por adoptar como modo principal de ejecución de las obligaciones de eficiencia energética un sistema de contribución anual al FNEE, que se introdujo en virtud de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y eficiencia ("Ley 18/2014"), y fijó como sujetos obligados a las empresas comercializadoras de gas y electricidad y a los operadores de productos petrolíferos y de gases licuados de petróleo al por mayor. El objetivo del FNEE es permitir la puesta en marcha de mecanismos de apoyo económico y financiero, asistencia técnica, formación e información u otras medidas que permitan aumentar la eficiencia energética en los diferentes sectores y ayudar a conseguir el objetivo de ahorro establecido.

La Orden desarrolla los preceptos de la Ley 18/2014, establece los sujetos obligados a hacer la contribución al FNEE y su importe.

En el procedimiento que resuelve el Tribunal Supremo en la sentencia, DISA (tal y como han hecho otro gran número de empresas energéticas) impugna la Orden con base en varios motivos de índole procesal y sustantiva. Centrándonos en los segundos, cabe destacar los dos motivos de impugnación más relevantes:

1. Vulneración del derecho de la Unión Europea por ser el sistema introducido por la Ley 18/2014 (y desarrollado por la Orden impugnada) no apto para alcanzar los objetivos de eficiencia energética que esta impone.
2. Vulneración del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución española, dado que la obligación de contribución al FNEE se establece únicamente para operadores al por mayor de productos petrolíferos y gases licuados del petróleo.

Respecto al primero de los motivos de impugnación, cabe destacar que el Tribunal Supremo planteó mediante Auto de 25 de octubre de 2016 cuestión prejudicial ante el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea para que se pronunciase sobre la compatibilidad del artículo 71 de la Ley 18/2014 con la Directiva 2012/27/UE. El TJUE resolvió la cuestión prejudicial declarando el sistema implementado por España en virtud de la Ley 18/2014 compatible con los preceptos y obligaciones de la Directiva.

A partir de dicho pronunciamiento, el Tribunal Supremo desestima el recurso presentado por DISA con base en los siguientes argumentos:

- a) La Directiva 2012/27/UE reconoce a los Estados miembros una amplia facultad de apreciación en la determinación de los medios adecuados para alcanzar los objetivos de eficiencia energética; y, en efecto, el FNEE puede, sin duda, considerarse como un mecanismo financiero que da lugar a una reducción del consumo de energía de uso final.
- b) Desde una perspectiva global y *a priori*, el sistema implementado por la Orden es idóneo para cumplir con el objetivo de ahorro energético, a pesar de que no resulta posible una comprobación material efectiva de si los programas financiados por el FNEE cumplen las exigencias de la norma comunitaria y de si los resultados al final del período contemplado

- (2020) alcanzan plenamente el objetivo de ahorro. Tal circunstancia no impide rechazar las objeciones globales al sistema formuladas por los recurrentes.
- c) El eventual incumplimiento final del objetivo de ahorro o de alguna de las exigencias previstas en la Directiva 2012/27 podría constituir, en su caso, una infracción de las obligaciones derivadas del derecho comunitario, pero no determina que el sistema nacional sea, *a priori*, contrario a la Directiva 2012/27.
- d) Sobre la imposición de la obligación de ahorro energético solo a parte de los sujetos de los sistemas de gas y electricidad, el Tribunal Supremo concluye que el legislador ha tenido en cuenta determinados criterios de política económica que, sean o no acertados, son objetivos y no discriminatorios. En consecuencia, considera que tampoco se advierte vulneración del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española.

## INMOBILIARIO Y URBANISMO \*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

##### UE. Eficiencia energética de los edificios

*Recomendación 2019/1019 de la Comisión de 7 de junio de 2019 relativa a la modernización de edificios (DOUE de 21 de junio de 2019)*

Ofrece orientaciones para entender y transponer la Directiva 2010/31, de 19 de mayo, sobre eficiencia energética de los edificios (EPBD), en concreto aquellas disposiciones que atañen a las instalaciones técnicas de los edificios y sus inspecciones, entre ellas los requisitos aplicables a la instalación de dispositivos de autorregulación y de sistemas de automatización y control de edificios (artículos 8, 14 y 15 de la EPBD), las infraestructuras de recarga para la electromovilidad (artículo 8 de la EPBD) y el cálculo de los factores de energía primaria (anexo I de la EPBD).

#### [España]

##### Medidas urgentes en materia de vivienda

*Resolución de 3 de abril de 2019 del Congreso de los Diputados que convalida Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (BOE de 5 de abril de 2019)*

El Real Decreto-ley modifica la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos; la Ley 49/1960, sobre Propiedad Horizontal; la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, y la Ley de Haciendas Locales aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2004 en relación con el arrendamiento de vivienda. Se amplía la prórroga obligatoria de tres a cinco años (a siete en caso de arrendador persona jurídica); se modifica el plazo de preaviso para no renovar, que pasa a ser de cuatro meses para el arrendador y de dos meses para el arrendatario; se introduce la posibilidad de que los contratos tengan efectos frente a terceros aunque no estén inscritos en el Registro de la Propiedad; se introduce la subrogación automática del arrendador en caso de venta del inmueble arrendado durante los cinco (o siete) primeros años de vigencia del contrato, y se incluyen límites a la actualización de la renta, que únicamente puede hacerse por periodos anuales y no puede ser superior al IPC.

Por otro lado, se introduce habilitación para que se pueda gravar con el IBI las viviendas vacías, se introduce bonificación para las viviendas protegidas de alquiler y se elimina el Impuesto de Transmisiones en los alquileres de vivienda habitual. También queda recogida una mejora técnica en la exclusión de la Ley de Arrendamientos Urbanos de la vivienda turística, para su específica regulación por las comunidades autónomas y se mejora la coordinación con los servicios sociales para proteger al desahuciado en los supuestos de vulnerabilidad, además de implementar y agilizar el procedimiento.

---

\*Esta sección ha sido coordinada por Felipe Iglesias, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid), y en su elaboración han participado Belén Simbor, Andrea Sandi, Piedad Medina, Mónica de Hevia, Amparo Guerrero, Héctor Nogués, Iván Abad, Ignacio Nägele, Rafael Castillo, Miguel Herráiz, Félix Tirado, Sara Rebordão, Maria Goreti Rebêlo, João Terrinha y Francisco Maia Cerqueira, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Valencia y Lisboa).

- Contratos de crédito inmobiliario** *Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera (BOE de 29 de abril de 2019)*
- Establece los requisitos exigibles para la prestación de servicios de asesoramiento y para el registro de los prestamistas inmobiliarios; las obligaciones de información del prestamista inmobiliario al prestatario y la utilización de medios telemáticos en la remisión de documentación por el prestamista, el intermediario de crédito inmobiliario o representante designado al notario. Asimismo, determina las características exigibles al seguro de responsabilidad civil profesional o aval bancario de los intermediarios de crédito, y sus condiciones.
- Servicios y productos bancarios** *Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE de 29 de abril de 2019)*
- Transpone parcialmente la Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.
- Establece los criterios para la determinación del ejemplo representativo en relación con la información básica que debe figurar en la publicidad de los préstamos inmobiliarios, los requisitos mínimos de conocimientos y competencia exigibles al personal al servicio del prestamista, intermediario de crédito o representante designado, y los plazos y términos en que debe facilitarse información al prestatario en el caso de que se trate de un préstamo concedido en moneda extranjera.
- DGRN. Contratos de crédito inmobiliario** *Instrucción de 13 de junio de 2019 (BOE de 14 de junio de 2019)*
- Resuelve las dudas interpretativas planteadas sobre el depósito de condiciones generales de la contratación y su reflejo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad, desde la entrada en vigor de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.
- DGRN. Contratos de crédito inmobiliario** *Instrucción de 14 de junio de 2019 (BOE de 15 de junio de 2019)*
- Publica las instrucciones sobre el uso de las plataformas informáticas de las entidades financieras y gestorías, para la tramitación de la información previa a las escrituras de préstamo hipotecario en los días siguientes a la entrada en vigor de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.
- Baleares. Viviendas desocupadas de grandes tenedores** *Decreto 36/2019, de 10 de mayo, por el que se regulan las viviendas desocupadas, el Registro de viviendas desocupadas de grandes tenedores y el procedimiento de cesión obligatoria por parte de los grandes tenedores (BOIB de 11 de mayo de 2019)*
- Desarrolla la Ley 5/2018, de la Vivienda de Illes Balears y regula el Registro de viviendas desocupadas. Se considera vivienda desocupada aquella cuya titularidad sea de una persona física o jurídica que directa o indirectamente disponga de diez o más viviendas y que permanezca deshabitada de manera continuada durante un tiempo superior a dos años, sin ninguna causa que justifique su desocupación. Asimismo, el Decreto prevé, entre otras medidas, la cesión de estas viviendas en determinadas circunstancias a cambio de una compensación fijada por el Jurado de Cesión de Viviendas Desocupadas.
- Establece las normas de habitabilidad que deben reunir las viviendas y elimina la necesidad de obtener la cédula de habitabilidad de primera ocupación.
- Canarias. Ordenación territorial de la actividad turística** *Ley 14/2019, de 25 de abril, de ordenación territorial de la actividad turística en las islas de El Hierro, La Gomera y La Palma (BOC de 13 de mayo de 2019)*
- Refunde en un texto normativo el régimen especial de la ordenación territorial de la actividad turística en las islas de El Hierro, La Gomera y La Palma, con prevalencia de esta nor-

mativa sobre los instrumentos de ordenación aprobados hasta la fecha en dicho ámbito. En todo lo no previsto, será de aplicación supletoria la legislación del suelo y de los espacios naturales protegidos y la legislación sectorial general de ordenación de la actividad turística de Canarias.

**Cataluña. Medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda. Caducidad** *Acuerdo de la Mesa del Parlamento por el que se constata y se comunica la caducidad por la no tramitación del Decreto ley 5/2019, de 5 de marzo, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda (DOGC de 8 de mayo de 2019)*

Acuerda la caducidad del Decreto-ley 5/2019, de 5 de marzo (DOGC de 7 de marzo de 2019 e incluido en AJUM n.º 51), a causa de su no tramitación.

**Cataluña. Contención de rentas en arrendamientos de vivienda y prenda** *Acuerdo de derogación del Decreto ley 9/2019, de 21 de mayo, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación del libro quinto del Código civil de Cataluña en el ámbito de la prenda (DOGC de 5 de julio de 2019)*

El Parlamento de Cataluña acordó el 26 de junio de 2019 derogar el referido Decreto-ley al no haber sido validado expresamente.

**Cataluña. Espacios agrarios**

*Ley 3/2019, de 17 de junio, de los espacios agrarios (DOGC de 19 de junio de 2019)*

Tiene como misión frenar la creciente ocupación del suelo derivada del crecimiento urbano y de la expansión de la superficie forestal. Su finalidad es ordenar la gestión de los espacios agrarios en Cataluña y diseñar los mecanismos necesarios para dar seguridad jurídica a los titulares de las explotaciones agrarias. Tiene carácter de normativa específica en actuaciones urbanísticas llevadas a cabo en los espacios agrarios y también pretende regular mecanismos para poner en producción parcelas agrícolas y ganaderas en desuso, con la creación de un registro.

**Galicia. Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas**

*Ley 1/2019, de 22 de abril, de rehabilitación y de regeneración y renovación urbanas de Galicia (DOG de 2 de mayo de 2019)*

Modifica la Ley 8/2012, de 29 de junio; la Ley 5/2016, de 4 de mayo; y la Ley 2/2016, de 10 de febrero, y regula la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas como actuaciones en el medio urbano, potenciando las áreas de rehabilitación integral (ARI) y el fomento de los procesos de rehabilitación y regeneración urbanas, con particular incidencia en la conservación y mejora de los conjuntos históricos, los núcleos rurales y el patrimonio edificado, entre otros.

**La Rioja. Protección del suelo no urbanizable**

*Decreto 18/2019, de 17 de mayo, por el que se aprueba la Directriz de Protección del Suelo No Urbanizable de La Rioja (BOR de 29 de mayo de 2019)*

Directriz prevista en la Ley 5/2006 de Ordenación de Territorio y Urbanismo que trata de identificar aquellas zonas que, por su idoneidad actual o potencial para la explotación forestal, agrícola o ganadera, o que por su riqueza paisajística, ecológica o cultural, deban ser objeto de especial protección. Deroga el Plan Especial de Protección del Medio Ambiente Natural de La Rioja y los títulos III y IV de las Normas Urbanísticas Regionales.

**Navarra. Registro de Agentes Inmobiliarios**

*Decreto Foral 33/2019, de 27 de marzo, por el que se crea el Registro de Agentes Inmobiliarios de Navarra y se regula su funcionamiento (BON de 14 de mayo de 2019)*

Crea y regula el Registro de Agentes Inmobiliarios de Navarra, en el que se inscribirán los agentes inmobiliarios que ejerzan o vayan a ejercer su actividad de manera habitual, con el objetivo de fomentar la autorregulación y la consecución de la excelencia en la prestación de sus servicios.

**País Vasco.  
Establecimientos  
comerciales**

*Ley 10/2019, de 27 de junio, de ordenación territorial de grandes establecimientos comerciales (BOPV de 9 de julio de 2019)*

Regula las condiciones para la implantación y ampliación de los grandes establecimientos comerciales y su marco jurídico. En cuanto a las condiciones de implantación, diferencia dónde podrán ubicarse los grandes establecimientos comerciales en función de si su carácter es singular o no lo es. Respecto a las ampliaciones, establece, entre otros requisitos, la necesidad de un informe favorable de la Comisión de Ordenación del Territorio del País Vasco.

**Valencia. Accesibilidad  
en la edificación y  
espacios públicos**

*Decreto 65/2019, de 26 de abril, del Consell, de regulación de la accesibilidad en la edificación y en los espacios públicos (DOCV de 16 de mayo de 2019)*

Armoniza y unifica los términos y parámetros de la Ley 1/1998 con los establecidos en la normativa estatal y en las directrices internacionales de accesibilidad en los ámbitos de la edificación y de los espacios públicos urbanizados. Establece unas únicas condiciones básicas de accesibilidad que serán exigibles en todos los edificios y espacios públicos nuevos. Modifica el Decreto 151/2009 y las Órdenes de 7 de diciembre de 2009 y 19/2010, y deroga el Decreto 39/2004 y las Órdenes de 25 de mayo de 2004 y de 9 de junio de 2004.

**[Portugal]**

**O Regime das  
Sociedades de  
Investimento e Gestão  
Imobiliária**

Decreto-Lei n.º 19/2019, de 28 de janeiro (DR 19, Série I, de 28 de janeiro de 2019)

O Decreto-Lei n.º 19/2019, de 28 de janeiro ("DL 19/2019"), que entrou em vigor no passado dia 1 de fevereiro, vem criar e estabelecer o regime jurídico aplicável às sociedades de investimento e gestão imobiliária ("SIGI").

Estas sociedades apresentam-se como um novo veículo de promoção do investimento e de dinamização do mercado imobiliário, em particular do mercado de arrendamento, numa tentativa de acompanhar uma tendência observada noutros mercados europeus de referência na figura dos *Real Estate Investment Trusts*.

As SIGI regem-se pelo disposto no DL 19/2019 e, supletivamente, pelas disposições legais aplicáveis às sociedades anónimas, afastando-se, assim, a aplicação do Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo às SIGI

As principais especificidades do novo regime legal das SIGI são as seguintes:

A. ESTRUTURA SOCIETÁRIA

- (i) Tipo societário: Sociedade anónima que adote o modelo de fiscalização que corresponde a um conselho fiscal e a um revisor oficial de contas, nos termos do disposto no artigo 413º, n.º1, b) do CSC;
- (ii) Sede: Sede e direção efetiva em Portugal;
- (iii) Capital social: Exige-se que as SIGI tenham um capital social subscrito e realizado mínimo de € 5.000.000,00 (cinco milhões de euros);
- (iv) Firma: A sociedade deve adotar, na sua firma, a menção "*Sociedade de Investimento e Gestão Imobiliária, S.A.*" ou "*SIGI, S.A.*";
- (v) Objeto social: A SIGI deverá ter como objeto social principal:
  - a) Aquisição de direitos de propriedade, direitos de superfície ou outros direitos sobre bens imóveis de conteúdo equivalente, para arrendamento ou para outras formas de exploração económica;
  - b) Aquisição de participações sociais noutras SIGI ou em sociedades com sede noutro Estado-Membro da União Europeia ("UE") ou no Espaço Económico Europeu ("EEE"), cujo regime seja equivalente ao aplicável às SIGI;
  - c) Aquisição de participações sociais ou unidades de participação de organismos de

investimento imobiliário constituídas ao abrigo do Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo ou a fundos de investimento imobiliário ou sociedades de investimento imobiliário para arrendamento habitacional, desde que, todos eles, tenham uma política de distribuição de rendimentos similar à estabelecida para as SIGI.

B. O ATIVO E LIMITES AO ENDIVIDAMENTO:

- (i) Composição do ativo: A todo o tempo, a partir do segundo ano contado desde a constituição, o ativo da SIGI deverá ser constituído na sua maioria por direitos de propriedade, direitos de superfície ou outros direitos de conteúdo equivalente sobre imóveis para arrendamento ou para outras formas de exploração económica, com respeito pelos seguintes limites cumulativos:
  - a) O valor dos direitos sobre os bens imóveis e participações sociais (conforme mencionado no anterior parágrafo A) deve representar pelo menos 80% do valor do ativo da SIGI; e
  - b) O valor dos direitos sobre os bens imóveis objeto de arrendamento ou de outras formas de exploração económica deve corresponder a pelo menos 75% do valor total do ativo da SIGI.
- (ii) Duração: Cada um dos direitos sobre imóveis (propriedade, superfície ou equivalente) e / ou das participações sociais mencionadas no objeto social supra deve ser detido durante um mínimo de três anos após a sua aquisição.
- (iii) Limites ao endividamento: O endividamento da SIGI não pode, em cada momento, ser superior a 60% do valor do seu ativo total.

C. POLÍTICA DE DISTRIBUIÇÃO E REINVESTIMENTO:

- (i) Distribuição de rendimentos: As SIGI devem distribuir rendimentos no prazo máximo de nove meses após o encerramento de cada exercício, tendo a obrigação de distribuir, pelo menos:
  - a) 90% dos lucros do exercício que resultem do pagamento de dividendos e do rendimentos de ações ou de unidades de participação distribuídos pelas entidades nas quais detenha participação nos termos das exigências supra mencionadas quanto ao objeto social; e
  - b) 75% dos restantes lucros do exercício distribuíveis nos termos do CSC (e.g. decorrentes do arrendamento direto do imóvel).
- (ii) Obrigação de reinvestimento: O regime exige que, pelo menos, 75% do produto líquido da alienação de ativos afetos à prossecução do objeto principal da SIGI seja objeto de reinvestimento noutros ativos que se destinem igualmente à prossecução do objeto principal, no prazo máximo de três anos a contar da data da alienação.

D. ADMISSÃO À NEGOCIAÇÃO E GRAU DE DISPERSÃO:

- (i) Admissão à negociação: As ações das SIGI devem, obrigatoriamente, ser admitidas à negociação em mercado regulamentado ou selecionadas para negociação em sistema de negociação multilateral, no prazo de 1 ano a contar do registo comercial de constituição ou da data de produção de efeitos da conversão, nos termos *infra*;
- (ii) Grau de dispersão: O regime exige que, a partir do momento da admissão ou seleção para negociação, e sem prejuízo dos requisitos de dispensação aplicáveis cada plataforma, pelo menos, 20% das ações das SIGI se encontrem dispersas por investidores que detenham participações sociais correspondentes a menos de 2% dos direitos de voto, não se aplicando o disposto no artigo 228.<sup>o</sup> do Código dos Valores Mobiliários (admissão a mercado de cotações oficiais).



## E. TRANSFORMAÇÃO / PERDA DE QUALIFICAÇÃO:

(i) Transformação de sociedades já existentes em SIGI: O regime prevê, a possibilidade de conversão em SIGI de sociedades anónimas e organismos de investimento coletivo imobiliário ("OII") sob forma societária já constituídos, desde que:

a) Cumpridos os requisitos exigidos pelo regime para as SIGI;

b) Desde que tal conversão seja deliberada pela assembleia geral de acionistas tomada pela maioria de votos exigida para a alteração do contrato de sociedade, para as sociedades anónimas ou tomada pelos votos correspondentes a 90% do capital social, para os organismos de investimento coletivo imobiliários, sendo tais deliberações imediatamente remetidas à CMVM;

— Os acionistas que tenham votado contra a deliberação de conversão têm o direito de se exonerar do OII sujeito à conversão, sem custos, através do exercício do direito de resgate de ações ou, quando decidido pela entidade responsável pela gestão, através da aquisição das ações em causa pelo OII, por si ou por terceiro.

(ii) Perda de qualificação: Uma SIGI que perca tal qualificação, não poderá voltar a adquirir a qualidade de SIGI nos três anos seguintes, não obstante o facto de voltar a reunir todos os requisitos, de acordo com o regime aplicável. Existe perda de qualificação por:

c) Incumprimento dos requisitos relativos à estrutura societária;

d) Incumprimento da obrigação de requerer a admissão das ações a negociação, nos termos previstos;

e) Incumprimento do requisito da dispersão das ações por período superior a seis meses;

f) Incumprimento simultâneo dos dois requisitos de composição do ativo, por período superior a seis meses;

g) Incumprimento de um dos requisitos de composição do ativo, durante dois exercícios sociais consecutivos; e

h) Incumprimento do limite do endividamento acima referido.

A perda da qualificação como SIGI gera responsabilidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização perante os respetivos acionistas, pelos danos em virtude da perda de tal qualificação.

## F. INCENTIVOS FISCAIS:

No domínio tributário, o preâmbulo do Decreto-Lei em referência estabelece que "(...) as SIGI beneficiarão do regime fiscal neutro aplicável às demais sociedades de investimento imobiliário que se constituem e operam de acordo com a legislação nacional."

## PROIBIÇÃO E PUNIÇÃO DO ASSÉDIO NO ARRENDAMENTO

*Lei n.º 12/2019, de 12 de fevereiro (DR 30, Série I, de 12 de fevereiro de 2019)*

A Lei n.º 12/2019, de 12 de fevereiro ("Lei 12/2019") vem criar uma nova secção intitulada "Assédio no arrendamento", que é aditada ao capítulo II do título I do Novo Regime do Arrendamento Urbano, aprovado pela Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro, conforme alterado ("NRAU").

Este aditamento estabelece a proibição do assédio no arrendamento que consiste, nos termos do novo artigo 13º-A do NRAU, a um qualquer comportamento ilegítimo do senhorio, do seu representante ou de terceiro interessado na aquisição ou comercialização do locado, com o intuito de conduzir à desocupação do locado por parte do arrendatário, prejudicar ou impedir o acesso e a fruição do locado, bem como qualquer comportamento que perturbe o arrendatário ou o sujeito a um ambiente intimidativo ou hostil.

Perante um comportamento passível de preencher o conceito de assédio, o arrendatário pode, não obstante a responsabilidade civil, criminal ou contraordenacional que possa gerar para o senhorio, intimar o senhorio para tomar providências no sentido de:

- (i) Cessar a produção de ruído fora dos limites legalmente estabelecidos ou de outros atos, praticados pelo senhorio ou por interposta pessoa suscetíveis de causarem prejuízo para a saúde do arrendatário ou de quem, com este, resida no locado;
- (ii) Corrigir deficiências do locado ou das partes comuns do edifício que constituam risco grave para a saúde ou segurança de pessoas e bens;
- (iii) Corrigir outras situação que impeçam a fruição do locado, o acesso ao mesmo ou a serviços essenciais (*e.g.* água, eletricidade, gás e esgotos).

Perante esta intimação o senhorio dispõe de 30 dias a contar da sua receção para demonstrar a adoção das providências necessárias para a correção das situações verificadas ou para justificar as razões de não as ter adotado.

Em caso de falta de resposta do senhorio, o arrendatário pode sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal que possa resultar dos mesmos factos e da possibilidade de recurso aos demais meios judiciais ou extrajudiciais ao seu dispor, (i) requerer injunção contra o senhorio, destinada a corrigir a situação exposta na intimação; e (ii) exigir-lhe o pagamento de sanção pecuniária no valor de 20€ (ou de 30€ por dia se o arrendatário tiver idade igual ou superior a 65 anos ou grau comprovado de deficiência igual ou superior a 60%) por cada dia a partir do final do prazo de resposta, até que o senhorio demonstre o cumprimento da intimação ou em caso de incumprimento, até que seja decretada a injunção do número (i).

Independentemente da intimação referida *supra*, o arrendatário tem ainda a faculdade de requerer à Câmara Municipal competente a realização de uma vistoria ao locado para verificação das situações acima mencionadas, a qual possui natureza urgente e deve ser realizada no prazo máximo de 20 dias, devendo o respetivo auto ser emitido até 10 dias após a sua realização.

ARRENDAMENTO URBANO: NOVAS MEDIDAS DE CORREÇÃO DE DESEQUILÍBRIOS ENTRE SENHORIOS E ARRENDATÁRIOS

**Lei n.º 13/2019, de 12 de fevereiro (DR 30, Série I, de 12 de fevereiro de 2019)**

A Lei n.º 13/2019, de 12 de fevereiro ("Lei 13/2019") vem introduzir alterações legislativas, entre outros, ao regime do arrendamento urbano consagrado no CC, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro, conforme alterado, que visa (i) corrigir situações de desequilíbrio entre arrendatários e senhorios, (ii) reforçar a segurança e a estabilidade do arrendamento urbano e (iii) proteger os arrendatários em situações especialmente frágeis.

Destacamos, entre outras, as seguintes alterações ao CC:

A. MORA DO LOCATÁRIO:

- (i) Redução do montante da indemnização a que o senhorio tem direito numa situação de mora do arrendatário, de 50% para 20% do valor em dívida, salvo se o contrato for resolvido com base na falta de pagamento.
- (ii) Caso exista fiança, como garantia do contrato de arrendamento, e o arrendatário não faça cessar a mora, o senhorio deverá notificar o fiador da existência de mora e das quantias em dívida, no prazo de 90 dias. Só após esta notificação, pode o senhorio exigir do fiador a satisfação dos seus direitos de crédito.
- (iii) O senhorio terá o direito de resolver o contrato de arrendamento em caso de mora, apenas no caso de o arrendatário se constituir em mora no pagamento da renda por um período superior a oito dias, por mais de quatro vezes, seguidas ou interpoladas, num período de doze meses. O senhorio apenas poderá exercer este direito de resolver o contrato depois de ter informado o arrendatário da sua intenção de pôr termo ao contrato de arrendamento nestes termos, por carta registada com aviso de receção, após o terceiro atraso no pagamento da renda.

**B. FORMA DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO:**

- (i) O artigo 1069.º do CC exige forma escrita na celebração de contratos de arrendamento. A Lei 13/2019 vem introduzir a este artigo um número 2, nos termos do qual estabelece que em caso de incumprimento da forma escrita, exigida por lei, que não seja imputável ao arrendatário, este tem o direito de provar a existência de título por qualquer forma admitida em direito, demonstrando a utilização do locado sem oposição do senhorio e o pagamento mensal da respetiva renda por um período de seis meses.

**C. CONTRATOS COM PRAZO CERTO PARA FINS HABITACIONAIS:**

- (i) O artigo 1095.º, n.º 2, do CC impunha já um prazo máximo de 30 anos para os contratos de arrendamento para fins habitacionais de prazo certo. A Lei 13/2019 vem agora impor também um prazo mínimo: o prazo de um contrato com termo certo não pode ser inferior a 1 ano, salvo nos casos de contratos para habitação não permanente ou para fins especiais transitórios, de acordo com o disposto no n.º 3 do mesmo artigo.
- (ii) Salvo estipulação em contrário, o contrato celebrado por prazo certo considera-se, agora, renovado automaticamente no seu termo por iguais e sucessivos períodos de igual duração ou de três anos se esta for inferior. Não há lugar à renovação automática, salvo estipulação em contrário, nos contratos para habitação não permanente ou para fins especiais.
- (iii) Por outro lado, a Lei 13/2019 vem alterar o disposto no artigo 1097.º do CC, nos termos do qual o direito do senhorio de se opor à renovação do contrato só produz efeitos depois de decorridos três anos desde a celebração do contrato, não obstante o prazo inicial do contrato. Constitui exceção a esta norma a necessidade de habitação pelo senhorio ou por seus descendentes de 1º grau, nos moldes do disposto para os contratos de arrendamento de duração indeterminada.
- (iv) O artigo 1098.º do CC na redação anterior dispunha que, nos casos em que o arrendatário não cumprisse com o período de pré-aviso exigido por lei para a oposição à renovação o contrato cessava, mas o arrendatário estava obrigado ao pagamento das rendas correspondentes ao período de pré-aviso em falta. A nova lei vem estabelecer exceções a este princípio, determinando que, em caso de desemprego involuntário, incapacidade permanente para o trabalho ou morte do arrendatário ou de pessoa que com este viva em economia comum há mais de 1 ano, o pagamento das rendas correspondentes ao pré-aviso de oposição à renovação do arrendatário não lhe é exigível.

**D. CONTRATO DE DURAÇÃO INDETERMINADA PARA FINS HABITACIONAIS (alterações que se aplicam supletivamente aos contratos de arrendamento para fins não habitacionais de duração indeterminada):**

- (i) Os critérios para que o senhorio possa denunciar o contrato, nos termos do artigo 1101.º do CC tornam-se mais rigorosos:
- No caso da alínea b) que dispõe sobre demolição ou realização de obras de remodelação ou restauro profundo que impliquem a desocupação do locado, passa a exigir-se que o resultado dessas obras não seja um local com características equivalentes às do locado, onde seja possível a manutenção do arrendamento. Por outro lado, o regime da denúncia dos termos desta alínea b) passou a estar regulado em legislação especial.
  - No caso da alínea c) que consagra a denúncia imotivada do senhorio, o prazo de comunicação ao arrendatário é alargado de 2 para 5 anos. Ademais, foi reintroduzido o artigo 1104.º do CC, anteriormente revogado, nos termos do qual se impõe que a intenção de denunciar o contrato nos termos da alínea c) do artigo 1101.º do CC exige confirmação, sob pena de ineficácia, por nova comunicação a ser enviada com a antecedência máxima de 15 meses e mínima de 1 ano relativamente à data em que produz efeitos.

## E. CONTRATOS DE ARRENDAMENTO PARA FINS NÃO HABITACIONAIS:

- (i) Para este tipo de contratos são aditados dois novos números ao artigo 1110.º e introduzido o artigo 1110.º-A ao CC. Em particular, dispõe agora o artigo 1110.º n.º 1 do CC que as regras relativas à duração, denúncia e oposição à renovação dos contratos de arrendamento para fins não habitacionais são livremente estabelecidas pelas partes, aplicando -se, na falta de estipulação, o disposto quanto ao arrendamento para habitação, sem prejuízo do disposto nos restantes número do artigo 1110.º e do artigo presente artigo e no artigo 1110.º-A do CC.
- (ii) O n.º 3 dispõe que, na falta de estipulação em contrário pelas partes, o contrato celebrado por prazo certo renova-se automaticamente no seu termo e por períodos sucessivos de igual duração, ou de 5 anos se a duração inicial for inferior.
- (iii) O n.º 4 do mesmo artigo estabelece que nos cinco primeiros anos após o início do contrato, independentemente do prazo estipulado, o senhorio não pode opor-se à sua renovação.
- (iv) Por fim, o artigo 1110.º-A do CC, dispõe que nos contratos de arrendamento não habitacional, o senhorio apenas pode denunciar o contrato, no nos casos previstos nas alíneas b) e c), do artigo 1101.º do CC, *i.e.*, (i) para demolição ou realização de obras de remodelação ou restauro profundos que obriguem à desocupação do locado, desde que não resulte local com características equivalentes às do locado, onde seja possível a manutenção do arrendamento; e (ii) mediante comunicação ao arrendatário com antecedência não inferior a cinco anos sobre a data em que pretenda a cessação.

São ainda introduzidas alteração ao NRAU (das quais destacamos, entre outras, a introdução do regime da injunção em matéria de arrendamento) e ao regime jurídico das obras em prédios arrendados, aprovado pelo Decreto-Lei 157/2006, e 8 de agosto, na sua redação atual (das quais destacamos, entre outras, indemnização devida por denúncia para remodelação ou restauro e o assegurar simultâneo do realojamento temporário), entre outros diplomas.

**Prevenção e Combate  
ao Branqueamento de  
Capitais e ao  
Financiamento do  
Terrorismo no Setor  
do Imobiliário - IMPIC**

*Regulamento n.º 276/2019, de 15 de março (DR 60, Série II, de 26 de março de 2019)*

Através do presente regulamento, o Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P. vem desenvolver o regime jurídico de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo no setor do imobiliário.

A publicação do presente regulamento insere-se no contexto da aprovação da Lei n.º 87/2017, de 18 de agosto, relativa às medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, que atribuiu competência a este Instituto Público para:

- (i) Verificar o cumprimento dos deveres e obrigações previstos na legislação de combate ao branqueamento de capitais, no que se refere a entidades que exerçam atividade imobiliária; e
- (ii) Regulamentar esses mesmos deveres que recaem sobre entidades que exerçam atividade imobiliária.

O presente regulamento tem como âmbito de aplicação subjetivo: (a) mediação imobiliária; (b) compra, venda, compra para revenda ou permuta de imóveis; (c) promoção imobiliária, consistindo no impulsionamento, programação, direção e financiamento, direta ou indiretamente, com recursos próprios ou alheios, de obras de construção de edifícios, com vista à sua posterior transmissão ou cedência, seja a que título for; e (d) arrendamento de bens imóveis.

Destacam-se os seguintes deveres das entidades que exercem atividade imobiliária e que o presente regulamento vem determinar:

- (i) deveres de controlo das entidades obrigadas (definir e adotar políticas e procedimentos que permitam controlos adequados à gestão e cumprimento das normas em matéria de prevenção de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo);

- (ii) dever de identificação de todos os intervenientes em atividades imobiliárias;
- (iii) dever de formação; e
- (iv) dever de comunicação de atividades imobiliárias (em particular, das comunicações obrigatórias, por via eletrónica) e relatório de irregularidades.

O presente regulamento entra em vigor no sexagésimo primeiro dia útil seguinte a 15 de março de 2019.

### Lei de Bases da Habitação

*Lei n.º 83/2019, de 3 de setembro (DR 168, Série I, de 3 de setembro de 2019)*

A Lei de Bases da Habitação vem estabelecer as bases do direito à habitação universal e as incumbências e tarefas fundamentais do Estado na efetiva garantia deste direito constitucional, em especial, criar as políticas públicas de habitação com renda compatível com o rendimento familiar e políticas públicas de reabilitação urbana, estabelecer normas relativas à concessão de crédito à habitação, e ainda dispor sobre a proteção dos cidadãos em caso de execução fiscal e de despejo pela Administração Pública.

A Lei de Bases da Habitação vem reforçar que todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação com condições de habitabilidade e a um habitat (contexto territorial e social exterior à habitação em que esta se encontra inserida, nomeadamente no que diz respeito ao espaço envolvente, às infraestruturas e equipamentos coletivos, bem como ao acesso a serviços públicos essenciais e às redes de transportes e comunicações) quer assegure a plena fruição da unidade habitacional.

Relativamente às políticas públicas de habitação e reabilitação urbana, estas podem ser nacionais, regionais e locais, e têm como instrumentos de execução: (i) a promoção e gestão de habitação pública, através da mobilização, construção, realojamento e reabilitação de património público; (ii) medidas fiscais e tributárias para, entre outros, promover o melhor uso dos recursos habitacionais e penalizar as habitações devolutas; (iii) apoio financeiro e subsídios, como sendo (entre outros), apoios financeiros públicos apoiados pelo Estado para aquisição de casa própria; e (iv) regulação do mercado habitacional e políticas de solos e de ordenamento do território, designadamente através do incentivo pelo Estado, regiões autónomas e autarquias locais à reabilitação de edifícios e regeneração urbana.

Na concretização das políticas de solos, ordenamento do território, reabilitação urbana e habitação, a lei garante ao Estado, às regiões autónomas e às autarquias locais o recurso aos instrumentos adequados, nomeadamente à posse administrativa, ao direito de preferência e, quando necessário, à expropriação mediante indemnização. A este respeito foi igualmente publicada a Lei 99/2019 de 5 de setembro, que estabelece a primeira revisão do programa Nacional da Política de Ordenamento do Território.

Em matéria de arrendamento, a Lei de Bases de Habitação vem estabelecer que compete ao Estado garantir o funcionamento regular e transparente do mercado do Arrendamento Habitacional e a desenvolver um sistema de renda compatível com o rendimento familiar. Em particular, nos contratos de arrendamento para habitação a lei estabelece regimes jurídicos de renda livre, condicionada, apoiada e acessível, entre outros.

Sobre a proteção dos cidadãos em caso de execução fiscal, a nova lei prevê a não execução de penhora para satisfação de créditos fiscais ou contributivos, nos termos da lei, quando esteja em causa a casa de morada de família. Por outro lado, o Estado, as regiões autónomas e as autarquias locais não podem promover o despejo administrativo de indivíduos ou famílias vulneráveis sem garantir previamente soluções de realojamento, exceto em caso de ocupação ilegal de habitações públicas.

Nos casos de concessão de crédito à habitação, a lei estabelece as regras aplicáveis na concessão responsável de crédito à habitação, nomeadamente os deveres do mutuante e os direitos do consumidor e do fiador ou entidade seguradora, bem como as formas de regularização da dívida em situações de incumprimento. Em particular, Aos devedores de crédito à habitação que se encontrem em situação económica muito difícil pode ser aplicado um regime legal de proteção, que inclua, nomeadamente, a possibilidade de reestruturação da dívida, a dação em cumprimento, ou medidas substitutivas da execução hipotecária.

Por fim, a lei vem estabelecer que as empresas e outras entidades de direito privado, nomeadamente dos setores imobiliário, financeiro e de prestação de serviços e bens essenciais, participam na promoção do direito à habitação e na valorização do habitat, no âmbito da prossecução do respetivo objeto social, com respeito pelas leis e pelo interesse geral.

A Lei de Bases da Habitação entra em vigor a 1 de outubro de 2019, embora as disposições com impacto orçamental apenas entrem em vigor posteriormente á publicação do primeiro orçamento de estado a que esse impacto corresponda.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [España]

#### Resolución de contrato de arrendamiento por impago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles

*Sentencia del Tribunal Supremo del 23 de mayo de 2019 (sentencia 283/2019)*

La sentencia estudia la posibilidad de resolver un contrato de arrendamiento de vivienda por impago por parte del arrendatario de una cantidad asimilada a la renta, en particular, el Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

La parte recurrente alega no estar conforme con el importe reclamado por el arrendador, ya que no está calculado en función de la superficie de la vivienda, de conformidad con la disposición transitoria segunda de la Ley de Arrendamientos Urbanos; argumenta que para acogerse una acción de resolución por impago de cantidad asimilada es necesario que el impago esté fundado en cantidad clara, determinada y exigible, sin que la existencia de pagos anteriores genere vinculación por actos propios.

En este sentido, el Alto Tribunal afirma que no procede la resolución del contrato por incumplimiento de la arrendataria, puesto que no debe ser calificado de acto propio vinculante aquel por el cual la arrendataria viene pagando periódicamente cantidades superiores a las debidas, ya que en cualquier momento puede exigir que se ajuste el importe requerido al que por ley corresponda.

Alcance de la exigencia del Informe de Impacto de Género. Plan General de Boadilla del Monte  
*Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2018 (recurso de casación n.º 3781/2017)*

El Tribunal Supremo parte de la base de que el principio de igualdad de trato es un principio inspirador de la nueva concepción del desarrollo urbano, que exige una ordenación adecuada y dirigida, entre otros fines, a lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres; esto es, no es necesario el sometimiento del plan a un trámite específico para que esa perspectiva sea tenida en cuenta y para que, en otro caso, el citado plan pueda ser impugnado y el control judicial alcance dichos extremos.

De esta forma, más allá de si, con base en la normativa autonómica aplicable, es o no exigible la emisión de un Informe de Impacto de Género, ello no es óbice para que puedan discutirse, a través de la impugnación del Plan, los concretos y específicos aspectos que pueden incidir en una ordenación de naturaleza discriminatoria. En el supuesto concreto objeto de análisis, el Alto Tribunal afirma que lo que ocurre es que, al haberse quedado la sentencia de instancia en el análisis en la existencia o no del citado informe, la cuestión de fondo no ha sido abordada; esto es, se desconoce, porque no se han puesto de relieve qué concretos aspectos del plan pueden resultar, a juicio de los recurrentes, contrarios al principio de igualdad de género, por lo que el plan no puede ser objeto de una declaración genérica de nulidad, con base en la infracción de un trámite formal que, además, no le era exigible.

#### Plazo de prescripción de los gastos de urbanización

*Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2019 (recurso de casación n.º 460/2017)*

El Tribunal Supremo determina que el plazo de prescripción de los gastos de urbanización es el previsto en el artículo 1964 del Código Civil para las acciones personales, y afirma que el plazo

de prescripción de la normativa tributaria únicamente es aplicable a partir del momento en que se inicie la recaudación ejecutiva, tras dictarse la correspondiente resolución determinante de apremio, ya que en ese momento se transformaría la deuda urbanística.

#### Efectos del incumplimiento de convenios de planeamiento

#### *Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2019 (recurso de casación n.º 1224/2017)*

El Alto Tribunal analiza, entre otras cuestiones, si la imposibilidad de cumplimiento del convenio por causa sobrevenida supone que desaparezca jurídicamente para el Ayuntamiento no solo la obligación de entregar el aprovechamiento urbanístico convenido, sino también su obligación de entregar el equivalente económico a dicho aprovechamiento urbanístico.

Concluye el Tribunal Supremo que los convenios de planeamiento no generan un derecho subjetivo para las partes, que únicamente ostentan meras expectativas. Ahora bien, el hecho de que, como consecuencia de la anulación jurisdiccional de la modificación del Plan General (con la que se materializaban los aprovechamientos), el Convenio deviniera ineficaz —lo que imposibilitaba que el Ayuntamiento (por causas ajenas a su voluntad) pudiera cumplir con lo acordado—, no puede convertirse en causa de enriquecimiento del Ayuntamiento que viene obligado a indemnizar a la recurrente (al no ser posible la restitución *in natura*), que sí cumplió la prestación convenida (cesión de la finca). Ese derecho a la indemnización, a título de responsabilidad contractual, es una responsabilidad que, dada la naturaleza administrativa de este negocio convencional, se rige por el ordenamiento administrativo, y, solo subsidiariamente y en su defecto, cabrá acudir a la normativa privada.

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

#### [España]

#### Préstamo hipotecario concedido por particular

#### *Resolución de 22 de febrero de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 14 de marzo de 2019)*

La Resolución analiza si se puede pactar, para una hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito del artículo 153 de la Ley Hipotecaria, el sistema de liquidación del saldo por certificación del acreedor, a los efectos de la ejecución sumaria o extrajudicial (“procedimiento judicial directo de ejecución”) en el caso de que el acreedor no sea una entidad de crédito.

La DGRN entiende que pactar el método de liquidación del saldo por certificación del acreedor a los efectos de la ejecución sumaria o extrajudicial solo es posible cuando el acreedor hipotecario es una entidad de crédito. Por lo tanto, para poder ejercitar una acción de ejecución sumaria, acreedor y deudor deberán pactar el método de libreta de ejemplares duplicados, o bien pactar el sistema de certificado del deudor, debiendo acudir el acreedor al procedimiento de ejecución ordinaria (art. 572 LEC).

En sentido similar, véase la Resolución de 24 de abril de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 13 de mayo de 2019).

#### Cancelación de hipoteca

#### *Resolución de 9 de mayo de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 1 de junio de 2019)*

La cuestión central de este recurso es determinar si, con la manifestación de todas las partes interesadas (prestamista, prestatario e hipotecante de deuda ajena) en la parte expositiva de una escritura su intención de sustituir la finca gravada por una hipoteca, en concreto aquella finca en la que consta inscrita la hipoteca, perteneciente al hipotecante no deudor, por otra finca perteneciente al propio prestatario, y habiendo otorgado para ello expresamente la cancelación de la hipoteca inscrita y la constitución de hipoteca sobre la nueva finca, dicha escritura de modificación y ampliación es inscribible.

La registradora de la propiedad considera que, dado que según el artículo 97 de la Ley Hipotecaria, cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiera, si en un otorgamiento de la escritura se cancela expresamente la hipoteca, deja de existir la garantía real y, por tanto, no puede decirse en otro otorgamiento que esta que conserva su vigencia. Además, no es posible la inscripción del negocio jurídico de modificación objetiva de una hipoteca existente, de suerte que se mantenga la misma garantía con todas sus consecuencias jurídicas, en especial la prioridad, respecto de la nueva finca que se subrogue en el lugar de la anteriormente hipotecada.

La DGRN estima que, si bien es cierto que las partes pueden modificar su relación obligatoria con base en la autonomía de la voluntad, en este caso se trata de determinar si la novación extingue la relación preexistente o simplemente la modifica. Y, en función del artículo 1204 del Código Civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cambio de objeto en el ámbito de los derechos reales constituye una modificación *per se* extintiva.

### [Portugal]

#### Prioridade no Registo Predial *Acórdão de 19 de março de 2019 (Processo n.º 3855/14) - STJ*

No presente acórdão, o STJ debruçou-se sobre uma questão de prioridade no registo predial. No caso em apreço, verificou-se a seguinte sequência registral: (i) registo provisório de aquisição de prédio urbano, por força de contrato-promessa, a favor do adquirente, (ii) registo de providência cautelar de arresto sobre o prédio urbano a favor de terceiro credor do alienante, e (iii) conversão dos referidos registo provisório de aquisição em definitivo e registo definitivo de penhora do imóvel que se encontrava pendente da data da celebração da escritura de compra e venda.

Neste litígio, o Autor (terceiro credor) alegava, entre outros, a (i) inoponibilidade da celebração de contrato de compra e venda do prédio urbano relativamente ao arresto decretado por decisão judicial, a seu favor, na qualidade de credor do alienante (porquanto tal registo de aquisição definitiva é posterior ao registo do arresto e antes do registo de aquisição provisória já tinha o alienante sido notificado do processo executivo) e (ii) a exceção de impugnação pauliana e que, em consequência, se reconheça ao Autor o direito à restituição do referido bem imóvel e a executá-lo no património do adquirente.

Decidiu o tribunal de primeira instância dar procedência aos pedidos do Autor tendo julgado inoponível ao Autor a compra e venda a favor do réu adquirente (por ser posterior ao arresto a favor do Autor) e reconhecendo o direito do Autor de prosseguir com o processo executivo. Inconformados os réus adquirente e alienante apelaram da decisão, sem êxito, já que a Relação do Porto, sem fundamentação diferente e sem voto de vencido, confirmou a sentença. Os réus vieram assim pedir revista excecional para o STJ, tendo este tribunal considerado ser a questão a conhecer a prioridade do registo provisório de aquisição realizado a favor dos réus adquirentes.

No entendimento do STJ, o registo provisório de aquisição de direitos traduz-se numa reserva de propriedade do ponto de vista registral, na medida em que pretende assegurar o futuro adquirente de que a sua situação registral permanecerá inalterada entre o momento em que é efetuado o registo provisório e o momento em que adquire definitivamente o direito a que tal registo confere publicidade.

Contudo, reconhece que a proteção do futuro adquirente apenas faz sentido para factos jurídicos incompatíveis, como sejam outros atos de alienação ou disposição que o alienante possa vir a praticar voluntariamente (e que não se coadunam com o direito do adquirente), e não contra factos jurídicos de terceiros, como são os credores.

O STJ concluiu assim que, de outro modo, haveria uma neutralização temporária da garantia conferida pelo património do alienante perante eventuais credores, quando na verdade tal alienante continua a ser o titular do património, o que não se coaduna com o princípio resultante do artigo 601.º do CC. Na verdade, do ponto de vista substantivo, até à celebração do



contrato definitivo, o futuro alienante continua a ser o titular desse património e o registo provisório de aquisição não pode ser entendido como se o direito de propriedade já tivesse sido transmitido. O registo provisório visa tão somente proteger o direito do futuro adquirente de direitos conflitantes de outros futuros adquirentes por atos voluntários do alienante., entendimento que tem sido partilhado pela jurisprudência.

O recurso foi assim considerado improcedente pelo que o registo provisório de aquisição antes de titulado o contrato de compra e venda não goza de prioridade sobre o registo de arresto promovido por credor do futuro alienante, realizado em momento posterior ao do registo provisório a favor do futuro adquirente e anterior ao da celebração da compra e venda.

### Arrendamento comercial

#### *Acórdão de 21 de março de 2019 (Processo n.º 1207/15) - TRL*

Na presente ação de reivindicação, a arrendatária Autora pretendia ver reconhecido o seu direito de propriedade sobre o recheio da loja por si explorada e arrendada ao abrigo de um contrato de arrendamento e a condenação dos Réus proprietários à restituição de tais bens, entre outros. Contra-alegavam os Réus proprietários pela improcedência da presente ação, uma vez que a conduta da Autora se configurava como um abuso de direito, na vertente, "*venire contra factum proprium*", na medida em que já teriam passado mais de sete anos desde o encerramento do estabelecimento, sem que a Autora tivesse contactado os Réus.

Sucedo que, atendendo aos prejuízos que se vinham acumulando, a Autora cessou atividade na referida loja em 2007 (embora encontrando-se em vigor o referido contrato de arrendamento até 2010), tendo contratado os serviços de uma sociedade imobiliária para a cedência da exploração da loja. Passados 10 meses desde tal encerramento, os Réus alteraram a chave de acesso ao local arrendado, retiraram todo o recheio da loja que tinha sido deixada pela arrendatária Autora e arrendaram a imóvel a terceiros, tendo impedido a Autora de aceder à referida loja.

Em primeira instância, veio o Tribunal preferir sentença de improcedência da ação, por considerar que, tendo o contrato de arrendamento terminado e, em consequência, constituindo-se a Autora na obrigação de restituir a loja, aos Réus, livre de pessoas e bens, não seria legítimo exigir aos senhorios Réus que guardassem os pertences da Autora arrendatária intactos e a título gratuito durante 7 anos, sem que a arrendatária tenha contactado o senhorio e exercido as suas pretensões, criando a confiança de que não mais pediria a restituição dos mesmos (enquadrando a situação no ato abusivo *venire contra factum proprium*).

Tendo sido apresentado pela Autora recurso da decisão, o TRL concluiu que:

- (i) O referido contrato de arrendamento não tinha terminado em 2007 (aquando do encerramento da loja) na medida em que o senhorio não tinha recorrido a nenhum dos mecanismos legais para fazer cessar o contrato de arrendamento e, subsequentemente, efetivar o despejo através de decisão judicial. Deste modo, o Tribunal considerou ilegítima a conduta do senhorio ao tomar a posse à força da loja;
- (ii) Mesmo que estivesse em causa uma situação de abuso do direito, não seria enquadrada no ato abusivo *venire contra factum proprium*, mas sim no ato abusivo *supressio*. Ainda assim, o TRL entendeu que não seria possível gerar no senhorio uma situação de confiança em como a arrendatária não reagiria, na medida em que foi o próprio senhorio que tomou posse da loja de forma ilegítima, tendo conhecimento de que arrendatária ali deixou os seus produtos.

### Arrendamento comercial

#### *Acórdão de 2 de abril de 2019 (Processo n.º 882/14.9TIVNF-G.G1.G1.S1) - STJ*

No caso em apreço, o Autor, promitente-comprador, intentou uma ação, entre outros, contra a Ré, promitente-vendedora, declarada insolvente em 21-01-2015, com os seguintes pedidos, entre outros, (i) ser declarada a resolução do contrato promessa de compra e venda de imóvel celebrado em 10-08-2006 (e correspondente aditamento de 02-03-2014), (ii) ser-lhe reconhecido o direito a receber o equivalente ao dobro do montante prestado a título de

sinal, acrescido do juros; e (iii) ver reconhecido o ser direito de retenção sobre os imóveis objeto de contrato-promessa que celebrou com a Ré promitente-vendedora e declarada posteriormente insolvente, para garantia do crédito de que passou a ser titular ao abrigo deste contrato.

Para o efeito, o Autor argumentou em primeira instância que a Ré incumpriu definitivamente o contrato-promessa de compra e venda por não ter comparecido na data estipulada para a celebração da escritura definitiva de compra e venda, o que sucedeu em momento anterior à declaração de insolvência.

Em primeira instância, o Tribunal proferiu sentença que julgou a ação improcedente, absolvendo a Ré de todos os pedidos. Tendo o Autor apelado desta decisão, o Tribunal da Relação de Guimarães julgou parcialmente procedente a apelação, declarando resolvido o contrato promessa e reconhecendo ao Autor o direito a receber a quantia correspondente ao dobro do montante prestado a título de sinal e restivos juros, sem para o efeito reconhecer qualquer direito de retenção. Neste sentido, o Autor veio interpor recurso de revista para o STJ.

Nestes termos, o STJ começa por considerar que é incontroverso que o contrato-promessa foi definitivamente incumprido pela promitente-vendedora, conferindo ao promitente-comprador o direito à restituição, em dobro, do montante entregue a título de sinal.

Todavia, para efeitos de reconhecimento do direito de retenção do promitente-comprador para garantia do crédito existente, sustenta o Tribunal que a questão que se coloca é a de saber se o incumprimento do contrato-promessa ocorreu em momento anterior ou em momento posterior à declaração de insolvência da promitente-vendedora (para efeitos do disposto no artigo 102.º n.º 1 do CIRE).

A este respeito, o STJ sublinha que embora as partes tenham fixado um prazo para a celebração da escritura, a verdade é que celebraram, no entretanto um aditamento ao contrato-promessa, com base no qual a promitente-vendedora entregou materialmente as chaves dos imóveis ao promitente-comprador. Desta forma, verifica-se que o promitente-comprador manteve interesse na aquisição dos imóveis, pelo que não terá ocorrido incumprimento definitivo do contrato-promessa (mesmo perante a falta de comparência da Ré na data estipulada para a celebração da escritura pública de compra e venda) antes da data da declaração de insolvência da Ré promitente-vendedora. Na verdade, o STJ veio reiterar a posição do acórdão recorrido, nos termos do qual o incumprimento definitivo foi o resultado da declaração de insolvência, mas não anterior.

Tratando-se de um negócio jurídico em curso á data da declaração de envolvência, para efeitos do disposto no artigo 102.º do CIRE, o STJ vem reiterar a necessidade e se observar a jurisprudência fixada pelo Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 4/2014, de 20 de março de 2014 (que o Autor rejeitava aplicar-se porquanto argumentava que a insolvência tinha sido posterior ao incumprimento definitivo). Este acórdão conclui que, face a negócios jurídicos em curso à data da declaração da insolvência (como entende o STJ ser o caso) é necessário que o promitente-comprador seja considerado “consumidor” para efeitos de reconhecimento do direito de retenção. Ademais estabelece que está em causa “*um regime especial em sede insolvencial, por forma a que apenas aos promitentes-compradores consumidores cujo contrato tenha sido resolvido após a declaração de insolvência pudessem gozar de privilégio em relação à hipoteca em graduação de créditos*”. Nestes termos, o STJ vem esclarecer que o conceito de “consumidor” neste contexto refere-se ao “promitente-comprador que destina o imóvel a uso particular, no sentido de não o comprar para revenda nem o afectar a uma actividade profissional ou lucrativa”.

Em face do exposto, concluiu o STJ que o Autor não demonstrou a sua qualidade de “consumidor” (porquanto o Autor não demonstrou o uso e fruição dos imóveis, e, inclusive, era sua intenção arrendar os imóveis a terceiros), razão pela qual o reconhecimento do direito de retenção sobre os imóveis fica inviabilizada. O STJ julgou, assim, improcedente a revista, tendo confirmado o acórdão recorrido.

**Comunicações realizadas no âmbito do processo de transição do contrato de arrendamento para fins não habitacionais para o regime jurídico do Novo Regime Arrendamento Urbano**

*Acórdão de 6 de junho de 2019 (Processo n.º 15206/18.8T8LSB.L1-6) - TRL*

No caso em apreço, o Tribunal da Relação de Lisboa foi chamado a pronunciar-se sobre a nulidade de um aditamento a um contrato de arrendamento para fins não habitacionais, nos termos do qual as partes acordaram, entre outros, promover a transição do referido contrato, para o Novo Regime do Arrendamento Urbano ("NRAU") e submeter o contrato ao regime de prazo certo.

O autor pretende que seja declarado pelo Tribunal a nulidade desse acordo, na parte que estipula que o mesmo contrato vigorará por mais cinco anos, invocando para o efeito que não percebeu o alcance das suas cláusulas, uma vez que não foi informado que se tratava de proposta contratual e não lhe foi explicado o seu teor, afirmando que, por essa razão, celebrou um contrato não conforme às suas expectativas.

Contudo, a decisão refere que, nas cartas que enviaram ao autor, os réus informaram-no sempre, de forma clara, pormenorizada e objetiva, totalmente perceptível para o homem médio, por referência ao padrão do bom pai de família, das suas intenções e objetivos, observando todas as formalidades legalmente exigíveis, não ocorrendo qualquer violação dos ditames da boa fé na aceitação pelo arrendatário do aditamento ao contrato que contempla a transição para o NRAU. Para além disto, refere ainda o tribunal que todas as comunicações realizadas no âmbito do processo de transição do contrato de arrendamento para o regime jurídico do NRAU e que precederam a assinatura do acordo, foram realizadas através de cartas registadas com aviso de receção, mostrando-se observadas todas as formalidades legais previstas no artigo 9.º, 10.º e 50.º da Lei n.º 6/2006 de 27 de fevereiro na redação introduzida pela Lei n.º 31/2012 de 14 de agosto.

Em suma, a decisão vem dar relevância premente ao facto de o dever pré-contratual de informação no direito geral dos contratos não deixar de estar sujeito ao ónus de autoinformação. Entende o Tribunal que, quando uma parte nas negociações se encontra em erro, poderá a contraparte ver-se obrigada a elucidá-la, se conhece o erro e sabe da importância que tem na determinação da vontade negocial do declarante. No entanto, não será assim nos casos em que o declarante não cumpriu todos os cuidados que lhe eram exigíveis para que pudesse, por si próprio, ter juntado todos os conhecimentos necessários à boa formação da sua vontade negocial.

**Determinação dos contornos dos prédios – inaplicabilidade do artigo 1344.º do CC (limites materiais)**

*Acórdão de 4 de julho de 2019 (Processo n.º 11431/99.7TVLSB.L2.S1) – Supremo Tribunal de Justiça (STJ)*

No presente caso, o Autor intentou ação contra o Réu para que lhe fosse reconhecida a propriedade sobre uma "cobertura" e uma "subcave", que se encontravam, respetivamente, acima e abaixo do prédio do Autor, alegando que ambos os espaços se incluíam no limite do seu prédio, conforme consta do disposto no artigo 1344.º do CC ("1. A propriedade dos imóveis abrange o espaço aéreo correspondente à superfície, bem como o subsolo, com tudo o que neles se contém e não esteja desintegrado do domínio por lei ou negócio jurídico. 2. O proprietário não pode, todavia, proibir os atos de terceiro que, pela altura ou profundidade a que têm lugar, não haja interesse em impedir."). Mais pediu o Autor que fossem declarados parcialmente nulas as descrições registrais da referida cobertura e subcave (ambos incluídos em descrições registrais e matriciais de prédios da propriedade do Réu) efetuados apenas com base nas declarações dos interessados, bem como os averbamentos oficiosamente efetuados, desta forma retificando-se a descrição predial dos prédios do Réu (no sentido de serem retiradas as referências à cobertura e subcave) e retificando-se a descrição do seu prédio bem como da respetiva área total, por forma a incluir a cobertura e subcave.

O tribunal recorrido, o Tribunal da Relação de Lisboa, julgando a apelação parcialmente procedente e revogando a decisão do tribunal da primeira instância (que tinham julgado a ação improcedente e conseqüentemente absolvido o Réu dos pedidos), reconheceu o direito de propriedade do Autor Sobre a cobertura e subcave, por estas se encontrarem, respetivamente, acima e abaixo do prédio e determinou a retificação das descrições prediais.

Tendo sido interposto recurso tanto pelo Autor (pela parte da sentença da primeira instância confirmada) como pelo Réu, o STJ decidiu em sentido diverso, entendendo que o referido arti-

go 1344.<sup>o</sup> do CC não é aplicável ao caso uma vez que não tem como função delimitar ou definir os contornos dos prédios, mas antes regular os poderes do proprietário, designadamente o poder de expandir o prédio em altura ou profundidade.

No entender do STJ, há que procurar outros critérios para a delimitação dos prédios. Estes não podem deixar de passar pela aferição de existência de certos nexos (materiais e funcionais) entre as parcelas e o prédio. Certa parcela será parte de um prédio se puder dizer-se que ela tem uma ligação pertinencial com o prédio, apresentando-se o conjunto como uma unidade predial estável. Essencial é ainda que se trate de uma ligação exclusiva ou dominante, isto é, que se imponha sobre outras ligações que a mesma parcela mantenha eventualmente com outros prédios. Ora no caso em apresso, veio concluir o STJ, que não existe ligação pertinencial entre a cobertura e a subcave e o prédio do Autor e ademais verifica-se existir tal ligação entre a cobertura e a subcave e os prédios do Réu.

Em suma, o STJ conclui que não se aplicando o disposto no artigo 1344, não existindo ligação pertinencial e não tendo sido produzida prova de aquisição da cobertura e da subcave pela Autor, julga-se procedente o recurso do Réu e em consequência revoga-se o Acórdão recorrido do TRL e repristina-se a decisão do tribunal da 1<sup>a</sup> instância.

## LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL \*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

**Modificación de la regulación del convenio especial para mayores de 55 años en el sistema de la seguridad social**

*Orden TMS/397/2019, de 4 de abril, por la que se modifica la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social (BOE de 8 de abril de 2019)*

La Orden TMS/397/2019 modifica el artículo 20 de la Orden TAS/2865/2003, sobre el Convenio especial a suscribir en procedimientos de despido colectivo que incluyen a trabajadores con 55 años o más.

Se mantiene la obligación de solicitar la suscripción del Convenio especial por parte del empresario durante la tramitación del procedimiento de despido colectivo. Sin embargo, para combatir los incumplimientos de esta obligación, con carácter subsidiario se va a facultar al trabajador para formular la solicitud del Convenio en el plazo de seis meses desde la fecha en que el empresario le notifique individualmente su despido.

De solicitar el Convenio el trabajador, este será suscrito únicamente entre el trabajador y la Tesorería General de la Seguridad Social. Se otorga un trámite de audiencia al empresario para que formule alegaciones, proponga modificaciones al Convenio o se adhiera a él.

Se añade también como plazo máximo para solicitar la suscripción del Convenio por parte del trabajador la fecha en que se notifique el despido.

Finalmente, se incluye mención expresa a que una vez que el trabajador cumpla 63 años (o, en su caso, 61) las aportaciones al Convenio serán a cargo del trabajador y el Convenio podrá extinguirse por las causas legales.

#### [Portugal]

**Quotas de emprego - pessoas com deficiência com um grau de incapacidade igual ou superior a 60%**

*Lei n.º 4/2019, de 10 de janeiro (DR 7, Série I, de 10 de janeiro de 2019)*

Este diploma estabelece um sistema de quotas de emprego para pessoas com deficiência com um grau de incapacidade igual ou superior a 60%, visando a sua contratação por entidades empregadoras do setor privado e organismos do setor público não abrangidos pelo âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 29/2001, de 3 de fevereiro. Para efeitos deste normativo, as pessoas com deficiência devem conseguir exercer, sem limitações funcionais, a atividade a que se candidatam ou, quando apresentem limitações funcionais, estas sejam superáveis através da adequação ou adaptação do posto de trabalho e/ou produtos de apoio.

Por força deste sistema de quotas, as médias empresas com um número igual ou superior a 75 trabalhadores devem admitir trabalhadores portadores de deficiência em número não inferior a 1% do pessoal ao seu serviço. Por sua vez, as grandes empresas (i.e. com 250 ou mais trabalhadores) devem admitir trabalhadores com deficiência em número não inferior a 2% do pessoal ao seu serviço.

(\*) Esta sección ha sido elaborada por Raúl Boo Vicente, Borja de la Macorra Pérez, Claudia Lastella Ortega, Raúl Arribas Arranz, Ángel Beltrán i Pueyo, Sonia López Muñoz, Núria Albacete Boixadera, Tânia Oliveira dos Santos y Susana Bradford Ferreira del Área Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona, Bilbao, Valencia y Lisboa).

A implementação deste novo sistema de quotas está sujeita a um período de transição que, consoante a dimensão da empresa, varia entre quatro e cinco anos a contar da entrada em vigor desta lei. Não obstante, estabelece-se que, no ano de 2020, 1% das contratações anuais de uma empresa devem ser destinadas a pessoas com deficiência.

É ainda prevista a possibilidade de a empresa solicitar junto da Autoridade para as Condições do Trabalho um pedido de autorização para a exclusão da aplicação das quotas desde que o mesmo seja acompanhado de parecer fundamentado emitido pelo Instituto Nacional para a Reabilitação, com a colaboração dos serviços do Instituto do Emprego e Formação Profissional.

O diploma entrou em vigor no dia 1 de fevereiro de 2019.

**Trabalho em funções públicas - aposentados e reformados - poder disciplinar**

*Decreto-Lei n.º 6/2019, de 14 de janeiro (DR 9, Série I, de 14 de janeiro de 2019)*

Do presente Decreto-Lei resultaram algumas alterações à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas. Estas alterações reportam-se a questões relacionadas com a caducidade dos processos disciplinares e com as condições de exercício de funções públicas por aposentados ou reformados.

Com efeito, nos termos do regime anterior, sempre que um contrato caducava poderia suceder-se um novo contrato sem que fosse possível aplicar a sanção disciplinar por uma infração cometida na vigência do vínculo de emprego público anterior. Com a presente alteração, prevê-se agora que a cessação do vínculo de emprego público não impedirá a punição dos trabalhadores por infrações cometidas no exercício da função. Efetivamente, caso o vínculo de emprego público cesse, o procedimento disciplinar ou a execução de determinadas sanções suspende-se por um período máximo de 18 meses, podendo prosseguir na circunstância de o trabalhador constituir novo vínculo de emprego público para as mesmas funções a que o procedimento disciplinar diga respeito.

Acresce que, nos termos desta alteração, o vínculo de emprego público caducará por reforma ou aposentação do trabalhador, por velhice ou invalidez, ou quando o trabalhador complete 70 anos de idade. Contudo, caso pretenda manter-se no exercício das mesmas funções públicas após a reforma ou aposentação por atingir a idade de 70 anos, o trabalhador titular de vínculo de emprego público deve manifestar essa vontade expressamente e por escrito através de requerimento dirigido ao respetivo empregador público, pelo menos seis meses antes de completar aquela idade. Caso seja autorizado, o trabalhador passará a exercer aquelas funções sob duas das seguintes modalidades de vínculo de emprego público: contrato de trabalho em funções públicas a termo resolutivo ou nomeação transitória, ou comissão de serviço, consoante as funções exercidas.

Este diploma entrou em vigor no dia 1 de fevereiro de 2019.

**Atualização do indexante dos apoios sociais (IAS)**

*Portaria n.º 24/2019, de 17 de janeiro (DR 12, Série I, de 17 de janeiro de 2019)*

Foi atualizado o valor anual do IAS para o ano de 2019, cifrando-se em € 435,76, determinando, consequentemente, o aumento de outras prestações sociais como o subsídio de desemprego, a pensão de reforma, o abono de família e o Rendimento Social de Inserção, o valor mínimo do subsídio de estágio, no âmbito dos contratos de estágios profissionais, bem como a base de incidência mínima das contribuições para a segurança social dos membros de órgãos estatutários.

**Reforma idade normal de acesso à pensão de velhice**

*Portaria n.º 50/2019, de 8 de fevereiro (DR 28, Série I, de 8 de fevereiro de 2019)*

A idade normal de acesso à pensão de velhice do regime geral de Segurança Social em 2020, nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio, mantém-se nos 66 anos e 5 meses.

**Retribuição mínima mensal garantida – Região Autónoma da Madeira**

*Decreto Legislativo Regional n.º 1/2019/M, de 15 de fevereiro (DR 33, Série I, de 15 de fevereiro de 2019)*

É atualizada a retribuição mínima mensal garantida a vigorar na Região Autónoma da Madeira para os trabalhadores a tempo completo, que passa a ser de € 615, com efeitos a 1 de janeiro de 2019.

**Atualização da base remuneratória da administração pública**

*Decreto-lei n.º 29/2019, de 20 de fevereiro (DR 36, Série I, de 20 de fevereiro de 2019)*

É atualizado o valor da remuneração base praticada na Administração Pública, que passará a ser igual ou superior a € 635,07, montante pecuniário do 4.º nível remuneratório da Tabela Remuneratória Única (TRU), aprovada pela Portaria n.º 1553-C/2008, de 31 de dezembro.

O diploma entrou em vigor no dia 21 de fevereiro de 2019, retroagindo os seus efeitos a 1 de janeiro de 2019.

**Alterações à Medida Estágios Profissionais**

*Portaria n.º 70/2019, de 27 de fevereiro (DR 41, Série I, de 27 de fevereiro de 2019)*

O diploma em apreço procede à alteração da Portaria n.º 131/2017, de 7 de abril, que regula a criação da Medida Estágios Profissionais ("Medida"), definindo novas regras de celebração de estágios profissionais com vista à promoção da inserção de jovens no mercado de trabalho e da reconversão profissional de desempregados.

Entre as alterações introduzidas, destacam-se, em especial, as seguintes:

- (i) Passam também a ser destinatários da Medida os inscritos como desempregados no Instituto do Emprego e da Formação Profissional, I.P. ("IEFP") que reúnam as seguintes condições:
  - a. Tenham prestado serviço efetivo em Regime de Contrato, Regime de Contrato Especial ou Regime de Voluntariado nas Forças Armadas e que se encontrem nas condições previstas no n.º 2 artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 76/2018, de 11 de outubro;
  - b. Pertencam a outro público específico a definir em regulamentação própria ou por despacho do membro do Governo responsável pela área do emprego, em função das prioridades da política pública;
- (ii) A existência de contratos de trabalho celebrados com jovens em férias escolares, nos termos do disposto no Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, passa a não ser impedimento para efeitos de elegibilidade de destinatários desta Medida (a par das situações de estágios curriculares e estágios obrigatórios para acesso a profissão, as quais já se encontravam previstas);
- (iii) As entidades que iniciaram o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas, ao abrigo da Lei n.º 8/2018, de 2 de março, podem agora candidatar-se à Medida como entidades promotoras, mediante a entrega de documentação especificamente prevista;
- (iv) Em caso de cessação do contrato de estágio nos primeiros 30 dias de execução do projeto, o estagiário passa a poder ser substituído, nos termos definidos pelo IEFP, em regulamento próprio;
- (v) A bolsa de estágio é aumentada para 1,75 vezes o valor do IAS (correspondendo, assim, a € 762,58) para estagiários com qualificação de nível 7 do QNQ, e para 1,85 vezes o IAS (€ 806,16) para estagiários com qualificação de nível 8 do QNQ;
- (vi) Para efeitos de atribuição de prémio à entidade promotora que celebre com o estagiário um contrato de trabalho por tempo indeterminado no prazo máximo de 20 dias úteis a contar da data de conclusão do respetivo estágio, esclarece-se agora que para apurar a manutenção do nível de emprego, exigida pelo n.º 3 do artigo 17.º, não serão contabilizados os trabalhadores que tenham cessado os respetivos contratos por sua própria iniciativa, por motivo de invalidez, de falecimento, de reforma por velhice, de despedimento com justa causa promovido pela entidade empregadora, ou de caducidade de contratos a termo celebrados nos termos das alíneas a) a d) do n.º 2 do artigo 140.º do Código do Trabalho. Caso se verifique descida do nível de emprego aprovado num dos 12 meses de duração das obrigações, o mesmo deve ser reposto no mês seguinte àquele em que ocorra a descida;
- (vii) No seguimento destas alterações, a entidade promotora passa a ter direito ao apoio financeiro calculado de forma proporcional, tendo em conta o trabalho prestado no período de 12 meses, no caso de cessação do contrato de trabalho apoiado pelos seguintes motivos:

- a. Denúncia do contrato de trabalho promovida pelo trabalhador;
- b. Caducidade do contrato de trabalho por impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador prestar o seu trabalho ou por reforma por invalidez;
- c. Despedimento por facto imputável ao trabalhador.

(viii) O prazo de 30 dias conferido ao IEFP para apreciação de candidaturas é agora contado a partir da data em que a respetiva candidatura é apresentada, e não a partir da data de encerramento do período geral de candidaturas anteriormente prevista.

As alterações entraram em vigor no dia 28 de fevereiro de 2019 e aplicam-se às candidaturas apresentadas após essa data. As alterações relativas a destinatários da Medida, substituição do estagiário em caso de cessação do contrato de estágio nos primeiros 30 dias de execução do projeto, e às obrigações impostas pela atribuição do prémio emprego aplicam-se também aos projetos já em execução.

#### Representação equilibrada entre homens e mulheres no pessoal dirigente nos órgãos da administração pública

*Lei n.º 26/2019, de 28 de março (DR 62, Série I, de 28 de março de 2019)*

Este diploma estabelece um regime de representação equilibrada entre homens e mulheres no pessoal dirigente e nos órgãos da Administração Pública, sendo aplicável ao pessoal dirigente da administração direta e indireta do Estado, incluindo institutos públicos e fundações públicas, órgãos de governo e de gestão das instituições de ensino superior públicas e os órgãos das associações públicas e de outras entidades públicas de base associativa.

Por força deste regime, a designação dos titulares de cargos e órgãos referidos, em razão das suas competências, aptidões, experiência e formação legalmente exigíveis para o exercício das respetivas funções, obedece a um limiar mínimo de 40% de pessoas de cada sexo naqueles cargos, estabelecendo-se assim a proporção de representação equilibrada. Ademais, no caso de órgãos colegiais eletivos, as listas de candidatura devem obedecer a dois critérios de ordenação: (i) os dois primeiros candidatos não podem ser do mesmo sexo; e (ii) não pode haver mais de dois candidatos do mesmo sexo seguidos.

Este diploma entrou em vigor no dia 29 de março de 2019, sendo o limiar mínimo de representação equilibrada aplicável a partir de 1 de janeiro de 2020 (exceto para os mandatos em curso).

#### Contrato-Geração

*Portaria n.º 112-A/2019, de 12 de abril (DR 73, Série I, de 12 de abril de 2019)*

É criada a medida “Contrato-Geração”, que consiste na atribuição de um incentivo à contratação, sem termo e em simultâneo, de jovens à procura do primeiro emprego e de desempregados de longa ou muito longa duração.

Visando apoiar, assim, a contratação, sem termo e em simultâneo, de jovens à procura do primeiro emprego e de desempregados de longa ou muito longa duração, este regime vem conceder conjuntamente dois apoios distintos, nomeadamente: (i) um apoio financeiro, não reembolsável, a conceder pelo Instituto do Emprego e da Formação Profissional, I.P. (“IEFP”), no valor de 9 vezes o IAS; e (ii) a dispensa parcial ou isenção total do pagamento de contribuições para o regime geral de segurança social, na parte relativa à entidade empregadora (redução até 50% por um período entre três a cinco anos, conforme os casos).

Neste sentido, procurando promover o envelhecimento ativo e o emprego jovem – estimulando, ao mesmo tempo, a partilha de experiências intergeracionais em contexto de trabalho – o Contrato-Geração destina-se aos seguintes grupos: (i) jovens à procura do primeiro emprego, ou seja, as pessoas que se encontrem inscritas como desempregadas no IEFP, com idade até 30 anos, inclusive, que nunca tenham prestado atividade ao abrigo de contrato de trabalho sem termo; (ii) desempregados de longa duração, ou seja, as pessoas que tenham 45 ou mais anos de idade e que se encontrem inscritas como desempregadas no IEFP, há 12 meses ou mais; e (iii) desempregados de muito longa duração, ou seja, as pessoas que tenham 45 ou mais anos de idade e que se encontrem inscritas como desempregadas no IEFP, há 25 meses ou mais.



Por fim, cumpre notar que são dois os requisitos essenciais da concessão dos referidos incentivos, ao abrigo do Contrato-Geração, a saber: (i) celebração de pelo menos dois contratos de trabalho sem termo, a tempo completo ou parcial, simultaneamente com jovem à procura do primeiro emprego e com desempregados de longa ou muito longa duração; e (ii) alcançar, por via do apoio previsto nesta medida, um número total de trabalhadores superior à média dos trabalhadores registados nos 12 meses anteriores ao registo da primeira oferta de emprego. Para efeito, entende-se como contratação simultânea a celebração, num período de seis meses de dois ou mais contratos de trabalho sem termo com os destinatários já mencionados.

Para efeitos do primeiro período de candidatura a esta medida, serão admissíveis as ofertas de emprego registadas a partir de 29 de outubro de 2018 junto do IEFP ao abrigo da medida Contrato-Emprego.

O primeiro período para apresentação de candidaturas decorre entre o dia 15 de abril e o dia 20 de julho de 2019.

Este diploma entrou em vigor no dia 13 de abril de 2019.

**Falta justificada para acompanhamento de menor – administração pública**

*Decreto-lei n.º 85/2019, de 1 de julho (DR 123, Série I, de 1 de julho de 2019)*

O trabalhador da Administração Pública responsável pela educação de menor de 12 anos passou a ter direito a faltar justificadamente com vista ao seu acompanhamento no primeiro dia do ano letivo, até três horas por cada menor, de tal modo que a falta não determina a perda de qualquer direito do trabalhador e é considerada, para todos os efeitos, prestação efetiva de trabalho.

Este diploma entrou em vigor no dia 1 de agosto de 2019.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Unión Europea]

**Despido de represalia de una trabajadora por informar a una candidata de que no había sido contratada por estar embarazada**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de 20 de junio de 2019*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") analiza el despido de una trabajadora llevado a cabo como represalia por informar a una candidata que ella había entrevistado para un puesto de trabajo de que no había sido seleccionada por estar embarazada.

El TJUE indica que la protección que dispensa la legislación europea contra la discriminación por razón de sexo no puede ser limitada por una norma nacional que solo otorga amparo frente al despido para aquellos trabajadores que, sin ser víctimas directas de la discriminación, puedan acreditar formalmente que participaron como testigos en el proceso de investigación de los hechos.

En consecuencia, el TJUE concluye que lo importante es el papel real que la trabajadora haya podido jugar en favor de la persona discriminada, ya sea formal o informal, razón por la cual debe tener derecho a la misma protección que la candidata amparada contra la discriminación por razón de sexo.

**Condiciones laborales de los trabajadores subrogados por una internalización de servicios públicos municipales**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Octava, de 13 de junio de 2019*

El TJUE analiza el caso de la reversión de los servicios públicos que venía prestando una empresa adjudicataria de un ayuntamiento portugués. En concreto, el Tribunal revisa las condiciones en las que el consistorio debe subrogarse en el contrato laboral de una trabajadora que desempeña un puesto de confianza en la empresa cedente cuando la normativa nacional exige que sea sometida a un proceso público de selección al objeto de conservar su puesto de trabajo y que quede obligada por un nuevo vínculo laboral al consistorio.

Por un lado, el TJUE razona que, si la legislación nacional considera “trabajadores” a los cargos de confianza, nada impide extender la protección de la legislación europea en materia de sucesión de empresas a la trabajadora accionante.

Por otro lado, el TJUE dictamina que la normativa europea impide que los trabajadores afectados por procesos de sucesión de empresas se vean en una situación menos favorable por el mero hecho de la transmisión. Por ello, en un proceso de internalización de servicios, cuando el cesionario es un ayuntamiento, no se puede obligar a la trabajadora a someterse a un proceso de selección ni tampoco a quedar obligada por un nuevo vínculo laboral con el cesionario.

**Aplicación de la normativa europea de sucesión de empresas a una sociedad sin completa autonomía creada con vistas a su disolución**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de 13 de junio de 2019*

El TJUE se pronuncia sobre la aplicación de la normativa europea de sucesión de empresas a la creación de una filial por una sociedad industrial griega de fabricación de buques y trenes a la que le transfieren los activos relativos a la fabricación y entrega de vehículos ferroviarios.

El TJUE entiende que la filial será la nueva empleadora de los trabajadores adscritos a los activos transmitidos incluso cuando ambas sociedades prevén, antes de la transmisión, la futura liquidación de la filial, o aun cuando la filial no es totalmente autónoma por no tener capacidad para alcanzar su objeto económico sin recurrir a factores de producción procedentes de terceros.

No obstante, el TJUE matiza que las anteriores premisas solo serán válidas si la filial tiene garantías suficientes de acceso a los factores de producción necesarios para continuar la actividad económica —en forma de convenios o contratos—; o si queda acreditado que el objetivo de las partes no es ahorrarle a la matriz los costes del eventual despido colectivo de los trabajadores.

**Obligación de las empresas de registrar la jornada laboral diaria de cada trabajador**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 14 de mayo de 2019, asunto C-55/18*

El TJUE responde a la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional acerca de si el artículo 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la “Carta”) sobre tiempo de trabajo, así como determinados preceptos de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (“Directiva 2003/88”), son compatibles con la interpretación que la jurisprudencia nacional realiza de la normativa de un Estado miembro que considera que los empresarios no tienen la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.

En primer lugar, el TJUE recuerda que el artículo 31.2 de la Carta consagra el derecho fundamental de todo trabajador a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo y a periodos mínimos de descanso diario y semanal. Ello supone que la Directiva 2003/88 no debe interpretarse restrictivamente, sino teniendo en cuenta la importancia de este derecho fundamental y el valor jurídico de la Carta, que es equivalente al de los Tratados constitutivos de la Unión Europea.

En segundo lugar, el TJUE establece que la libertad de elección de criterio que la Directiva 2003/88 reconoce a los Estados miembros exige establecer un sistema de registro de jornada diaria y semanal que permita registrar de forma objetiva y fiable el número de horas ordinarias de trabajo, su distribución en el tiempo y la realización de horas extraordinarias. Sin este sistema, (i) los empresarios y trabajadores no pueden comprobar que se respetan los derechos en materia de jornada de trabajo y descansos; (ii) se priva tanto a los trabajadores como a las autoridades y tribunales nacionales de un medio de prueba eficaz y de fácil acceso sobre la duración del tiempo de trabajo efectivo; y (iii) no se pueden contabilizar las horas extraordinarias, que exigen el cómputo previo de la jornada ordinaria.

Por último, el TJUE añade que los Estados miembros serán los encargados de fijar los criterios concretos de aplicación del sistema de control de jornada, teniendo en cuenta las particularidades de cada sector y de cada una de las empresas que lo componen, sin que puedan alegar consideraciones puramente económicas para sustraerse de esta obligación.

Como consecuencia de todo lo anterior, el TJUE concluye que los empresarios tienen la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador. Cualquier interpretación jurisprudencial en sentido contrario se opone tanto al artículo 31.2 de la Carta sobre tiempo de trabajo como a la Directiva 2003/88 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

**Diferencia de trato entre trabajadores con contratos por obra y trabajadores con contrato indefinido en casos de despidos colectivos**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 11 de abril de 2019 (as. ac. C-29/18, C-30/18 y C-44/18)*

El TJUE ha respondido a tres cuestiones prejudiciales idénticas planteadas por el Tribunal Superior de Justicia ("TSJ") de Galicia acerca de si es compatible con la normativa comunitaria la normativa española vigente en materia de indemnizaciones por extinción que establece diferencias de trato entre los contratos de trabajo indefinidos y los contratos temporales por obra y por servicio determinado.

El TJUE interpreta la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, ("Acuerdo Marco"), que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada (DO 1999, L 175, p. 43). El TJUE recuerda que una indemnización debida a la finalización de un contrato está comprendida en el concepto de "condiciones de trabajo". El principio de no discriminación de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco "exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado". El TJUE añade que las razones objetivas para regular diferencias de trato deben basarse en las características de los contratos de duración determinada y en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro. En este sentido, el TJUE acepta la argumentación del Gobierno español de que esta diferencia en la cuantía de indemnizaciones se justifica por la frustración de expectativas distinta entre ambas clases de trabajadores (carácter indefinido frente al de tiempo limitado a la obra o servicio).

Por estos motivos, el TJUE concluye que no es contrario al derecho de la Unión una normativa nacional que prevea indemnizaciones distintas para trabajadores indefinidos y por obra o servicio determinado cuando, a causa de la finalización de una contrata entre el empleador y un tercero, se produce en la empresa un despido colectivo objetivo de los primeros y una terminación del contrato por obra o servicio vinculado a dicha contrata.

Sin embargo, pese a la clara dirección del fallo, el TJUE deja la puerta abierta a que si el tribunal nacional considera que los contratos por obra o servicio estaban vinculados a una contrata que terminó anticipadamente por causas objetivas del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores (el "ET"), pueda concederse a los trabajadores contratados por obra o servicio la indemnización de veinte días por año trabajado del artículo 53.1 b) ET.

**Naturaleza jurídica de la relación de los administradores sociales**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 11 de abril de 2019 (as. C-603/17)*

El TJUE analiza una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo del Reino Unido acerca de la interpretación del Convenio de Lugano II en cuanto a la determinación de si una relación entre dos personas físicas y un grupo de empresas tiene o no la consideración de contrato individual de trabajo a los efectos de determinar el tribunal competente.

El TJUE empieza su razonamiento recordando que una relación solamente puede ser calificada de "contrato individual del trabajo" cuando exista un nexo de subordinación entre la sociedad y el administrador social de que se trate.

En el caso analizado por el TJUE, el CEO y el CFO de un grupo de sociedades eran también consejeros de algunas de las sociedades del grupo; algunos de los contratos que los relacionaban con las sociedades del grupo fueron redactados por ellos mismos o con arreglo a sus propias instrucciones; actuaban en nombre y por cuenta de las sociedades del grupo, y ejercían un control sobre la persona que los empleaba, así como sobre el lugar en el que estaban empleados y sobre las condiciones en que lo estaban.

Ante estos hechos, el TJUE afirma que estas personas “*disponían de una capacidad de influencia no desdeñable*” sobre el grupo de sociedades, por lo que concluye que no existe el nexo de subordinación necesario para poder hablar de relación laboral en el contexto del Convenio de Lugano.

Para el TJUE resulta irrelevante que los directivos fueran responsables ante los accionistas del grupo (que tenían la facultad de contratarlos y de despedirlos).

## [España]

### El método de cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial es discriminatorio

*Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, de 3 de julio de 2019*

El Tribunal Constitucional (“TC”) analiza en esta resolución el método de cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial. En concreto, analiza los dos elementos siguientes que afectan al cómputo de la base reguladora de la prestación: (i) la reducción proporcional de la base reguladora a causa de la realización de un menor número de horas respecto de las desarrolladas por un trabajador a tiempo completo; y (ii) la aplicación de un “coeficiente de parcialidad” sobre la base reguladora, el cual reduce el número de días cotizados que se deben tener en cuenta.

El TC resuelve que la aplicación del segundo elemento supone una ruptura de los principios de proporcionalidad y contributividad, al perjudicar de manera injustificada a los trabajadores a tiempo parcial. En definitiva, el TC entiende que va más allá de lo necesario, esto es, de lo que resultaría únicamente de tomar en consideración el porcentaje de jornada de trabajo realizado.

Dado que la mayor parte de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres, una medida como la controvertida perjudica a ese colectivo de manera predominante frente a los hombres. Por tanto, el TC concluye que el método de cálculo constituye una discriminación indirecta por razón de sexo contra las mujeres que justifica la declaración de inconstitucionalidad del precepto.

### La inactividad laboral prolongada de un funcionario constituye acoso laboral

*Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 6 de mayo de 2019*

El TC resuelve un recurso de amparo frente al supuesto acoso laboral carente de comportamientos violentos sufrido por un funcionario de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de la Seguridad de Estado, así como frente a las resoluciones judiciales que enjuiciaron el caso y declararon la inexistencia de acoso laboral.

El demandante de amparo solicita que se declare que la creación de un puesto de trabajo exclusivamente formal y carente de competencias y, posteriormente, el mantenimiento del funcionario sin desempeñar ninguna actividad durante un largo periodo de tiempo constituyen una conducta de acoso laboral, lesiva del derecho al cargo del artículo 23.2 de la Constitución española (“CE”), en su vertiente del derecho a la ocupación efectiva, y supone una postergación laboral que atenta contra el derecho a la integridad moral del artículo 15 CE, directamente vinculado con el derecho a la dignidad de la persona.

El TC declara que el derecho del artículo 23.2 CE es un derecho de igualdad que carece de la vertiente de derecho a la ocupación efectiva alegada por el demandante. Ello supone que la inactividad prolongada ha podido vulnerar determinados derechos contenidos en el Estatuto Básico del Empleado Público, tales como el derecho al desempeño efectivo de tareas correspondientes a la propia condición profesional —artículo 14.4.a—, pero no ha vulnerado el derecho fundamental del artículo 23.2 CE.

Sin embargo, el TC falla a favor del demandante de amparo y concluye que la Administración le ha dispensado un trato degradante contrario al derecho fundamental a la integridad moral del artículo 15 CE. En síntesis, el TC considera que la actuación de la Administración cumple con los requisitos exigidos por la doctrina constitucional sobre el citado derecho —intención, menoscabo y vejación—, ya que la inactividad del recurrente no ha sido accidental y deriva de la decisión de la Administración de crear y mantener un puesto de trabajo sin contenido efectivo que supuso un agravio comparativo y un claro menosprecio y ofensa a la dignidad del trabajador, provo-

cándole una sensación de inferioridad respecto al resto de sus compañeros, baja autoestima, frustración e impotencia y, en definitiva, ha perturbado el libre desarrollo de su personalidad. Además, la Administración ha agravado la citada lesión al no haber aplicado correctamente el protocolo de acoso, que califica como tal la existencia de inactividad laboral prolongada.

**Regulación convencional de la extinción de los contratos por obra o servicio determinado derivada de la reducción del volumen de la contrata**

*Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 4 de abril de 2019*

El Tribunal Supremo ("TS") resuelve un recurso de casación en el que un sindicato solicita la declaración de que las extinciones individuales de los contratos de obra o servicio determinado realizadas en virtud del artículo 17 del Convenio colectivo de *contact center* deben seguir los trámites previstos para el procedimiento de despido colectivo, al haber superado los umbrales del artículo 51 ET.

En el supuesto enjuiciado, la empresa demandada había extinguido un total de 47 contratos de obra y servicio al amparo del artículo 17 del Convenio colectivo de *contact center*, que permite la extinción de los citados contratos, con anterioridad a su finalización, por la disminución real del volumen de la obra o servicio contratado.

El TS estima el recurso y declara que el convenio colectivo no puede regular la extinción de los contratos de obra o servicio determinado por una causa distinta de las previstas en el artículo 49 ET, que no contempla el supuesto de disminución o reducción del volumen de la contrata.

Ello supone que las extinciones de los contratos de obra y servicio practicadas al amparo del artículo 17 del Convenio colectivo de *contact center* tienen encaje dentro de los artículos 51 y 52 ET, por lo que deben computarse a los efectos de determinar si se cumplen los umbrales en el marco de un despido colectivo "de hecho". Las únicas extinciones excluidas del cómputo del umbral del artículo 52 ET son las que se producen por motivos inherentes a la persona del trabajador y las derivadas del cumplimiento del término pactado en el contrato, supuestos que no concurren en el caso enjuiciado.

**Disposición convencional que establece que los eventos comerciales especiales con clientes fuera de jornada son tiempo de trabajo**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 de marzo de 2019*

El TS resuelve un conflicto colectivo en el que los sindicatos demandantes reclaman que se declare que las horas dedicadas por los empleados a las actividades promocionales de contenido social con clientes y, en general, cualquier tipo de evento especial fuera de la jornada laboral sean consideradas como tiempo de trabajo.

Las empresas afectadas por el conflicto colectivo desarrollan eventos comerciales con clientes, cuya asistencia para el personal es voluntaria. Asimismo, tuvo lugar una liga de fútbol en la que los comerciales de las empresas disputaron partidos de fútbol con los clientes. El artículo 31 del convenio colectivo aplicable establece que el tiempo dedicado a dichas actividades se compensará en tiempo de descanso dentro de los cuatro meses siguientes a la realización del evento.

El TS falla a favor de los sindicatos demandantes y considera que el tiempo dedicado a los eventos especiales es tiempo de trabajo. El artículo 34.1 ET señala que la duración de la jornada será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo. En este caso, el artículo 31 del convenio colectivo —bajo la rúbrica "Jornada de trabajo"— se ubica dentro de las disposiciones relativas al "Tiempo de trabajo". Por lo tanto, queda demostrado que los propios negociadores han querido configurar la asistencia a los eventos comerciales especiales como tiempo de trabajo, aun partiendo del carácter voluntario de la participación y sin atender a su concreto contenido.

**Compensación económica por las vacaciones no disfrutadas durante la incapacidad temporal tras el reconocimiento de la incapacidad permanente total para la profesión habitual**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 14 de marzo de 2019*

El TS resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que un trabajador reclama la compensación económica de las vacaciones no disfrutadas correspondientes al periodo de tiempo en el que estuvo en situación de incapacidad temporal ("IT") por contingencia profesional, ya que nunca llegó a reincorporarse al trabajo al reconocérsele en situación de incapacidad permanente total ("IPT") para la profesión habitual.

Con carácter general, la Sala recuerda que la jurisprudencia comunitaria y nacional establecen que, de acuerdo con el artículo 38.3 ET, el trabajador tendrá derecho a disfrutar posteriormen-

te de las vacaciones anuales retribuidas coincidentes con el periodo de tiempo en que estuvo en situación de incapacidad laboral. Sin embargo, excepcionalmente se admite la compensación en metálico de las vacaciones no disfrutadas en los casos en los que el contrato de trabajo se extingue por causas ajenas a la voluntad del trabajador con anterioridad a la fecha fijada para el disfrute *in natura* del periodo vacacional.

De conformidad con lo anterior, el TS falla a favor del trabajador y le reconoce el derecho a la citada compensación económica por las vacaciones no disfrutadas durante el periodo de tiempo en que estuvo en situación de IT, ya que su contrato se extinguió con la posterior declaración de IPT para la profesión habitual. Asimismo, la Sala rechaza la posible prescripción legalmente establecida de la acción de reclamación de la compensación en metálico de las vacaciones — artículo 59.2 ET—, ya que el *dies a quo* para el ejercicio de dicha acción es la fecha de la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (“INSS”) que declara al trabajador en situación de IPT y, en el momento de la celebración del acto de conciliación, no había transcurrido el periodo de un año legalmente establecido.

**En un contrato de cuarenta años de antigüedad, la ruptura del vínculo en apenas dos meses no es significativa**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 28 de febrero de 2019*

El TS resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que se discute si el cómputo de la antigüedad del trabajador debe incluir el periodo de tiempo en el que prestó sus servicios en virtud de un contrato de aprendizaje cuando entre el citado contrato y su posterior contratación indefinida existió un lapso temporal aproximado de dos meses.

Tras la superación de la doctrina clásica que consideraba que el cómputo de la antigüedad se interrumpe cuando transcurre un periodo de veinte días entre dos contratos, la jurisprudencia actual establece que el principio de unidad esencial del vínculo no se vulnera por las interrupciones entre contratos sucesivos superiores a veinte días, pero de duración no prolongada, teniendo en cuenta el conjunto del tiempo de trabajo al servicio del mismo empresario. En estos casos, las citadas interrupciones no afectan al cómputo de la antigüedad del trabajador.

De acuerdo con lo anterior, el TS falla a favor del trabajador y considera que el amplio periodo de tiempo de continuidad en la prestación de servicios por parte del trabajador —cuarenta años— y el escaso periodo en que se dejaron de prestar servicios a la empresa —dos meses— no constituye interrupción significativa del principio de unidad esencial del vínculo. En consecuencia, en el caso enjuiciado, la Sala considera que la antigüedad del trabajador debe incluir el periodo de tiempo correspondiente al contrato de aprendizaje, a los efectos de la cuantificación de la indemnización derivada de la extinción de su contrato de trabajo.

**Si el encargado no cumple, temerariamente, la normativa de prevención, la empresa no es responsable del accidente del subordinado**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 28 de febrero de 2019*

El TS resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que se plantea la procedencia de imponer a la empresa el recargo de prestaciones del 30 % por falta de medidas de seguridad por causa del accidente de trabajo sufrido por uno de los trabajadores cuando se encontraba realizando las funciones propias de su categoría profesional y que ha dado lugar a su reconocimiento en situación de IT.

El citado accidente motivó el despido procedente del jefe responsable del equipo que, en su calidad de superior jerárquico, no adoptó las medidas necesarias para crear una zona de seguridad para el trabajo.

El TS analiza los requisitos necesarios para la imposición del recargo —comisión de una infracción, producción de un daño y nexo causal— y concluye que no concurren dos de los citados requisitos: (i) en cuanto a la comisión de una infracción, no existe una norma de seguridad concreta o previsible cuya infracción sea imputable a la empresa; y (ii) en cuanto al nexo causal, la empresa —deudora de las obligaciones de seguridad— ha demostrado el cumplimiento de la normativa de seguridad y la adopción de las medidas de prevención y vigilancia adecuadas, así como la concurrencia de un factor exonerador de su responsabilidad, como es la imprudencia temeraria del jefe del equipo, que infringió los deberes objetivos que tenía y las órdenes expresas recibidas y que fue la causa del daño producido, lo cual era difícilmente previsible para el empresario.

**Las empresas pueden reclamar deudas a sus exempleados pese a la firma de un documento de saldo y finiquito**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Social, de 30 de enero de 2019*

El Pleno de la Sala de lo Social del TS resuelve acerca de los efectos que tiene la suscripción de un recibo de saldo y finiquito elaborado y sellado por la empresa en relación con unas cantidades adeudadas por una trabajadora a la empresa y no mencionadas en dicho recibo.

El TS razona que, en el recibo de saldo y finiquito, la empresa no lleva a cabo manifestación alguna tendente a darse por saldada de cualquier crédito que pudiera exigir. Lo único que se manifiesta en dicho recibo es, por parte de la trabajadora, su cese en la empresa y el reconocimiento de que se consideran satisfechos sus créditos frente a la empresa.

Asimismo, en dicho documento no aparece manifestación de voluntad alguna de la empresa de la que pueda deducirse la intención de renunciar a ese derecho de reclamación de cantidad. El TS considera irrelevante que el documento haya sido redactado por la empresa y que contenga su sello, ya que para que la renuncia fuera válida debe ser expresada de forma clara e indudable, tal y como exige el artículo 1283 del Código Civil.

En otras palabras, la Sala concluye que en el recibo de saldo y finiquito solamente se calcula la situación económica existente en favor de la trabajadora en el momento del cese.

No obstante, debe resaltarse la existencia de un voto particular al que se adhirieron un total de cuatro magistrados de la Sala de lo Social. En dicho voto particular, los magistrados discrepantes manifiestan, entre otros aspectos, que el finiquito sí tiene valor liberatorio, ya que fue redactado y sellado por la empresa y esta podría haber incluido una mención de compensación en ese mismo documento, al cumplir ambos créditos con los requisitos del artículo 1196 del Código Civil.

**Ejercicio del derecho de opción de ceder parte del descanso por maternidad con posterioridad a la petición inicial de reconocimiento de la prestación por maternidad**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 26 de septiembre de 2018*

El TS resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que se plantea si la trabajadora puede ceder parte del descanso de maternidad a favor del otro progenitor con posterioridad a la solicitud de reconocimiento de la prestación por maternidad al INSS.

La prestación por maternidad se reconoce a los trabajadores cualquiera que sea su sexo y exige que la madre biológica ejercite su derecho a suspender el contrato de trabajo por razón del parto por el periodo legalmente fijado al respecto. Por su parte, el artículo 48.4 del ET —en la redacción anterior a la reforma operada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo— permite a la madre que, al iniciar el periodo de descanso por maternidad, pueda ceder una parte de ese periodo de descanso posterior al parto al otro progenitor. En tal caso, el artículo 9 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, reconoce al otro progenitor el derecho a percibir el subsidio por maternidad.

El TS considera que el requisito temporal del ejercicio del derecho de opción debe interpretarse de conformidad con el principio de igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres. Ello supone que el eventual derecho del otro progenitor a la prestación por maternidad derivada del disfrute del descanso cedido por la madre biológica no está condicionado a que la madre efectúe la citada opción al solicitar el reconocimiento inicial de la prestación por maternidad.

Por lo tanto, la opción de la trabajadora debe realizarse antes de que el otro progenitor pueda, a su vez, disfrutar del descanso por causa de nacimiento y, por consiguiente, pueda hallarse en la situación protegida por la correspondiente prestación. La trabajadora que ejercite su derecho de opción y se reincorpore al trabajo, por iniciar el otro progenitor el descanso, deberá poner tal circunstancia en conocimiento del INSS a efectos de evitar pagos indebidos y facilitar el abono al otro progenitor de la prestación por maternidad.

**El empresario debe abonar a los trabajadores de ETT igual paga de beneficios que a los de la plantilla de la empresa usuaria**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 7 de marzo de 2019*

Los representantes de los trabajadores de la ETT solicitaban a la Audiencia Nacional ("AN") que condenara a su empleadora (y a la empresa usuaria de forma subsidiaria) a pagarles el mismo bonus percibido por los trabajadores de la empresa usuaria. Dicho bonus tiene su origen en un acuerdo entre la empresa usuaria y los representantes de sus trabajadores (ampliado por un suplemento concedido unilateralmente por la empresa usuaria).

En aplicación del artículo 11.1 de la Ley 14/1994, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, en relación con el artículo 5.1 de la Directiva 2008/104, la AN concluye que los trabajadores de las ETT tienen derecho a las mismas prestaciones que los de la empresa usuaria en cuanto a las condiciones esenciales, incluyendo la remuneración.

A continuación, la AN analiza el artículo 31 del VI Convenio Colectivo Estatal de ETT, que establece que los trabajadores de las ETT tendrán derecho a "la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en la empresa usuaria, según el Convenio Colectivo aplicable a la misma". A la luz de la doctrina del TS acerca de que el uso de una ETT debe ser para atender necesidades temporales de la empresa usuaria y no un medio de reducir costes salariales, la AN concluye que la expresión *convenio colectivo* del anterior artículo debe interpretarse en un sentido amplio, de forma que comprenda las distintas modalidades de la negociación colectiva, incluidos los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Además, la AN añade que incluso una interpretación literal de la expresión *convenio colectivo* llevaría a la misma conclusión, pues en el lenguaje jurídico-laboral esta expresión significa todo tipo de acuerdos entre empresa y representantes de los trabajadores.

**La prestación de guardias de disponibilidad por trabajadores de una empresa de servicios digitales no es tiempo efectivo de trabajo**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 20 de septiembre de 2018*

La AN resuelve un litigio en el que unos trabajadores solicitan que se declare que el tiempo dedicado a la guardia domiciliaria debe considerarse tiempo de trabajo efectivo.

Los trabajadores disponen de teléfonos móviles y de ordenadores portátiles con *software* que les permite solucionar las incidencias (excepto en muy limitados casos) desde cualquier lugar.

La AN analiza el caso a la luz del artículo 34.5 ET y del artículo 2 de la Directiva 2003/88, de 4 de noviembre, sobre determinados aspectos de ordenación del tiempo del trabajo, y aplica al caso la doctrina Matzak de la Sentencia del TJUE de 21-2-2015 (Asunto C-518/15).

La AN considera que el tiempo de guardia de los trabajadores no debe ser computado como tiempo de trabajo, dado que (i) no se fija un plazo mínimo de disponibilidad para realizar las intervenciones que les sean requeridas y (ii) en la práctica totalidad de los casos consta que las intervenciones se efectúan desde el propio lugar en que se encuentra el trabajador. En consecuencia, los trabajadores en guardia prácticamente no ven mermadas ni su libertad ambulatoria ni las posibilidades de dedicar tiempo al descanso y a sus inquietudes personales y sociales.

**Los trabajadores tienen derecho a que el importe del cheque gourmet pactado se actualice anualmente al máximo exento del IRPF**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 4 de julio de 2018*

La AN enjuicia un supuesto en el que los trabajadores solicitaron que se les reconociera el derecho a que se incrementara el importe del cheque *gourmet* en un euro diario por día efectivamente trabajado hasta alcanzar al final del año el máximo legal permitido y exento a efectos del IRPF. Su tesis se basa en que esto fue lo que se acordó entre empresa y trabajadores. Por su parte, la empresa considera que la cantidad que deben abonar a los trabajadores por este concepto es la incluida en el primer acuerdo que reguló el cheque *gourmet*.

La AN utiliza tres vías argumentales para fallar en favor de los trabajadores:

- (i) Una interpretación literal del acuerdo, que establece que "Las actualizaciones anuales tácitas –de producirse– lo serán a razón de incrementar el importe del cheque gourmet en un euro diario por día efectivamente trabajado, tras alcanzar con el transcurso de los años el máximo legal permitido y exento a efectos del IRPF, en la legislación de aplicación". La AN resalta el



hecho de que en este acuerdo no se hace mención expresa a que el límite del importe del tique restaurante se limitará al máximo legal exento a efectos del IRPF de 2009.

- (ii) Una interpretación sistemática del acuerdo. La AN considera que el hecho de que para otras cuantías salariales se regulara que se actualizarían mediante otras fórmulas significa que la actualización de la cuantía de los tiques restaurante debe seguirse por las normas especiales que la regulan.
- (iii) Una interpretación a la luz de la voluntad de los contratantes a través de sus actos coetáneos o posteriores (artículo 1282 del Código Civil). La AN se centra en el hecho de que cinco años después del acuerdo mencionado, la empresa concedió a algunos trabajadores nuevos un importe de tique restaurante equivalente a la cantidad máxima exenta en ese momento.

**Validez de la declaración testifical de la madre del trabajador despedido**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 11 de junio de 2019*

El TSJ de Madrid se pronuncia sobre el caso de un trabajador que, tras un largo período de baja, se reúne, acompañado de su madre, con el empleador para decidir el momento de su reincorporación a su puesto de trabajo. En la reunión toman la decisión de tratar de nuevo el tema de la reincorporación en un momento posterior a la notificación de la sentencia de un procedimiento de reclamación de cantidad que les enfrentaba.

Sin embargo, el mismo día que se dicta tal resolución la empresa despide al trabajador por no haberse reincorporado a su puesto de trabajo tras el fin de su baja médica.

Ante esta situación, el TSJ entiende que, pese a la especial vinculación de la madre del actor con una de las partes del pleito, su testimonio tiene utilidad directa y presencial para acreditar que el trabajador no incurrió en la conducta imputada por existir un acuerdo verbal que lo exime y que, en consecuencia, el despido debe ser declarado improcedente.

**Nulidad del despido de un denunciante de irregularidades o whistleblower**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 2 de abril de 2019*

El TSJ de la Comunidad Valenciana resuelve un supuesto en el que un trabajador es despedido disciplinariamente por, según la fundación empleadora, indisciplina y desobediencia en el trabajo (54.2.e ET).

El trabajador había advertido a la fundación mediante distintos correos electrónicos de las irregularidades cometidas en el seno de la actividad de la fundación, llegando incluso a enviar un informe al director de la fundación en el que indicaba irregularidades relacionadas con la presentación de facturas no respaldadas por contratos, entre otras.

La fundación inició expediente disciplinario contra el trabajador por no haber cumplido en plazo unas tareas que le fueron encomendadas, sobre las que el trabajador comunicó en distintas ocasiones que no podría llevar a cabo al estar desbordado de trabajo.

El TSJ de la Comunidad Valenciana falla a favor del trabajador, dado que el incumplimiento en que se basa el despido disciplinario no formaba parte de las funciones que debía cumplir y por sus avisos acerca del exceso de carga de trabajo. Concluye el TSJ de la Comunidad Valenciana que el despido fue una represalia ante las distintas denuncias que había presentado y, en consecuencia, declara dicho despido nulo.

**Perspectiva de género en el cálculo de la indemnización por daños morales derivados de la denegación infundada a la concreción horaria solicitada por una trabajadora**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria), Sala de lo Social, de 12 de marzo de 2019*

El TSJ de Canarias resuelve un recurso de suplicación en el que una trabajadora reclama una indemnización por los daños morales derivados de la negativa empresarial a la concreción horaria solicitada para la conciliación de su vida familiar y laboral.

La trabajadora solicitó a la empresa reducción de jornada y concreción horaria en el turno de mañana para la conciliación de su vida familiar y laboral, ya que durante las tardes tenía dificultades para atender a su hijo menor de cinco meses de edad en un contexto familiar en el que el

padre carecía de horario fijo y debía viajar con asiduidad por razón de su profesión. La empresa aceptó la reducción de la jornada, pero rechazó la concreción horaria en el turno de mañana.

El TSJ de Canarias afirma que el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social admite la solicitud de indemnización paralela junto con la reducción horaria por cuidado de un menor prevista en el artículo 37.6 y 7 ET en los supuestos en los que la empresa deniega la medida solicitada o se demora en su efectividad. El reconocimiento de dicha indemnización debe realizarse desde una perspectiva de género, ya que la incidencia de la denegación de la reducción de jornada y de la concreción horaria por cuidado de un menor puede suponer una discriminación indirecta de las mujeres trabajadoras, por ser las que mayoritariamente lo ejercitan.

El TSJ entiende que la negativa empresarial a la concreción horaria es injustificada e irrazonable y ha generado a la trabajadora una serie de daños morales derivados de la situación de incertidumbre que le obliga a replantearse su vida familiar y laboral y el desasosiego provocado por la necesidad de litigar contra la empresa. A efectos de su cuantificación, el TSJ considera que la negativa de la empresa podría asimilarse a la falta grave prevista en el artículo 7.5 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social en materia de jornada, y condena a la empresa al pago de una indemnización de 3125 euros.

**Se considera accidente de trabajo *in itinere* el sufrido por una trabajadora que se desvió para dejar a su hijo en casa de los abuelos un día no lectivo**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 15 de enero de 2019*

El TSJ del País Vasco resuelve un recurso de suplicación en el que una trabajadora solicita al INSS que declare que su proceso de IT deriva de accidente de trabajo *in itinere*.

La trabajadora alega que, aunque el accidente se produjo en una localidad que no formaba parte del trayecto habitual que debe recorrer desde su domicilio al lugar de trabajo, la desviación se debió a la necesidad de conciliar su vida laboral y familiar y, en concreto, dejar a su hijo menor de edad al cuidado de sus abuelos, ya que ese día se encontraba en situación de vacación escolar.

El TSJ del País Vasco falla a favor de la trabajadora al considerar que concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la calificación de accidente de trabajo *in itinere*, a saber: (i) elemento teleológico, ya que la finalidad del desplazamiento de la trabajadora era acudir a su centro de trabajo; (ii) elemento de idoneidad de medio, ya que la trabajadora sufrió el accidente cuando iba en su propio coche, con el que se desplazaba habitualmente a su centro de trabajo; y (iii) elementos geográfico y cronológico, ya que la desviación no rompe el nexo causal necesario con la ida al trabajo y vino motivada por la necesidad de conciliar su vida laboral y familiar que exigía acudir a su centro de trabajo sin abandono del cuidado de su hijo.

**Un tique de formación de idiomas no goza, con carácter general, de la exención del IRPF de reciclaje de empleados**

*Consulta Vinculante de la Subdirección General de Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas V3207-18, de 18 de diciembre de 2018*

La Subdirección General de Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas ("SGIRPF") responde a una consulta vinculante acerca del tratamiento fiscal de unos tiques de formación de idiomas, nominativos, numerados e intransferibles, para que los trabajadores puedan sufragar el coste de las academias de idiomas a las que acudan. En concreto, la empresa ofrece a todos sus empleados la posibilidad de que obtengan parte de su salario en forma de tiques que podrían canjear por cursos de idiomas.

En aplicación de los artículos 17.1 y 42.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la SGIRPF distingue dos situaciones y el tratamiento fiscal que tendría cada una de ellas:

- (i) Cuando la empresa simplemente hace una mediación en el pago de determinados gastos efectuados por el empleado, debe considerarse que lo que se ha producido es una aplicación de los rendimientos del trabajo dinerarios del trabajador a un determinado concepto de gasto (y no un rendimiento en especie).
- (ii) Si el anterior abono se produce en ejecución de un compromiso asumido con los trabajadores (en convenio colectivo o en el contrato de trabajo), sí será tratado como retribución en especie.

En cuanto al supuesto de hecho concreto, la SGIRPF concluye que lo que se ha producido es un cambio de retribución dineraria a retribución en especie (no una mediación en el pago).

La SGIRPF concluye que, al darse esta posibilidad de retribución a todos los empleados sin estar condicionada por la actividad o puesto de trabajo desarrollados en cada caso concreto, no puede permitirse la exención de forma genérica, con independencia de que determinados trabajadores sí puedan solicitarla de forma individual.

### [Portugal]

#### Tempo de disponibilidade e direito ao descanso

#### *Acórdão de 9 de janeiro de 2019 (Processo n.º 2066/15.0T8PNF.P1.S1) – Supremo Tribunal de Justiça*

No presente acórdão, o STJ debruçou-se sobre a circunstância de um trabalhador que, durante um determinado período de tempo e na qualidade de motorista, tinha que conduzir o reboque do empregador, prestando assistência a viaturas impossibilitadas de transitar regularmente na via pública. À exceção dos períodos em que estava a conduzir, o trabalhador não tinha que estar presente fisicamente nas instalações do empregador, mas apenas contactável e disponível em qualquer local que lhe permitisse o referido contacto e disponibilidade, a fim de realizar os serviços de reboque que lhe fossem atribuídos a qualquer hora do dia ou da noite.

Chamado a pronunciar-se sobre a questão *sub judice*, o STJ sustentou que a obrigatoriedade de permanência nas instalações do empregador nos períodos em que o trabalhador não estava a desempenhar a atividade (isto é, enquanto não estava a conduzir o reboque), mas à disposição daquele, seria o fator determinante para que aqueles períodos sejam considerados tempo de trabalho. Contudo, não estando o trabalhador obrigado a permanecer nas instalações da empregadora, mas apenas contactável 24 horas por dia e disponível para efetuar os serviços de reboque sempre que fosse necessário, apenas os períodos em que efetivamente realizou estes serviços deveriam ser considerados tempo de trabalho.

Por conseguinte, concluiu que, não sendo os períodos de disponibilidade considerados como tempo de trabalho, e não se tendo provado os períodos de trabalho efetivamente prestados, nem que o trabalhador tenha sofrido quaisquer danos em consequência da disponibilidade permanente, não estaria o empregador obrigado a indemnizá-lo por danos não patrimoniais com fundamento na violação do direito ao descanso.

#### Interpretação de cláusulas de convenções coletivas de trabalho

#### *Acórdão n.º 1/2019 (Processo n.º 1148/16.5T8BRG.G1.S1) – Supremo Tribunal de Justiça*

No presente acórdão, o STJ debruçou-se sobre a questão de saber se a interpretação da convenção coletiva de trabalho deve seguir as regras da interpretação da lei, e, portanto, sendo de aplicar os artigos 9.º e 10.º do Código Civil, ou se, ao invés, deve seguir as regras da interpretação do negócio jurídico, sendo aqui de aplicar os artigos 236.º e 239.º, também do Código Civil.

O STJ começou por afirmar que a convenção coletiva produz efeitos normativos, relativos aos contratos de trabalho abrangidos, e ao mesmo tempo obrigacionais, nas relações entre entidades subscritoras. É, assim, simultaneamente norma e negócio jurídico. De seguida, reconhece que, tornando-se diversas vezes necessário proceder à interpretação das cláusulas constantes de uma convenção coletiva, para uma aplicação mais correta das mesmas e considerando que não raras vezes não primam pela clareza do seu sentido, é aos tribunais que compete, através da ação de interpretação de convenção coletiva de trabalho, interpretar a cláusula controversa.

Assim, e chamado a pronunciar-se precisamente sobre esta questão, o STJ sustentou que a interpretação das cláusulas de conteúdo regulativo das convenções coletivas de trabalho deve obedecer às regras próprias da interpretação da lei, devendo partir-se da letra da lei, por ser este o ponto de partida da atividade interpretativa. Ou seja, deve aplicar-se o artigo 9.º do Código Civil, visto que as cláusulas são dotadas de generalidade e abstração e são suscetíveis de produzir efeitos na esfera jurídica de terceiros. Neste sentido, considerou o STJ que o próprio enunciado da cláusula funciona igualmente como limite interpretativo pois não pode ser considerada uma interpretação que não tenha o mínimo de correspondência literal.

Por conseguinte, concluiu que, no domínio da interpretação de cláusulas de convenções coletivas de trabalho, deve ser atribuída uma importância acrescida ao elemento literal, pois a letra do acordo é o ponto de partida e a baliza da interpretação.

O STJ decidiu, assim, negar a revista, confirmando o acórdão recorrido.

#### **Despedimento com justa causa – dever de fidelidade**

*Acórdão de 6 de março de 2019 (Processo n.º 14897/17.1T8LSB.L1.S1) – Supremo Tribunal de Justiça*

No presente acórdão, estava em causa a regularidade e licitude de um despedimento por justa causa. Por divergência entre os Tribunais de 1.ª Instância e da Relação que consideraram lícito e ilícito o despedimento, respetivamente, a questão foi suscitada perante o STJ.

Em discussão estava a situação de um trabalhador que, no exercício das suas funções de guarda-freio (i.e. condutor de elétrico), procedeu à revenda de dois bilhetes que já tinham sido emitidos para outros passageiros, conquanto não entregues, não entregando o produto dessa revenda ao empregador, fazendo sua a quantia de € 7,40. Afirmou o STJ que, apesar do montante em causa ser bastante diminuto, o que releva é a quebra de confiança que está na base das funções desempenhadas pelo trabalhador.

O STJ salientou que um dos deveres do trabalhador é, precisamente, guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios.

O STJ decidiu, assim, conceder a revista, revogando o acórdão recorrido e procedendo à reprecificação da sentença proferida pelo Tribunal de 1.ª Instância, confirmando a licitude do despedimento.

#### **Uso laboral – seguro de saúde**

*Acórdão de 27 de março de 2019 (Processo n.º 18047/16.3T8LSB.L1.S1) – Supremo Tribunal de Justiça*

No presente acórdão, o STJ debruçou-se sobre a questão de saber se a contratação de um seguro de saúde – durante um determinado período de tempo – com determinadas características específicas e anualmente contratado pela entidade empregadora, a favor dos seus trabalhadores, consubstancia um uso laboral consolidado, na aceção do artigo 1.º do Código do Trabalho, o qual prevê que o contrato de trabalho está sujeito, em especial, aos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, assim como aos usos laborais que não contrariem o princípio da boa-fé.

O STJ começou por salientar que, para que determinada prática, a nível de gestão empresarial, possa constituir um uso de empresa é necessário que a mesma se encontre sedimentada durante um considerável lapso de tempo, de forma a que se possa concluir no sentido da existência de uma regra que leve os trabalhadores a adquirir legitimamente a convicção de que, no futuro e definitivamente, a mesma será aplicada.

Assim, chamado a pronunciar-se sobre o tempo necessário para que o uso se consolide, o STJ veio afirmar que a prática do empregador que se repete anualmente – traduzindo-se na contratualização de um seguro coletivo de saúde em benefício dos seus trabalhadores – para se consolidar, como um uso de empresa, necessita de uma considerável sedimentação no tempo, de forma a que se possa deduzir que esse comportamento se transformou em regra.

Por conseguinte, e apreciando o caso dos autos, concluiu o STJ que dez anos e nove meses não é tempo suficiente para se concluir no sentido da existência de uma regra subjacente à prática do empregador que contratualizou anualmente um seguro coletivo de saúde em benefício dos seus trabalhadores, pelo que não se pode considerar constituído um uso de empresa.

O STJ decidiu, assim, e quanto a esta matéria, revogar o acórdão recorrido.

#### **Procedimento disciplinar – prova proibida – reserva da vida privada**

*Acórdão de 28 de março de 2019 (Processo n.º 747/18.5T8PTM.E1) – Tribunal da Relação de Évora*

O presente acórdão versa sobre um procedimento disciplinar que teve na sua origem várias mensagens enviadas por um trabalhador, num grupo fechado da aplicação WhatsApp, que haviam chegado ao conhecimento do empregador através de um outro trabalhador, e membro

integrante do referido grupo. O procedimento disciplinar culminou na decisão de despedimento do trabalhador, o qual impugnou a regularidade e licitude do despedimento, com fundamento na impossibilidade da utilização das mensagens de WhatsApp como meio de prova.

No recurso em apreço, o TRE não se pronunciou sobre o conteúdo das mensagens enviadas através do WhatsApp – e se as mesmas constituiriam justa causa de despedimento –, tendo analisado apenas se as referidas mensagens podiam, ou não, ser utilizadas como meio de prova em processo disciplinar.

Partindo da consagração, como direitos fundamentais, do direito à reserva de intimidade da vida privada e à inviolabilidade do sigilo e da correspondência e dos outros meios de comunicação privada, o TRE lembrou que aquele primeiro abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspetos atinentes à vida pessoal, íntima e familiar do trabalhador. Acresce que, na ótica do TRE, a tutela da inviolabilidade dos meios de comunicação tem, necessariamente, de ser interpretada de acordo com a estonteante evolução dos meios de comunicação no mundo em que vivemos. Certo é que qualquer prova obtida mediante abusiva intromissão na vida privada, na correspondência ou nas telecomunicações, é nula, de harmonia com o disposto no artigo 32.º, n.º 8 da Constituição da República Portuguesa.

Por outro lado, entendeu o TRE ser importante aferir se o trabalhador, quando enviou tais mensagens para o grupo de WhatsApp, teria a expectativa da respetiva privacidade ou não.

Considerou, por isso, o TRE que tendo as mensagens em causa sido emitidas num ambiente privado, e tendo como destinatários os membros de um grupo restrito de pessoas, as mesmas tinham carácter pessoal e privado e, como tal, o empregador não poderia fazer uso de tais mensagens para efeitos disciplinares, por lhe estar vedado o respetivo uso pelo protegido direito de reserva da intimidade da vida privada assim como pela tutela legal e constitucional da confidencialidade da mensagem pessoal. Deste modo, determinou o Tribunal que, no caso concreto, e face às específicas circunstâncias do caso, o empregador não poderia utilizar o conteúdo das mensagens escritas pelo trabalhador no grupo do WhatsApp em sede disciplinar.

O TRE confirmou, assim, a sentença recorrida.

**Acordos de revogação – compensação – isenção de IRS – conceito de antiguidade**

*Acórdão de 8 de maio de 2019 (Processo n.º 0407/18.7BALSb) – Supremo Tribunal Administrativo*

O STA uniformizou jurisprudência no sentido de que a antiguidade a que se refere o disposto no artigo 2.º, n.º 4, al. b), do Código do IRS – que prevê a isenção de compensações pagas, por exemplo, no âmbito de acordos de revogação de contrato de trabalho, até ao limite do valor correspondente ao valor médio das remunerações regulares, com carácter de retribuição, sujeitas a imposto, auferidas nos últimos 12 meses, multiplicado pelo número de anos ou fração de antiguidade ou de exercício de funções na entidade devedora, salvo quando seja criado novo vínculo, com a mesma entidade nos 24 meses seguintes – respeita unicamente à antiguidade do trabalhador na entidade devedora da compensação/indenização pela cessação do contrato de trabalho.

O acórdão em apreço teve um voto de vencido, por considerar que a decisão desconsidera o valor normativo do Acordo Coletivo de Trabalho para o Sector Bancário – aplicável ao caso concreto – nomeadamente as regras relativas à contagem da antiguidade para efeitos daquele instrumento de regulamentação coletiva de trabalho.

**Despedimento ilícito – reintegração – faltas injustificadas**

*Acórdão de 26 de junho de 2019 (Processo n.º 1230/18.4T8PDL.L1-4) – Tribunal da Relação de Lisboa*

No presente acórdão discutiu-se, entre outros temas, se o empregador poderia promover, licitamente, o despedimento de um trabalhador, por faltas injustificadas, dado que o mesmo não compareceu no local de trabalho na sequência do trânsito em julgado de sentença que declarou ilícito o despedimento anterior desse mesmo trabalhador e, consequentemente, condenou o empregador na sua reintegração.

Na sequência da sentença que declarou a ilicitude do (primeiro) despedimento e a consequente reintegração do trabalhador, este último não se dirigiu ao empregador nem às suas instalações para prestar as suas funções, não tendo apresentado qualquer comunicação a esse res-

peito. O TRL reconheceu que o trabalhador poderia ter-se apresentado ao serviço no estabelecimento do empregador na sequência do trânsito em julgado da sentença que condenou o empregador na sua reintegração.

Não obstante, o TRL acompanhou a jurisprudência que entende que a condenação do empregador na reintegração do trabalhador ilicitamente despedido se traduz numa obrigação "*de facere*", a cargo do empregador e que apenas por ele pode ser cumprida. Assim, salientou que a obrigação decorrente da condenação do empregador na reintegração do trabalhador no seu posto de trabalho recaiu sobre o próprio empregador, devendo ser este a dar cumprimento a essa obrigação, sem ficar a aguardar a assunção de qualquer atitude por parte do trabalhador.

Por conseguinte, e apreciando o caso dos autos, concluiu o TRL que, não tendo o empregador convocado o trabalhador para comparecer ao trabalho, não pode, posteriormente, reputar de injustificadas as faltas dadas pelo trabalhador ao serviço como fundamento para novo despedimento.

O TRL decidiu, assim, julgar improcedente a apelação e confirmar a sentença recorrida, determinando a reintegração do trabalhador.

**Justa causa de despedimento - comissário de bordo - comportamento em viagem**

*Acórdão de 11 de julho de 2019 (Processo n.º 28735/18.4.T8LSB.L1-4) – Tribunal da Relação de Lisboa*

No acórdão em causa colocou-se a questão de saber se constituiria justa causa de despedimento o comportamento do trabalhador, que, no âmbito das suas funções de comissário de bordo, num voo com origem no Porto e destino em São Paulo abordou três vezes uma passageira, colocando-lhe questões de índole pessoal (como a idade ou o número de telemóvel), tendo ainda feito uma aposta com a passageira, referindo que quem perdesse teria de pagar uma água de coco ao outro no dia seguinte.

Terminado o voo, a passageira visada pelo comportamento do trabalhador apresentou queixa-crime junto da Polícia Federal, tendo a entidade empregadora iniciado procedimento disciplinar que culminou com o despedimento com justa causa do trabalhador. O trabalhador, por seu turno, impugnou judicialmente a regularidade e licitude do despedimento.

Contrariamente à decisão adotada em primeira instância, que havia considerado o despedimento ilícito, por desadequação e desproporcionalidade da sanção aplicada, o TRL considerou a mesma como justificada no caso concreto, assim determinando a licitude do despedimento.

Com efeito, entendeu o tribunal de recurso que o comportamento do trabalhador havia sido incompatível com as funções por este desempenhadas (i.e, prestar assistência aos passageiros transportados, proporcionando-lhes uma viagem em segurança e confortável), já que revelava o intuito da parte do mesmo em estabelecer um contacto próximo com a passageira, uma vez decorrida a viagem.

Por conseguinte, e atendendo, ainda, à circunstância de ter sido apresentada queixa-crime, tendo a entidade empregadora sido contactada para efeitos de identificação do trabalhador, o que desprestigia o seu bom nome, o TRL entendeu que a conduta daquele revestia gravidade suficiente para se considerar verificada uma absoluta quebra de confiança da entidade empregadora em relação à postura do comissário de bordo perante os passageiros que futuramente viajassem nos seus aviões e, por esse motivo, se considerar inexigível a manutenção do vínculo laboral.

**Período experimental - conversão do contrato a termo**

*Acórdão de 3 de junho de 2019 (Processo n.º 2558/18.9T8PRT.P1) – Tribunal da Relação do Porto*

Na ação em apreço, a Ré, entidade empregadora, havia inicialmente celebrado um contrato a termo certo com o Autor. No entanto, na sequência de uma ação inspetiva da Autoridade para as Condições do Trabalho, esta considerou inválido o termo aposto no contrato de trabalho, convertendo-se num contrato por tempo indeterminado.

Subsequentemente, já decorrido o período experimental fixado no contrato inicial (15 dias), mas ainda no decurso do período experimental aplicável aos contratos por tempo indeterminado (90 dias, para a generalidade dos trabalhadores), a entidade empregadora denunciou o vínculo com o trabalhador, que, por seu turno, lhe moveu uma ação com vista à declaração de ilicitude do despedimento.

Na situação vertente, o contrato de trabalho previa um período experimental inferior ao constante da lei para aquele tipo de vínculo – possibilidade consignada no artigo 112.º, n.º 5, do Código do Trabalho, mediante acordo escrito entre as partes. Apesar disso, o TRL considerou que, no caso em concreto, não resultava do texto da cláusula que tivesse havido um propósito, resultante de acordo das partes na negociação do contrato, de reduzir o período experimental.

Mais entendeu o TRL, a par da sentença proferida em primeira instância, que os motivos subjacentes à criação de distintos períodos experimentais consoante a natureza do vínculo justificam que, em caso de conversão do contrato a termo em contrato por tempo indeterminado, passe a ser aplicável o período estabelecido para este último tipo de vínculo. Como tal, sendo mais lato o período experimental aplicável aos contratos por tempo indeterminado, serão de computar os dias de trabalho prestado. Por sua vez, nada impede que o trabalhador ou o empregador possam denunciar o contrato sem invocação de justa causa, nem direito a indemnização, conforme estatuído no artigo 114.º, n.º 1, do Código do Trabalho.

## MARÍTIMO, TRANSPORTE Y LOGÍSTICA \*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

##### Puertos

*Directiva (UE) 2019/883 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativa a las instalaciones portuarias receptoras a efectos de la entrega de desechos generados por buques, por la que se modifica la Directiva 2010/65/UE y se deroga la Directiva 2000/59/CE (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE de 7 de junio de 2019)*

La Directiva 2019/883 tiene por objeto proteger el medio marino de las descargas de desechos generados por buques en puertos de la Unión Europea. A tal efecto, la norma se centra especialmente en detallar el proceso de entrega de los desechos por el buque y las condiciones de las instalaciones portuarias receptoras. Asimismo, modifica la Directiva 2010/65/UE y deroga la Directiva 2000/59/CE.

##### Transporte ferroviario

*Reglamento de Ejecución (UE) n.º 2019/777 de la Comisión, de 16 de mayo de 2019, sobre las especificaciones comunes del registro de la infraestructura ferroviaria y por el que se deroga la Decisión de Ejecución 2014/880/UE (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE de 27 de mayo de 2019)*

El Reglamento de Ejecución (UE) n.º 2019/777 se dicta al amparo de lo dispuesto por el artículo 49.5 de la Directiva (UE) 2016/797 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Unión Europea. Este artículo establece que la Comisión adoptará, a través de actos de ejecución, especificaciones comunes para, entre otras cuestiones, el registro de la infraestructura relativas al contenido, el formato de los datos y la arquitectura funcional y técnica.

El Reglamento incorpora en su anexo las especificaciones comunes del registro de la infraestructura y regula, entre otras cuestiones: (i) la creación, mantenimiento y actualización de una aplicación web (aplicación del Registro de la Infraestructura); (ii) la obligación de los Estados miembros de designar a una entidad nacional de registro; y (iii) la publicación por la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea de una guía sobre la aplicación de las especificaciones comunes para el registro de la infraestructura.

#### [España]

##### Transporte marítimo

*Real Decreto 238/2019, de 5 de abril, por el que se establecen habilitaciones anejas a las titulaciones náuticas para el gobierno de las embarcaciones de recreo y se actualizan las medidas de seguridad en la utilización de las motos náuticas (BOE de 5 de abril de 2019)*

Mediante este Real Decreto se modifica y actualiza distinta normativa relativa a embarcaciones de recreo. En particular, destacamos los siguientes aspectos: (i) actualización de las medidas de seguridad en la utilización de las motos náuticas; (ii) regulación de los permisos que deben tener las empresas que se dedican al alquiler de motos náuticas, que además deberán registrar su actividad en un registro dependiente de la Capitanía Marítima correspondiente; y (iii), para el

---

(\*) Esta sección ha sido coordinada por Luz Martínez de Azcoitia, y en su elaboración han participado Carlos López-Quiroga, Sofía Rodríguez Torres, José Sánchez-Fayos, Nicolás Nägele García de Fuentes, Magdalena Oriol y Laura Peláez, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Oporto).



caso de aparición de nuevas técnicas o dispositivos en los que también se haga uso de motos náuticas, la previsión de que su manejo deberá ajustarse a las normas de seguridad contenidas en este Real Decreto y las que establezca el fabricante. La utilización de estas nuevas técnicas o dispositivos estará sujeta a la autorización de la Capitanía Marítima, previo informe de la Dirección General de la Marina Mercante.

El artículo tercero además modifica y actualiza el Real Decreto 875/2014, de 10 de octubre, por el que se regulan las titulaciones náuticas para el gobierno de las embarcaciones de recreo, en cuanto a los requisitos de las habilitaciones y tramitación.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [España]

**Transporte de viajeros en vehículos VTC** *Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de julio de 2019*

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña suspende de forma cautelar la vigencia de varias disposiciones del Reglamento sobre las condiciones de explotación de las autorizaciones de transporte de viajeros en vehículos VTC en el ámbito del Área Metropolitana de Barcelona. La suspensión fue solicitada por una empresa dedicada al arrendamiento de vehículos con conductor, que había interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el citado reglamento.

El Tribunal examina el marco jurídico aplicable recogido en el Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor; y el Decreto Ley 4/2019, de 29 de enero, de medidas urgentes en materia de transporte de viajeros mediante el alquiler de vehículos con conductor, de la Generalitat de Cataluña.

Ante los argumentos de la recurrente, y tomando especialmente en consideración el Dictamen n.º 2/2019, del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña, y el espíritu de los preceptos del Tratado Fundacional de la Unión Europea, el Tribunal considera *prima facie* que (i) los artículos 3 y 4.4, así como sus disposiciones concordantes (todos ellos relacionados con la obligatoriedad de inscripción en el registro metropolitano creado al efecto), instaurarían una suerte de “doble autorización” contraria a la ley; y (ii) el artículo 11 (que impone un lapso obligatorio de 60 minutos entre la contratación y prestación efectiva del servicio) podría ser discriminatorio y podría vulnerar el derecho a la libertad de empresa.

## MEDIO AMBIENTE \*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

##### Residuo plástico

*Directiva (UE) 2019/904 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, relativa a la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente (DOUE de 12 de junio de 2019)*

El objetivo de la Directiva es reducir la cantidad de residuos plásticos y de basura dispersa, especialmente por su afección sobre el medio marino. Para ello, la Directiva establece medidas aplicables a los productos de plástico de un solo uso, productos fabricados con plástico oxodegradable y a las artes de pesca que contienen plástico. En particular, destacan las siguientes medidas:

- (i) Los Estados miembros deberán reducir de forma cuantitativa y medible el consumo de los productos de plástico de un solo uso enumerados en la parte A del anexo para 2026, y deberán prohibir la introducción en el mercado de los productos de plástico de un solo uso enumerados en la parte B del anexo y de los productos fabricados con plástico oxodegradable.
- (ii) Los productos de plástico de un solo uso con tapas y tapones enumerados en la parte C del anexo solo podrán ser introducidos en el mercado si estos permanecen unidos al recipiente durante su utilización.
- (iii) Las botellas para bebidas deberán contener un determinado porcentaje de plástico reciclado (25 % en 2025 y 30 % a partir de 2030).
- (iv) Los productos que sean introducidos en el mercado deberán llevar una marca visible que informe a los consumidores sobre las opciones de gestión de residuos y la presencia de plásticos en el producto.
- (v) Los regímenes de responsabilidad ampliada del productor de este tipo de productos deben sufragar los costes que se deriven de las medidas de concienciación, recogida de residuos y limpieza de los vertidos de basura dispersa, entre otros.
- (vi) A más tardar en 2025, el 77 % en peso de los residuos de plásticos de un solo uso deben ser objeto de recogida separada para su reciclado, porcentaje que aumenta al 90 % para 2029.
- (vii) Los Estados miembros adoptarán medidas para incentivar un comportamiento responsable de los consumidores, a los que se informará sobre la disponibilidad de alternativas reutilizables, el impacto del vertido de basura dispersa y el impacto sobre el sistema de alcantarillado de la eliminación inadecuada de residuos.

El plazo de transposición de la Directiva finaliza el 3 de julio de 2021.

---

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

**[España]**

**Derechos de emisión. Exclusión.** *Real Decreto 317/2019, de 26 de abril, por el que se define la medida de mitigación equivalente a la participación en el régimen de comercio de derechos de emisión en el periodo 2021-2025 y se regulan determinados aspectos relacionados con la exclusión de instalaciones de bajas emisiones del régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (BOE de 30 de abril de 2019)*

El Real Decreto regula el régimen de exclusión de instalaciones de pequeño tamaño y de los hospitales del régimen de comercio de derechos de emisión y define la medida de mitigación equivalente a la participación en el régimen de comercio de derechos de emisión en el periodo 2021-2025. En este sentido, el Real Decreto considera como medida de mitigación equivalente la imposición de la obligación de reducir sus emisiones de dióxido de carbono equivalente en un 32 % en 2025 con respecto a las emisiones del año 2005.

Además, se impone la obligación de marcar también objetivos o compromisos anuales a lo largo del periodo de asignación 2021-2025 que permitan comprobar y asegurar periódicamente que las emisiones se encuentran en niveles que permitirán alcanzar el objetivo final en 2025.

**1 · JURISPRUDENCIA****[Unión Europea]**

**Los poseedores de residuos que pueden clasificarse con códigos espejo deben investigar las sustancias peligrosas que razonablemente puedan estar presentes para su clasificación y, en caso de que exista duda, clasificar el residuo como peligroso**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de marzo de 2019 (as. ac. C-487/17 a C-489-17)*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") responde a las cuestiones prejudiciales formuladas por el Tribunal Supremo de Casación de Italia sobre el artículo 4.2 y el anexo III de la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre (Directiva Marco sobre Residuos), en su versión dada por el Reglamento (UE) 1357/2014 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2014, y sobre el punto 2 de la rúbrica «Evaluación y clasificación» del anexo de la Decisión 2000/532/CE de la Comisión, de 3 de mayo de 2000, por la que se establece una lista de residuos, en su versión dada por la Decisión 2014/955/UE de la Comisión, de 18 de diciembre de 2014.

Las peticiones de decisión prejudicial se presentaron en tres procedimientos penales en los que se inculpaba a los acusados de delitos relacionados con el tratamiento de residuos peligrosos y su posible tráfico ilegal. Los inculpados (en su condición de gestores de vertederos, de sociedades de recogida y de producción de residuos, así como de sociedades encargadas de efectuar análisis químicos de los residuos, respectivamente) son acusados de tratar residuos con códigos espejo (i. e., residuos a los que pueden asignarse códigos correspondientes a residuos peligrosos o a no peligrosos) como residuos no peligrosos sobre la base de unos análisis químicos no exhaustivos.

El Tribunal remitente pregunta si el poseedor de un residuo que puede clasificarse con códigos espejo, pero cuya composición se desconoce, está obligado a determinar su composición e investigar si contiene sustancias peligrosas. En caso afirmativo, el Tribunal remitente plantea con qué grado de detalle debe determinarse la presencia de dichas sustancias y conforme a qué métodos. Por último, plantea si ante un caso de imposibilidad de determinar la presencia de sustancias peligrosas, el residuo debe clasificarse como peligroso.

El TJUE establece que el poseedor de un residuo que puede clasificarse con códigos espejo (i) está obligado a determinar la composición del residuo para su clasificación, para lo que puede utilizar, entre otros, los métodos de toma de muestras, análisis químicos y ensayos establecidos

en el Reglamento (CE) 440/2008 de la Comisión, de 30 de mayo de 2008, o cualquier otro método de toma de muestras, análisis químicos y ensayos reconocidos a nivel internacional; (ii) pese a no estar obligado a comprobar que no existe sustancia peligrosa alguna, debe investigar, sin embargo, las sustancias peligrosas de las que cabe razonablemente suponer que están presentes, sin disponer de facultad de apreciación alguna al respecto; y (iii) en caso de duda sobre la presencia de sustancias peligrosas en un residuo, o cuando resulte imposible determinar con certeza que no existen sustancias peligrosas en ese residuo, el residuo debe categorizarse como peligroso en aplicación del principio de cautela.

**Los Estados miembros no están obligados a optar por una solución de prevención y gestión de residuos específica. Eso sí, las previsiones para la creación de nuevas instalaciones de incineración de residuos deben someterse a la correspondiente evaluación ambiental de planes y programas**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2019 (cuestión prejudicial de interpretación) sobre las Directivas 2008/98/CE, relativa a los residuos, y 2001/42/CE, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente*

El TJUE resuelve dos cuestiones prejudiciales elevadas por un Tribunal italiano. En primer lugar, se plantea la duda sobre la compatibilidad de la normativa nacional objeto de impugnación, que calificaba las instalaciones de incineración de residuos como prioritarias, con la jerarquía de residuos establecida en el artículo 4 en conexión con el 13 de la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre (Directiva Marco sobre Residuos). En segundo lugar, se plantea si dicha normativa puede considerarse un plan o programa en el sentido de la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, y si, por tanto, requiere evaluación ambiental estratégica previa.

Con respecto a la primera cuestión, el TJUE declara que *“el principio de jerarquía de residuos debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que califica las instalaciones de incineración de residuos de «infraestructuras y establecimientos estratégicos de interés nacional preeminente», siempre que dicha normativa sea conforme con las disposiciones de la Directiva que establecen obligaciones más específicas”*. El razonamiento del TJUE se basa en que, aunque la eliminación de los residuos aparece en el último lugar de la jerarquía (después de prevención, preparación, reutilización, reciclado y otro tipo de valorización), esta jerarquía constituye un objetivo y deja margen de apreciación a los Estados miembros, a los que no obliga a optar por una solución de prevención y de gestión específica.

En cuanto a la segunda cuestión, el TJUE señala que una normativa nacional que aumenta la capacidad de las instalaciones de incineración de residuos existentes y prevé la creación de nuevas instalaciones de esta naturaleza está comprendida en el concepto de «planes y programas» cuando pueda tener repercusiones significativas sobre el medio ambiente y, en consecuencia, debe ser objeto de una evaluación medioambiental previa.

## [España]

**No haber respetado el trámite previo de evaluación de impacto ambiental supone la nulidad de la autorización de un proyecto para la captación de aguas**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede Valladolid) núm. 658/2019 de 25 de abril (Recurso núm. 981/2015)*

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (“TSJ”) conoce del recurso contencioso-administrativo interpuesto por un Ayuntamiento contra la Resolución de la Confederación Hidrográfica del Duero que otorga a Patrimonio Nacional una autorización especial para la captación de aguas superficiales, procedentes del río Eresma, con destino a uso recreativo.

El Ayuntamiento recurrente insta la anulación de la Resolución con base en que (i) los proyectos que la Resolución ejecuta requieren ser sometidos al procedimiento de evaluación de impacto ambiental o, en su defecto, al informe favorable de la Administración por tratarse de zonas incluidas dentro de la Red Natura 2000; (ii) no existen estudios sobre la incidencia sanitaria del trasvase por problemas de eutrofización del embalse; (iii) se produce una infracción de las normas de protección del Patrimonio Histórico Artístico ante la valía de la claridad de las aguas para los juegos de las Fuentes Monumentales del Real Sitio de San Ildefonso; y (iv) se infringe la

Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000 (Directiva Marco de Aguas) por incidir en el deterioro de una masa de agua superficial.

El TSJ reconoce que la Resolución tiene por objeto un proyecto relacionado con aguas superficiales que se encuentran en zonas incluidas dentro de la Red Natura 2000 (del LIC “Sierra de Guadarrama” y dentro de la ZEPa del mismo nombre), por lo que el proyecto está sujeto al Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos. Sin embargo, la Resolución se otorgó sin un previo análisis de los criterios contenidos en el anexo III de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos para decidir si ha de someterse o no el proyecto a evaluación de impacto ambiental, y su condicionado tampoco se considera suficiente para determinar la no necesidad de evaluación de impacto ambiental.

Por tanto, el TSJ estima el recurso y anula la Resolución por la inobservancia del trámite esencial de evaluación de impacto ambiental, sin entrar a examinar el resto de las alegaciones efectuadas.

**Las centrales térmicas de carbón acogidas al Plan Nacional Transitorio a 31 de diciembre de 2015 no están obligadas a cumplir los valores límite de emisión del Real Decreto 430/2004**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 139/2019 de 8 de marzo (Recurso núm. 4263/2017)*

La Sala resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Instituto Internacional de Derecho y Medio Ambiente frente a la Resolución del secretario general de Calidad y Evaluación Ambiental de la Consellería de Medio Ambiente e Ordenación do Territorio que modificaba la autorización ambiental integrada (AAI) otorgada a una central térmica de carbón (instalación industrial).

Los recurrentes basan su impugnación principalmente en que los valores límite de emisión (VLE) recogidos en la Resolución respecto al óxido de nitrógeno (NOx), dióxido de azufre (SO<sub>2</sub>) y partículas son contrarios al artículo 46.2 del Reglamento de Emisiones Industriales —aprobado por Real Decreto 815/2013, de 18 de octubre—. Señalan que los VLE recogidos en la AAI no se ajustan a lo previsto en la Directiva 2001/80/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2001, transpuesta mediante Real Decreto 430/2004, de 12 de marzo, por el que se establecen nuevas normas sobre limitación de emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes, independientemente de que la central térmica se hubiera acogido al Plan Nacional Transitorio (PNT) aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2016.

La parte demandada alega que, de conformidad con el Reglamento de Emisiones Industriales y el PNT, en las instalaciones acogidas al PNT (entre ellas, la central térmica) seguirán vigentes los VLE de sus respectivas AAI aplicables a 31 de diciembre de 2015. Esto será así en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2016 y el 30 de junio de 2020.

Para formar su criterio respecto de este motivo, la Sala ha tenido en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2018 que interpreta el alcance del PNT. Tomando como referencia esta sentencia, la Sala asume la validez y ejecutividad del PNT y entiende que, estando sometida la central al Plan Nacional de Reducción de Emisiones de Grandes Instalaciones de Combustión Existentes (PNRE-GIC), a fecha 31 de diciembre de 2015 debía cumplir sus especificaciones y no los VLE de los anexos del Real Decreto 430/2004. Por tanto, no resulta procedente anular la AAI recurrida en este extremo por cuanto los VLE previstos en ella no son contrarios al artículo 46 del Reglamento de Emisiones Industriales.

La Sala sí estima, en cambio, la alegación de la recurrente sobre la falta de conformidad de las medidas contenidas en la AAI para el control de la calidad del aire. La Sala considera que la cobertura mínima temporal del 14 % anual fijada en la Resolución recurrida ha de ajustarse a lo previsto en el anexo XII del Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del aire, que fija la cobertura mínima en un 60 % para la captación pasiva, o bien en un 33 % para métodos automáticos.

## MERCANTIL \*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

##### Organismos de inversión colectiva

*Reglamento (UE) 2019/1156 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por el que se facilita la distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva (DOUE de 12 de julio de 2019)*

Establece un conjunto de normas uniformes sobre la publicación de disposiciones nacionales relativas a los requisitos de comercialización de los organismos de inversión colectiva y sobre las comunicaciones publicitarias dirigidas a los inversores, así como los principios comunes en materia de tasas y cargas impuestas a los gestores de organismos de inversión colectiva en relación con sus actividades transfronterizas. Dispone asimismo la creación de una base de datos central sobre la comercialización transfronteriza de organismos de inversión colectiva.

##### Diretiva sobre insolvência e recuperação de empresas

*Diretiva (EU) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho (JOUE L 172/2019, publicado em 26 de junho)*

Foi aprovada a Diretiva (UE) 2019/1023 sobre os regimes de reestruturação preventiva, os processos conducentes ao perdão das dívidas contraídas por empresários e medidas destinadas à promoção da eficiência dos processos relativos à reestruturação, insolvência e ao perdão de dívida.

Encontram-se fora do âmbito de aplicação da diretiva as empresas de seguros ou de resseguros, as instituições de crédito, as empresas de investimento ou organismos de investimento coletivo, as contrapartes centrais, as centrais de valores mobiliários, algumas instituições financeiras, os organismos públicos. A diretiva também não se aplica às pessoas singulares que não sejam empresários, pese embora os Estados Membros possam estender-lhes a aplicação dos processos conducentes ao perdão de dívida.

A diretiva estabelece que os Estados Membros deverão instituir um regime de reestruturação preventiva que permita ao devedor evitar a insolvência, garantindo a sua viabilidade e, conseqüentemente, manter a sua atividade e proteger postos de trabalho. Este regime de reestruturação preventiva poderá ser constituído por um ou mais processos, podendo alguns dos quais ser de natureza extrajudicial. A intervenção de uma autoridade judicial ou administrativa poderá, nestes processos, ser limitada às circunstâncias em que a mesma seja proporcionada e necessária, desde que se encontrem salvaguardados os interesses de todas as partes afetadas ou interessadas.

Em regra, os regimes de reestruturação preventiva serão, salvo algumas exceções, iniciados pelo devedor. Os Estados Membros deverão assegurar que os devedores que adiram aos processos de reestruturação preventiva mantêm o controlo, no mínimo parcial, dos seus ativos e do exercício da sua atividade corrente, sendo a necessidade de nomeação judicial ou administrativa de uma entidade profissional para o efeito aferida casuisticamente.

Os Estados Membros deverão garantir que os devedores que recorram a este regime beneficiam de um período de suspensão das medidas de execução que deverá ter a duração máxima de quatro meses, suscetível de prorrogação, não podendo, em qualquer caso, o período de suspensão ultrapassar os 12 meses.

(\*) Esta sección ha sido elaborada por Ignacio Klingenberg, Ane Lamela y Luis Knörr, Joana Torres Ereio y Alexandre Pedral Sampaio del Grupo de Práctica de Derecho Mercantil de Uría Menéndez Madrid, (Bilbao y Lisboa).

No âmbito destes processos deverá ser sempre dada a possibilidade ao devedor de apresentar planos de reestruturação, podendo os Estados Membros prever a apresentação de planos de reestruturação por credores e profissionais no domínio da reestruturação nomeados no processo.

As partes não afetadas pelo plano não poderão participar na votação do mesmo, podendo os Estados Membros prever a exclusão do direito de voto de outros intervenientes taxativamente indicados na diretiva.

Os Estados membros asseguram que as partes afetadas são tratadas em categorias distintas, em função de interesses comuns, devendo, no mínimo, distinguir os credores garantidos dos credores não garantidos.

A aprovação do plano depende do voto favorável de uma maioria dos créditos, interesses ou partes afetadas em cada uma das referidas categorias, não podendo os Estados Membros sujeitar a aprovação do plano a uma maioria superior a 75% dentro de cada categoria.

Caso o plano não seja aprovado por todas as categorias votantes, o mesmo pode tornar-se vinculativo para as categorias discordantes desde seja confirmado por autoridade judicial ou administrativa, sob proposta ou com o acordo do devedor, e se verifiquem algumas condições, com destaque para as seguintes: (i) voto favorável de, pelo menos, uma das categorias votantes de partes afetadas ou, se o direito nacional assim o prever, de partes prejudicadas; e (ii) garantia de que as categorias discordantes recebem um tratamento tão ou mais favorável do que as restantes categorias do mesmo grau e mais favorável do que o de qualquer categoria de grau inferior. A propósito da condição (i), a diretiva admite que os Estados Membros possam exigir o voto favorável de mais do que uma das categorias votantes de partes afetadas ou prejudicadas.

Posto isto, diretiva não impõe, em geral, a confirmação do plano por autoridade judicial ou administrativa, salvo em determinados casos, como por exemplo planos que prevejam novos financiamentos ou que afetem partes discordantes, nos termos já referidos. No entanto, os Estados Membros deverão assegurar que as autoridades judiciais ou administrativas possam recusar-se a confirmar um plano de reestruturação caso este não apresente perspetivas razoáveis de evitar a insolvência do devedor ou de garantir a viabilidade da empresa.

Prevê-se a proteção dos financiamentos concedidos ao devedor, bem como de determinadas transações, desde que relacionados com a execução do plano, estabelecendo-se, entre outros, que os mesmos não possam ser declarados nulos, anuláveis ou insuscetíveis de execução com fundamento em prejuízo para o conjunto dos credores. É, ainda, estabelecido um elenco mínimo de obrigações que impendem sobre os administradores do devedor quando se verifique uma probabilidade de insolvência.

No que respeita ao perdão de dívidas e inibições, os Estados Membros devem assegurar o acesso aos empresários insolventes, pelo menos, a um processo tendente ao perdão total da dívida. Os Estados Membros devem estabelecer um período após o qual os empresários beneficiam de um perdão total das suas dívidas, nunca superior a três anos, contados, conforme o caso, desde a data da confirmação judicial ou administrativa do plano, da data de início da execução do plano, da data da decisão da autoridade judicial de abertura do processo ou da data de fixação da massa insolvente do empresário. Os Estados Membros devem garantir que as inibições que incidam sobre empresários insolventes que obtenham um perdão da totalidade da dívida, em virtude da sua situação de insolvência, cessem, o mais tardar no termo do prazo do perdão. Aos Estados Membros é conferida a possibilidade de restringir, limitar o acesso ao perdão de dívidas, ou sujeitá-lo a um período de inibição mais prolongado quando, de acordo com o direito nacional, o empresário insolvente tiver agido de forma desonesta ou de má-fé perante os credores ou outras partes interessadas.

O prazo de transposição termina a 17 de julho de 2021, podendo ser prorrogado pelo período máximo de um ano.

## [Espanña]

### Contratos de crédito inmobiliario

*Instrucción de 13 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y el reflejo del mismo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad, desde la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE de 14 de junio de 2019)*

Analiza y responde a tres cuestiones planteadas en torno a la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario:

- (i) la necesidad, o no, de que en cualquier escritura pública de préstamo hipotecario, así como en su inscripción registral, se controle y haga constar que se ha producido el previo depósito de las condiciones generales de la contratación empleadas en ella;
- (ii) la forma o contenido que debe tener ese depósito; y
- (iii) el tratamiento que debe darse al hecho de que en una cláusula contenida en el contrato de préstamo formalizado en escritura pública exista alguna diferencia con la cláusula que fue depositada en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

*- Instrucción de 14 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la firma de operaciones cuya comercialización, oferta y entrega al consumidor de la información se han desarrollado bajo la vigencia de la normativa anterior, formalizándose el préstamo tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE de 15 de junio de 2019)*

*- Resolución de 27 de junio de 2019, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre medidas de intervención de producto relativas a opciones binarias y contratos financieros por diferencias (BOE de 29 de junio de 2019)*

## [Portugal]

### Cobrança coerciva de custas, multas e sanções pecuniárias processuais

*Lei n.º 27/2019, de 28 de março (DR 62, Série I, de 28 de março de 2019)*

A Lei n.º 27/2019, de 28 de março, introduz um conjunto de alterações no regime das custas, multas e sanções pecuniárias processuais, com destaque para as seguintes:

- (i) A cobrança coerciva das custas, das multas (penais e não-penais) e das sanções pecuniárias fixadas na lei de processo passa a ser realizada pela administração tributária através do processo de execução fiscal.
- (ii) A reclamação da nota justificativa e discriminativa de custas de parte passa a estar sujeita ao depósito da totalidade do valor da nota.
- (iii) A parte vencedora deixa de ser obrigada a entregar ao Estado o remanescente da taxa de justiça, o qual é imputado à parte vencida e considerado na conta a final.

Foram alterados o CPPT, o Código de Processo Civil, o Regulamento das Custas Processuais, o CPP, o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, a Lei da Organização do Sistema Judiciário e ainda o Decreto-Lei n.º 303/98, de 7 de outubro.

### Registos Comerciais Nacionais e da União Europeia – Comunicação Eletrónica

*Decreto-Lei n.º 24/2019, de 1 de fevereiro (DR 23, Série I, de 1 de fevereiro de 2019)*

Este diploma consubstanciou a segunda fase de transposição da Diretiva n.º 2012/17/UE, a qual tem por finalidade melhorar o acesso à informação sobre as empresas num contexto transfronteiriço, permitindo o intercâmbio de informação entre os registos das sociedades e os registos



das sucursais abertas noutro Estado-Membro e que estas últimas tenham informações atualizadas. Deste modo:

- (i) Estabeleceu-se um sistema de comunicação eletrónica entre os registos dos Estados-Membros;
- (ii) Definiu-se o modo de transmissão da informação aos utilizadores individuais, de forma normalizada e através de conteúdo idêntico e de tecnologias interoperáveis em toda a UE – o “BRIS” (“*Business Register Interconnection System*”). Esta interoperabilidade será assegurada pelos serviços de registo dos Estados-Membros da UE, os quais estabelecem interfaces com a plataforma central europeia;
- (iii) A referida plataforma constitui um conjunto centralizado de instrumentos e serviços de tecnologia de informação, formando um interface comum a utilizar por todos os registos nacionais, fornecendo também serviços aos utilizadores individuais, através da criação de um interface com um portal europeu da justiça eletrónica, através do qual se pode aceder a documentos e informação constantes do registo comercial;
- (iv) Estipulou-se que a informação sobre sucursais deveria ser disponibilizada ao público através do sistema de interconexão de registos;
- (v) As notificações efetuadas pelo serviço de registo às sociedades que participam em processos de fusão transfronteiriça também deverão ser realizadas por meio do BRIS;
- (vi) Através do BRIS, foi previsto que fossem disponibilizadas aos Estados-Membros, de forma gratuita, determinadas informações relativas a sociedades comerciais de responsabilidade limitada, bem como a possibilidade de obter, por via eletrónica, cópias dos documentos e informações constantes do registo comercial relativas àquelas entidades, mediante o pagamento de uma taxa a fixar pelos Estados-Membros;
- (vii) Criou-se também o Identificador Único (“EUID”) para identificar de forma inequívoca as sociedades comerciais e as representações permanentes nas comunicações entre os registos dos Estados-Membros através do BRIS, estabelecendo-se também normas procedimentais para assegurar o funcionamento uniforme do sistema.
- (viii) Procedeu-se, de igual modo, à alteração do artigo 42.º do Código do Registo Comercial com vista a compatibilizá-lo com as alterações introduzidas ao regime da Informação Empresarial Simplificada (“IES”).

#### **Declaração Inicial do Beneficiário Efetivo - Nova Prorrogação do Prazo de Entrega**

*Portaria n.º 200/2019, de 28 de junho (DR 122, Série I, de 28 de junho de 2019)*

A presente Portaria veio prorrogar novamente o prazo para a submissão da declaração inicial para efeitos do Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo (“RCBE”) pelas entidades sujeitas ao mesmo e que já se encontravam constituídas em 1 de outubro de 2018. De acordo com esta Portaria, esta declaração pode ser efetuada nos seguintes prazos:

- (i) Até 31 de outubro de 2019 para as entidades sujeitas a registo comercial;
- (ii) Até 30 de novembro de 2019 para as demais entidades sujeita ao RCBE.

Finalmente, nos termos da referida Portaria, prevê-se ainda que todas as entidades obrigadas se encontram dispensadas da confirmação anual da informação sobre o beneficiário efetivo em 2020, incluindo as entidades que efetuaram a declaração em 2018, sem prejuízo da atualização da informação a que deva haver lugar.

#### **Lei de Execução do Regulamento Geral sobre Proteção de Dados**

*Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto (DR 151, Série I, de 8 de agosto de 2019)*

A Lei n.º 58/2019 (“Lei”), publicada no dia 8 de agosto de 2019, veio assegurar a execução do Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Importa esclarecer que a Lei não é uma norma de transposição do RGPD (em vigor desde 25 de maio

de 2018), tendo antes como finalidade assegurar a sua execução na ordem jurídica portuguesa, bem como harmonizar a legislação nacional com as disposições já vigentes do RGPD e detalhar a regulação da proteção de dados em diferentes matérias que, por um lado, não estão expressamente previstas no RGPD ou que, por outro lado, apesar de se encontrarem reguladas no RGPD, são tratadas com mais detalhe na Lei. A Lei vem, em especial e entre outras matérias, (i) clarificar que a Comissão Nacional de Proteção de Dados (“CNPD”) é a autoridade de controlo nacional para efeitos do RGPD e da própria Lei, definindo, adicionalmente, algumas das suas atribuições (além das previstas nos termos do RGPD); (ii) regular com mais detalhe o regime aplicável ao Encarregado de Proteção de Dados (“EPD”), densificando as funções do mesmo e fixando as condições subjacentes à obrigação de designação de um EPD para as entidades públicas; (iii) designar o IPAC - Instituto Português de Acreditação, I.P. como autoridade competente para a acreditação em matéria de proteção de dados; (iv) fixar em 13 anos a idade mínima para prestar o consentimento por menores de idade no âmbito da oferta direta de serviços da sociedade de informação; (v) estabelecer que o tratamento dos dados pessoais de pessoas falecidas está abrangido pela Lei quando se reportem a categorias especiais de dados pessoais ou à intimidade da vida privada, à imagem ou aos dados relativos às comunicações; (vi) clarificar que a portabilidade dos dados pessoais abrange apenas os dados fornecidos pelos respetivos titulares; (vii) estabelecer certos limites aos direitos de informação e acesso a dados pessoais, nomeadamente quando exista um dever de segredo que seja oponível ao próprio titular dos dados e (viii) densificar alguns dos critérios relativos aos prazos de conservação dos dados pessoais.

Para além disso, a Lei vem ainda regular determinadas situações específicas de tratamento de dados pessoais, algumas delas já previstas no RGPD, mas com grande margem de desenvolvimento e/ou adaptação pelos Estados Membros: é o caso, por exemplo, do tratamento de dados pessoais e o exercício da liberdade de expressão e informação, do acesso a documentos administrativos que contenham dados pessoais, da publicação de dados pessoais no âmbito da contratação pública e do tratamento de dados pessoais no contexto laboral. Noutros casos, trata-se de situações que não estão expressamente previstas no RGPD, como sucede com os tratamentos realizados com recurso a sistemas de videovigilância, e com a publicação de dados pessoais em jornais oficiais.

De forma a adaptar à legislação nacional o marco genérico do RGPD relativo à tipificação de sanções e o acentuado aumento dos montantes máximos das coimas previstas por infrações – que é um dos elementos mais questionados do RGPD –, a Lei (i) procede a uma extensa tipificação das condutas que constituem contraordenações; (ii) categoriza as condutas acima referidas em contraordenações muito graves ou graves, sendo-lhes aplicável uma moldura contraordenacional distinta; e (iii) tipifica determinadas condutas como infrações penais, alargando inclusive o rol de crimes anteriormente previstos na Lei n.º 67/98, de 26 de outubro. São ainda previstos novos critérios – para além dos já previstos no RGPD – para determinar a medida concreta da coima, bem como prazos de prescrição do procedimento de contraordenação e das próprias coimas, que são fixados, respetivamente em (i) três anos, quando se trate de procedimentos contraordenação muito grave ou coimas de montante superior a € 100 000; ou (ii) dois anos, quando se trate de procedimentos contraordenação grave e coimas de montante inferior a € 100 000. Por fim, cumpre referir que, usando de uma facultade permitida pelo RGPD, a Lei dispõe ainda que as entidades públicas, mediante pedido fundamentado à CNPD, podem solicitar a dispensa de aplicação de coimas durante o prazo de três anos a contar da entrada em vigor da Lei.

A Lei entrou em vigor a 9 de agosto de 2019.

**Decisão sobre a adequação do nível de proteção de dados pessoais assegurado pelo Japão no âmbito da lei relativa à proteção de informações pessoais**

*Decisão de Execução (UE) 2019/419 de 23 de janeiro de 2019 (JOUE L 76/2019, de 19 de março)*

Foi publicada, no passado dia 19 de março, a decisão de adequação da Comissão Europeia relativa à legitimidade das transferências de dados pessoais do Espaço Económico Europeu para o Japão, que passa a integrar a lista dos *white listed countries* (onde se contam, por exemplo, o Canadá, a Argentina, o Uruguai, a Suíça e a Nova Zelândia), o que significa que os fluxos transfronteiriços de dados pessoais para aquele território passam a poder ser realizados sem que seja necessária uma autorização específica para o efeito, nos termos e para os efeitos do Regulamento Geral de Proteção de Dados (“RGPD”).

O Japão passa assim a ser considerado um país que garante um nível de proteção essencialmente equivalente ao assegurado na União Europeia no que respeita à proteção dos dados pessoais.

**Regime Jurídico da  
Distribuição de  
Seguros e Resseguros**

*Lei n.º 7/2019, de 16 de janeiro (DR 11, Série I, de 16 de janeiro de 2019)*

A Lei n.º 7/2019, de 16 de janeiro (“Lei 7/2019”) procedeu à transposição da Diretiva (UE) n.º 2016/97 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de janeiro de 2016, que estabelece as normas relativas ao acesso à atividade de seguros ou de resseguros e ao seu exercício na União, à alteração da Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro, que aprova o regime jurídico de acesso e exercício da atividade seguradora e resseguradora bem como o regime processual aplicável aos crimes especiais do setor segurador e dos fundos de pensões e às contraordenações cujo processamento é da competência da ASF e, por fim, à revogação do Decreto-Lei n.º 144/2006, de 31 de julho, que estabelecia o regime jurídico de acesso à atividade de mediação de seguros ou resseguros.

A Lei 7/2019 aprovou o novo regime jurídico que regula as condições de acesso e de exercício da atividade da distribuição de seguros ou de resseguros.

A Lei 7/2019, no artigo 16.º, n.º 1, prevê que produza efeitos a partir de 1 de outubro de 2018.

Cabe referir que as disposições das normas regulamentares já emitidas pela ASF manter-se-ão em vigor, até serem substituídas, em tudo o que não contrariem o regime legal.

Mais se informa que foram estabelecidos regimes transitórios, entre os quais cabe destacar o prazo de conformação com o disposto na presente Lei 7/2019 em matéria de qualificação adequada, conferido até ao dia 23 de fevereiro de 2019: (i) aos mediadores de seguros ou de resseguros pessoas singulares na data de produção de efeitos da presente lei; (ii) aos membros do órgão de administração dos mediadores de seguros e resseguros responsáveis pela mediação de seguros identificados no registo na data de produção de efeitos da presente lei; e (iii) às pessoas diretamente envolvidas na atividade de distribuição de seguros ou de resseguros que exerçam atividade na data de produção de efeitos da presente lei.

**Atividades de  
Intermediação  
Financeira —  
Supervisão pela  
CMVM**

*Regulamento da CMVM n.º 12/2018 (DR 19, Série II, de 28 de janeiro de 2019)*

Através do presente regulamento, a CMVM vem alterar o Regulamento da CMVM n.º 2/2007, relativo ao exercício de atividades de intermediação financeira.

As principais alterações introduzidas pelo presente Regulamento respeitam ao registo para o exercício de atividades de intermediação financeira, ao relatório de controlo interno e ao dever de comunicação dos analistas financeiros, das pessoas coletivas que elaboram recomendações de investimento ou ainda à comunicação pelos intermediários financeiros dos colaboradores que exercem essa atividade.

O presente regulamento entrou em vigor a 29 de janeiro de 2019.

**Organismos de  
Investimento Coletivo  
— Supervisão pela  
CMVM**

*Regulamento da CMVM n.º 13/2018 (DR 19, Série II, de 28 de janeiro de 2019)*

Através do presente regulamento, a CMVM vem alterar o Regulamento da CMVM n.º 2/2015, relativo à atividade de gestão de organismos de investimento coletivo.

As alterações produzidas pelo presente regulamento visam a harmonizar a regulamentação da CMVM com o direito comunitário, em particular com o Regulamento (UE) n.º 1286/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, que regula os produtos de investimento de retalho e de produtos de investimento com base em seguros (“PRIIPs”) e com o Regulamento (UE) 2017/1131, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, que regula os organismos de investimento coletivo do mercado monetário.

O presente regulamento entrou em vigor a 29 de janeiro de 2019.

**Branqueamento de Capitais e Financiamento do Terrorismo - Modelo de reporte único**

*Instrução n.º 5/2019 do BdP (BO n.º 1/2019, 2.º Suplemento, 30 de janeiro de 2019)*

A Instrução n.º 5/2019, de 30 de janeiro de 2019, (“Instrução 5/2019”) veio definir os requisitos de informação a reportar periodicamente ao BdP, por entidades sujeitas à sua supervisão, em matéria de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo.

A presente Instrução 5/2019, define os elementos que deverão constar do Relatório de Prevenção do Branqueamento de Capitais e do Financiamento do Terrorismo (“RPB”) e estabelece que o RPB deverá ser remetido ao BdP através do sistema BPnet, mediante o preenchimento do correspondente formulário eletrónico, até 28 de fevereiro de cada ano, reportando-se ao período compreendido entre 1 de janeiro e 31 de fevereiro do ano anterior.

Importa referir que a Instrução 5/2019 estabelece a obrigação de as entidades financeiras comunicarem de imediato ao BdP, através de e-mail remetido para o endereço: das.saa@bportugal.pt, quaisquer alterações que ocorram relativamente aos seguintes elementos: (i) nome e endereço de correio eletrónico de membro do órgão de administração; (ii) elementos identificativos do responsável da função de *compliance* (v.g. nome, data de início de funções, entre outras.) e do responsável pelo cumprimentos normativo; (iii) nome, data de início de funções, contactos telefónicos e endereços de correio eletrónico dos responsáveis da função de auditoria.

Ao abrigo do disposto no n.º 1, do artigo 51.º do Aviso do BdP n.º 2/2018, de 26 de setembro de 2018 (“Aviso 2/2018”), a Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo (“Caixa Central”) é responsável pelo envio do RPB com informação agregada do Sistema Integrado do Crédito Agrícola Mútuo (“SICAM”). Pela presente Instrução 5/2019, é estabelecido o reporte desagregado pela Caixa Central, relativo a informação institucional, ações de formação, deficiências detetadas, entre outras, com individualização dos dados ou elementos relativos à Caixa Central e a cada uma das restantes Caixas de Crédito Agrícola (“CCAM”) que fazem parte do SICAM. Contudo, a obrigação de reporte desagregado não isenta as CCAM que fazem parte do SICAM de terem de remeter ao BdP o RPB em base individual, caso solicitado.

Quaisquer esclarecimentos ou pedidos de informação relativos à Instrução 5/2019 deverão remetidos através do sistema BPnet, e dirigidos à Área de Supervisão Preventiva do Branqueamento de Capitais e do Financiamento do Terrorismo do Departamento de Averiguação e Ação Sancionatória do BdP.

A Instrução 5/2019 entrou em vigor no dia 31 de janeiro de 2019, tendo sido definida uma disposição transitória ao abrigo da qual e nos termos do disposto no n.º 8, do artigo 78.º do Aviso 2/2018, as entidades financeiras deverão remeter, até ao dia 15 de abril de 2019, o RPB referente ao período de 1 de janeiro de 2018 a 31 de dezembro de 2018. Relativamente ao período compreendido entre 1 de junho de 2017 e 31 de dezembro de 2017, as mesmas entidades deverão proceder à descrição detalhada de toda a informação de natureza qualitativa que não seja coincidente com a informação a reportar para o ano civil de 2018 em conformidade com o disposto no Aviso 2/2018.

Mais se informa que a informação de natureza quantitativa referente ao período compreendido entre 1 de junho e 31 de dezembro 2017 deverá ser reportada através de ficheiro autónomo, de acordo com o modelo que será definido por Carta-Circular.

**Entidades gestoras de mercados, sistemas e serviços — supervisão pela CMVM**

*Regulamento da CMVM n.º 1/2019 (DR 50, Série II, de 12 de março de 2019)*

Através do presente regulamento, a CMVM vem alterar o Regulamento da CMVM n.º 4/2007, relativo às entidades gestoras de mercados, sistemas e serviços e o Regulamento da CMVM n.º 5/2007, relativo à compensação, contraparte central e liquidação.

As alterações produzidas pelo presente regulamento respeitam ao alargamento do âmbito de aplicação dos Regulamentos da CMVM n.os 4/2007 e 5/2007, à comunicação dos membros do órgão de administração e fiscalização das entidades gestoras de sistema de negociação multilateral ou organizado e à comunicação de detentores de participações qualificadas em entidades gestoras de sistemas de negociação multilateral e organizado.

Uma das alterações introduzidas pelo presente regulamento foi a eliminação do dever de os membros dos órgãos de administração e de fiscalização voltarem a submeter à CMVM novos elementos relativos à comunicação dos titulares dos órgãos mencionados cinco anos após o respetivo envio.

Outra das alterações introduzidas pelo presente regulamento vincula quem pretenda adquirir uma participação qualificada numa entidade gestora de sistema de negociação multilateral ou organizado, devendo remeter à CMVM os elementos previstos no Regulamento Delegado (UE) 2017/1946 da Comissão, de 11 de julho de 2017, que complementa as diretivas 2004/39/CE e 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, respetivamente de 21 de abril de 2004 e de 15 de maio de 2014, no que se refere a normas técnicas de regulamentação para uma lista exaustiva das informações a incluir pelos adquirentes potenciais na notificação de uma proposta de aquisição de uma participação qualificada numa empresa de investimento.

**Sociedades de Investimento Mobiliário para Fomento da Economia — regulação interna e reporte à CMVM**

*Regulamento da CMVM n.º 2/2019 (DR 59, Série II, de 25 de março de 2019)*

Através do presente regulamento, a CMVM vem desenvolver o regime jurídico das sociedades de investimento mobiliário para fomento da economia ("SIMFE"), previsto no Decreto-Lei n.º 77/2017, de 30 de junho ("Decreto-Lei n.º 77/2017") concretizando o conteúdo do regulamento interno das SIMFE e o reporte de informação destas sociedades à CMVM.

A publicação do presente regulamento resulta da aprovação do Decreto-Lei n.º 77/2017, que consagrou um conjunto de medidas de dinamização do mercado de capitais com o intuito de diversificar as fontes de financiamento das empresas.

O Regulamento n.º 2/2019 entrou em vigor em 26 de março de 2019.

**Cessão de créditos em massa**

*Decreto-Lei n.º 42/2019, de 28 de março (DR 62, Série I, de 28 de março de 2019)*

O Decreto-Lei n.º 42/2019, de 28 de março de 2018 ("DL 42/2019"), surgiu na sequência da aprovação do programa capitalizar aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 42/2016, de 18 de agosto de 2016, e criou o regime simplificado da cessão de créditos em massa.

O presente DL 42/2019 visa melhorar os processos e os procedimentos relacionados com a cessão de créditos em massa nos quais atuem como cessionário uma das seguintes entidades: (i) instituições de créditos; (ii) sociedades financeiras; ou (iii) sociedades de titularização de créditos (as "Entidades").

Ao abrigo do presente regime simplificado, para que uma cessão de créditos seja qualificada como uma cessão de créditos em massa, terão de estar verificadas as seguintes condições:

- (i) Cessionário - uma das Entidades;
- (ii) Preço de alienação global dos créditos - igual ou superior a €50.000; e
- (iii) Composição da carteira - no mínimo 50 créditos diferentes.

Mais informamos que a simplificação do regime, consiste, essencialmente, no seguinte:

- (iv) Diminuição dos requisitos formais - é dispensada a celebração da cessão de créditos em massa por escritura pública, bastando para o efeito a celebração por documento particular.
- (v) Habilitação legal do cessionário - sempre que os créditos sejam cedidos ao abrigo deste novo regime, a habilitação em todos os processos em que estejam em causa os créditos objeto da cessão será efetuada através da junção ao processo de cópia do contrato de cessão, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 356.º do CPC; e
- (vi) Concentração de registos - os registos necessários para efeitos da cessão de créditos em massa são realizados de forma centralizada, em processo unitário e expedito, mediante uma única apresentação e têm carácter urgente.

O presente DL 42/2019 entrará em vigor no dia 1 de julho de 2019.

**Formato para a divulgação de fatores de risco em prospectos — ESMA**

*Orientações da ESMA de 29 de março de 2019*

A ESMA publicou as orientações finais sobre a revisão, pelas autoridades nacionais competentes, dos fatores de risco de um prospecto, no âmbito do Regulamento (EU) 2017/1129 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, relativo ao prospecto a publicar em caso de oferta de valores mobiliários ao público ou da sua admissão à negociação num mercado regulamentado.

As orientações foram publicadas a 29 de março de 2019.

**Financiamento colaborativo e criptoativos — CMVM**

*Perguntas e respostas da CMVM sobre financiamento colaborativo e criptoativos de 30 de abril de 2019*

A CMVM publicou, a 30 de abril de 2019, as perguntas e respostas destinadas a esclarecer os investidores e as entidades que atuam ou pretendem atuar no mercado, sobre criptoativos e financiamento colaborativo (*crowdfunding*).

A CMVM procura, no caso do *crowdfunding*, esclarecer os investidores quanto às tipologias de financiamento colaborativo existentes e as que estão no âmbito de supervisão da CMVM, qual a informação obrigatória a disponibilizar pelas entidades gestoras de plataformas de *crowdfunding* e quais os limites de investimento e, entre outros aspetos, os riscos envolvidos.

Nas perguntas e respostas destinadas às atuais e potenciais entidades gestoras, a CMVM procura clarificar também, entre outros aspetos, o âmbito dos seus deveres quanto à possibilidade dos titulares de participações não qualificadas poderem investir nas ofertas que disponibilizam nas próprias plataformas, e quanto à possibilidade de publicarem ofertas de projetos localizados em outras jurisdições.

Por fim, no que respeita aos criptoativos, as presentes perguntas e respostas pretendem prestar informações acerca do investimento em ativos digitais encriptados, designadamente o que se entende por *initial coin offerings* (ICOs), em que circunstâncias é que estão sujeitas à legislação portuguesa, quais os requisitos legais para a constituição de uma plataforma de negociação de criptoativos, quais os principais riscos associados ao investimento neste tipo de ativos e quais os cuidados que os investidores devem ter antes de investirem.

**Conflitos de interesses — fundos europeus de capital de risco**

*Regulamento Delegado (UE) 2019/820, de 4 de fevereiro (JOUE, L 134/2019, de 22 de maio)*

O Regulamento Delegado (UE) 2019/820, da Comissão, de 4 de fevereiro, complementa o Regulamento (UE) n.º 345/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril, no que se refere aos conflitos de interesses no domínio dos fundos europeus de capital de risco ("Regulamento Delegado 2019/820").

O Regulamento Delegado 2019/820 define tipos de conflitos de interesses para efeitos do artigo 9.º, n.º 2 do Regulamento (EU) n.º 345/2013, o estabelecimento e aplicação de uma política de conflitos de interesses pelo gestor de um fundo de capital de risco qualificado, os procedimentos e medidas a adotar para prevenir, gerir e acompanhar os conflitos de interesses, bem como as medidas a tomar em sede de gestão das consequências dos conflitos de interesses. Adicionalmente, o Regulamento Delegado 2019/820 estabelece a implementação de estratégias para o exercício dos direitos de voto de modo a evitar conflitos de interesses e ainda o dever de divulgação dos conflitos de interesses.

O Regulamento Delegado 2019/820 entrou em vigor no dia 11 de junho de 2019 e é aplicável a partir de 11 de dezembro de 2019.

**Titularização - autorização para avaliar a conformidade com os critérios STS**

*Regulamento Delegado (UE) 2019/885, de 5 de fevereiro (JOUE L 142/2019, 29 de maio)*

O Regulamento Delegado (UE) 2019/885, da Comissão, de 5 de fevereiro de 2019 ("Regulamento Delegado 2019/885"), complementou o Regulamento (UE) 2017/2402, do Parlamento Europeu e do Conselho, no que diz respeito às normas técnicas de regulamentação que especificam as informações a prestar às autoridades competentes por terceiros que solicitem autori-

zação para avaliar a conformidade com os critérios aplicáveis a uma titularização simples, transparente e padronizada (“STS”).

Em particular, o Regulamento Delegado 2019/885 vem concretizar a informação que deve ser prestada relativamente aos seguintes aspetos:

- (i) Identificação do terceiro;
- (ii) Composição do órgão de administração e da estrutura organizacional;
- (iii) Governo das sociedades;
- (iv) Independência e prevenção de conflitos de interesses;
- (v) Estrutura de taxas;
- (vi) Salvaguardas operacionais e processos internos para a avaliação da conformidade com os critérios STS; e
- (vii) Formato do pedido.

O Regulamento 2019/885 entra em vigor no dia 18 de junho de 2019.

### Titularização de Créditos

*Lei n.º 69/2019, de 28 de agosto (DR 164, Série I, de 28 de agosto de 2019)*

A Lei n.º 69/2019, de 28 de agosto (“Lei 69/2019”), vem promover a execução do Regulamento (UE) 2017/2402, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2017 (“Regulamento 2017/2402”), que estabelece um regime geral para a titularização de créditos (“Titularização Não STS”) e cria um regime específico para a titularização simples, transparente e padronizada (“Titularização STS”).

Os diferentes regimes têm como objetivo separar os produtos mais complexos, aos quais está associado um maior nível de risco, das operações de maior simplicidade e transparência, que passam a ser abrangidas pela categoria de Titularização STS. Para além da titularização tradicional, prevê-se também a titularização sintética, mediante a transferência de fluxos financeiros, dos direitos e obrigações ou de riscos, associados a um conjunto de créditos, por intermédio de derivados de crédito ou garantias e sem a consequente cessão dos mesmos.

A Lei 69/2019 regula ainda, entre outros: (i) os intervenientes na titularização; (ii) os riscos e créditos suscetíveis de Titularização Não STS; (iii) as entidades de supervisão competentes; e (iv) o regime contraordenacional aplicável.

A Lei 69/2019 entrou em vigor no dia 29 de agosto de 2019.

## 2. JURISPRUDENCIA

### [Espanña]

### Modificación y ampliación de préstamo hipotecario

*Resolución de 9 de mayo de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 1 de junio de 2019)*

La cuestión se plantea en relación con un préstamo hipotecario. El prestatario, el prestamista y el hipotecante no deudor habían acordado, en una nueva escritura, su intención de sustituir la finca gravada por una hipoteca, perteneciente al hipotecante no deudor, por otra finca, perteneciente al propio prestatario, y habiendo otorgado expresamente para ello la cancelación de la hipoteca inscrita y la constitución de hipoteca sobre la nueva finca.

La registradora considera que no puede decirse, como se hace en la escritura, que “*en cuanto no resulte modificada por la presente, conserva su vigencia en todas partes la escritura de préstamo con garantía hipotecaria reseñada en el expositivo primero que los comparecientes declaran*

*conocer y a la que se remiten en todos sus extremos".* Añade la registradora que no es posible la inscripción del negocio jurídico de modificación objetiva de una hipoteca existente, de modo que se mantenga la misma garantía con todas sus consecuencias jurídicas, en especial el rango.

La DGRN afirma que el supuesto de sustitución de la finca gravada no constituye un supuesto de novación modificativa, sino extintiva. Ello implica la cancelación de la hipoteca primitiva y la necesidad de constituir una nueva hipoteca, aunque sus cláusulas puedan pactarse por referencia a una escritura anterior. A juicio de la DGRN, de ello se derivan una serie de consecuencias prácticas: (i) debe acreditarse previamente la cancelación de la hipoteca primitiva; (ii) a la nueva escritura deberá incorporarse o acompañarse la primitiva escritura de constitución de hipoteca, para la debida constancia en la nueva inscripción de todas las cláusulas financieras, vencimiento anticipado, constitución del derecho real y los pactos de ejecución hipotecaria (salvo el tipo de subasta y el certificado de tasación, que deben ser nuevos); y (iii) el rango de la nueva hipoteca será el que resulte de aplicar las normas hipotecarias.

No obstante, la DGRN constata que en el presente supuesto no se lleva a cabo una simple modificación objetiva de la hipoteca inscrita. La notaria autorizante, después de expresar en la parte expositiva de la escritura cuál es la voluntad de las partes contratantes, procede a autorizar expresamente la cancelación de la hipoteca inscrita y la constitución de nueva hipoteca sobre otra finca. A la luz de lo anterior, la DGRN estima el recurso y revoca la nota de calificación de la registradora.

#### Modificación de estatutos. Régimen de transmisión de participaciones sociales

*Resolución de 9 de mayo de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 1 de junio de 2019)*

En el presente caso se elevan a público los acuerdos adoptados por la junta universal de una sociedad limitada. En virtud de ellos, se modifican los estatutos sociales, de modo que, notificado a la sociedad el inicio o apertura de un procedimiento administrativo o judicial de embargo de las participaciones sociales frente a cualquiera de los socios, que pudiera desembocar en un procedimiento de ejecución forzosa, la sociedad, a través del órgano de administración, podrá adquirir la totalidad de las participaciones embargadas, debiendo ejercitar este derecho de adquisición preferente en un plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación a la sociedad del procedimiento de embargo. Si la sociedad no ejercita este derecho, todos los socios podrán adquirir las participaciones embargadas, en un máximo de veinte días. Se añade que, en todos los casos anteriores, *"el precio de la transmisión se corresponderá con el valor razonable de las participaciones, entendiéndose por valor razonable el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta"*.

Adicionalmente, en los estatutos calificados negativamente, se establece que será causa de exclusión de la sociedad el inicio de un procedimiento administrativo o judicial que acuerde el embargo de las participaciones de cualquier socio, y la sociedad deberá proceder *"a amortizar las participaciones sociales del socio afectado por la exclusión, cuya valoración a efectos de su contraprestación corresponderá con el valor razonable de las participaciones afectadas, entendiéndose por valor razonable el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta"*.

El registrador resuelve no practicar la inscripción en cuanto al precio de la transmisión por no adecuarse, a su juicio, a lo regulado en el artículo 109.3 de la Ley de Sociedades de Capital, donde el precio en caso de transmisión forzosa viene predeterminado.

En relación con la transmisión voluntaria de participaciones *inter vivos*, la DGRN recuerda la doctrina de su Resolución de 15 de noviembre de 2016. En este sentido, el centro directivo afirma que dicho régimen de transmisión voluntaria solo queda sujeto a los límites derivados de las leyes y principios configuradores del tipo social elegido, así como a las limitaciones específicas del artículo 108 de la Ley de Sociedades de Capital. Entre estas últimas —señala el centro directivo— no hay ninguna que prohíba pactar como precio o valor de las participaciones objeto de un derecho de adquisición preferente el valor contable que resulte del último balance aprobado por la junta general.

Por otro lado, sostiene la DGRN que el régimen del artículo 109 de la Ley de Sociedades de Capital no impide que, con base en el principio de autonomía de la voluntad, puedan establecerse en



estatutos sistemas alternativos como el del presente caso, que, en caso de inicio de un procedimiento de embargo (por tanto, en una fase anterior a la suspensión del remate o adjudicación del artículo 109 de la Ley de Sociedades de Capital), atribuye a la sociedad y a los socios el derecho de adquirir las participaciones por su valor razonable, y con el añadido de una previsión que permite, en defecto de ejercicio de tal derecho de adquisición, que la junta general pueda adoptar el acuerdo de excluir al socio afectado por el inicio de ese procedimiento de embargo.

Añade el centro directivo que una previsión estatutaria como la de este supuesto, que establece el derecho de la sociedad y de los socios a evitar el ingreso de nuevos miembros mediante el abono del valor de las participaciones, (i) contribuye a definir el contenido jurídico de la posición social representada por aquellas; y (ii) no resulta incompatible con las normas procedimentales, de carácter subordinado. Por ello, concluye el centro directivo que, ejercitado el derecho de adquisición o excluido el socio cuyas participaciones están afectadas por el inicio de un procedimiento de embargo, el precio de la transmisión o la cuota de liquidación del socio excluido sustituye a las participaciones sociales cuyo embargo se pretendía iniciar.

En consecuencia, la DGRN estima el recurso y revoca la calificación del registrador.

**Ejercicio unilateral de opción de compra** *Resolución de 14 de mayo de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 7 de junio de 2019)*

Se plantea si es inscribible una escritura de compraventa de finca a favor de dos entidades mercantiles en ejercicio unilateral de una opción de compra inscrita. La registradora suspende la inscripción por haber observado tres defectos: (i) no expresarse la proporción en que los compradores adquieren el dominio de la finca; (ii) no acreditarse el pago o la comunicación al ayuntamiento a efectos de la liquidación del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana; y (iii) no ajustarse el ejercicio unilateral del derecho de opción a los requisitos pactados e inscritos, en concreto en cuanto al pago del precio y a la notificación al concedente de la opción. Solo se recurren el primero y el tercero.

En cuanto al primer defecto, la DGRN revoca la calificación de la registradora. En la inscripción registral consta que el derecho de opción corresponde a los dos titulares registrales por mitades e iguales partes indivisas; en la escritura de ejercicio del derecho de opción se manifiesta que dicho ejercicio se realiza en la forma pactada en la escritura de concesión del derecho de opción, por lo que —señala el centro directivo— debe entenderse que se adquiere por mitades e iguales partes indivisas.

Respecto del tercer defecto, la DGRN recuerda que se ha admitido la inscribibilidad y eficacia del pacto de ejercicio unilateral de la opción sin necesidad de la intervención del concedente. No obstante, tal innecesidad de consentimiento requiere el exacto cumplimiento por el optante de los requisitos que consten inscritos.

La DGRN constata que en el presente caso no concurren los requisitos para el ejercicio unilateral de la opción:

- (i) En la escritura de ejercicio de la opción se señala que parte del precio (31.000 €) había sido satisfecho previamente como prima de la opción. En ningún momento se estipuló —constata la DGRN— que la prima para la concesión de la opción se entendería como un pago a cuenta del precio de la compraventa; además, aun en el caso de que así se hubiese pactado, debería acreditarse el pago de esos 31.000 €.

Adicionalmente, el pago del resto del precio (esto es, 114.471,73 €) fue retenido por el comprador, con efectos solutorios, para proceder a la liquidación y pago del préstamo con hipoteca que grava la finca. Señala la DGRN que no puede quedar al arbitrio de una de las partes la decisión acerca de cuál es el saldo pendiente de tal préstamo. En este sentido, defiende el centro directivo que dicho saldo pendiente debe acreditarse por comparecencia de un representante de la entidad acreedora o mediante certificado del saldo deudor expedido por persona con facultades para ello.

- (ii) No han sido realizadas al concedente las notificaciones previstas por las partes, que habían dispuesto que la opción de compra se ejercitaría “bien mediante notificación feh-

*ciente dirigida a la parte concedente, dentro del plazo, en la que se fijará por la parte optante día, hora y notaría para autorizar la escritura de compraventa”, o bien unilateralmente por los optantes, en el supuesto en que el concedente no atendiese a tal notificación o, por cualquier otro motivo, no firmase la escritura de compraventa en ejercicio de la opción, debiendo acompañarse a la correspondiente escritura acta de notificación o requerimiento, con lo que se daría cumplimiento, en este segundo caso, a todos los requisitos establecidos respecto del ejercicio unilateral de la opción.*

Confirma la DGRN el criterio de la registradora, puesto que las notificaciones no llegaron a ser entregadas a su destinatario: (i) la primera de ellas, realizada por burofax, no fue entregada, aunque se dejó aviso; y (ii) la segunda, realizada por carta certificada con acuse de recibo, fue devuelta por el motivo “desconocido/a”, todo ello sin que constaran nuevos intentos. Adicionalmente, la notificación previa al ejercicio de la opción no se realizó en el domicilio designado por la concedente en la escritura de concesión de la opción de compra.

En consecuencia, la DGRN estima el recurso en cuanto al primer defecto y confirma la calificación registral en cuanto al tercero.

#### **Certificado de tasación**

*Resolución de 20 de mayo de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 10 de junio de 2019)*

Se plantea si es posible reflejar en el Registro de la Propiedad un tipo para la subasta de la finca hipotecada cuando el certificado de tasación en que se basa se encuentra caducado según los términos que constan en él. Además, se trata de una hipoteca unilateral a favor de la Agencia Estatal de Administración Tributaria para la seguridad de determinadas deudas tributarias.

A este respecto, recuerda la DGRN el apartado 1 del artículo 62 de la Orden ECO/805/2003, de 27 marzo, que establece que “*la fecha de emisión de un informe o certificado de tasación no podrá ser posterior en más de dos meses a la fecha en que se haya efectuado la última inspección ocular del bien valorado*», y su apartado 4 que señala que «*los informes y certificados caducarán, necesariamente, a los seis meses contados desde la fecha en que haya sido emitido el informe*”.

A la luz de lo anterior, la DGRN sostiene que no pueden acceder al Registro tasaciones que tengan su base en certificados caducados, y señala que dicha caducidad debe computarse atendiendo a la naturaleza del procedimiento hipotecario. En este sentido, debe ser considerado como *dies ad quem* la fecha del correspondiente documento público presentado a inscripción, pues es la única que puede acreditar fehacientemente que el certificado de tasación ha sido utilizado dentro del plazo de vigencia. Con todo, matiza el centro directivo que, al tratarse de una hipoteca a favor de un organismo público, si se acreditara con algún certificado oficial que el expediente con esa tasación se ha aprobado antes de la caducidad del certificado, podría entenderse que no ha caducado.

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

#### **Depósito de cuentas anuales**

*Resolución de 13 de junio de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 9 de julio de 2019)*

Debe decidirse si es o no fundada la negativa del registrador a practicar el depósito de cuentas de una sociedad porque, a su juicio, debe aportarse certificación del acuerdo de la junta general con las circunstancias exigidas en el artículo 112 del Reglamento del Registro Mercantil. El recurrente alega que la sociedad se encuentra en concurso de acreedores (según consta en el Registro Mercantil) y se ha abierto la fase de liquidación, habiendo quedado suspendidas las facultades del administrador de la sociedad, por lo que, *ex* artículo 46 de la Ley Concursal, la formulación de las cuentas anuales corresponde a los administradores concursales.

La DGRN realiza las siguientes afirmaciones:

- (i) Aunque tradicionalmente haya sido objeto de debate, una vez abierta la fase de liquidación sigue subsistiendo la obligación de auditar las cuentas, dado que la sociedad en

liquidación conserva su personalidad jurídica (en tanto no se haya procedido al reparto del activo sobrante y, una vez extinguida, a la cancelación de sus asientos en el Registro).

- (ii) También ha suscitado debate doctrinal la cuestión relativa a la subsistencia de la obligación de que las cuentas anuales tengan que ser aprobadas por la junta general durante la fase de liquidación concursal.

Si, conforme al artículo 46.3 de la Ley Concursal, los administradores concursales deben formular y someter a auditoría las cuentas anuales, ha de entenderse que estas deberán ser aprobadas por la junta general (artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital). La misma conclusión resultaría, asimismo, de lo dispuesto en los artículos 371.3 y 388.2 de la misma Ley, así como de la Resolución del ICAC de 18 de octubre de 2013.

A la luz de lo anterior, el centro directivo desestima el recurso y confirma la nota de calificación.

**Elevación a público de acuerdos sociales** *Resolución de 19 de junio de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 17 de julio de 2019)*

Se debe determinar si son inscribibles los acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad anónima por los que, con la finalidad de restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad, disminuido como consecuencia de pérdidas, se reduce el capital social (132.220 €) en la cantidad de 128.133,20 €, lo que da como resultado un capital social de 4.086,80 €, y se transforma la compañía en sociedad de responsabilidad limitada.

El registrador deniega la inscripción solicitada porque, según el balance, la sociedad tiene un patrimonio neto negativo (-172.249,01 €) y, por tanto, inferior a la cifra del capital social. Ello estaría en contradicción con la manifestación hecha en las escrituras de que el patrimonio neto cubre el capital social, sin que sea admisible la creación de participaciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial.

El recurrente alega que el registrador no está considerando como parte integrante de los fondos propios o patrimonio neto préstamos participativos por importe de 250.000 € que se detallan en la escritura y que fueron verificados por la entidad auditora, por lo que resultaría un patrimonio neto positivo (77.750,99 €).

Debe tenerse en cuenta, según la DGRN, que, *ex* artículo 20, apartado uno, letra d) del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (modificado en este punto por la disposición adicional tercera de la Ley 16/2007, de 4 de julio), "los préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil". A juicio de la DGRN, dicha norma, aunque referida a la reducción de capital social y la disolución obligatorias por pérdidas, debe aplicarse por identidad de razón al supuesto de transformación social como consecuencia de la reducción del capital social por pérdidas.

En consecuencia, se estima el recurso y se revoca la calificación impugnada.

### [Portugal]

**Inconstitucionalidade: declaração de insolvência com base no parecer do administrador judicial provisório e com oposição do devedor** *Acórdão n.º 675/2018 – TC (DR 16, Série I, de 23 de janeiro de 2019)*

O TC foi chamado a apreciar a constitucionalidade da norma do n.º 4 do artigo 17.º-G do CIRE, interpretada no sentido de «o parecer do administrador judicial provisório que conclua pela situação de insolvência equivaler, por força do disposto no artigo 28º – ainda que com as necessárias adaptações –, à apresentação à insolvência por parte do devedor, quando este discorde da sua situação de insolvência».

No entender do TC, esta norma, ao fazer equivaler o requerimento de insolvência formulado pelo administrador judicial provisório à apresentação à insolvência pelo próprio devedor, implica uma restrição desproporcionada, à luz do n.º 2, do artigo 18.º, da CRP, dos direitos do deve-

dor no processo de insolvência, nomeadamente o direito de defesa, o direito ao contraditório e o direito a um processo equitativo, consagrados nos n.ºs 1 e 4, do artigo 20.º, da CRP.

Com efeito, esta norma impede o devedor de se pronunciar, perante o tribunal, sobre o parecer emitido pelo administrador judicial provisório após a conclusão do processo especial de revitalização e sobre a sua alegada situação de insolvência, sendo certo que a celeridade processual que esta norma visa promover não justifica a desconsideração completa do direito de defesa e do direito ao contraditório do devedor.

Assim sendo, o TC decidiu declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma do n.º 4, do artigo 17.º-G, do CIRE «quando interpretada no sentido de o parecer do administrador judicial provisório que conclua pela situação de insolvência equivaler, por força do disposto no artigo 28.º ainda que com as necessárias adaptações, à apresentação à insolvência por parte do devedor, quando este discorde da sua situação de insolvência, por violação do artigo 20.º, números 1 e 4, conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.».

**Processo  
contraordenacional:  
conhecimento de  
questões novas em  
sede de recurso**

*Acórdão de 2 de julho de 2019 (Processo n.º 13/17.3T8PTB.G1-A.S1) - STJ*

No Acórdão em apreço, o STJ veio pronunciar-se sobre a questão de saber se, em matéria contraordenacional, o tribunal da Relação pode conhecer de questões que não foram apreciadas pelo tribunal de 1.ª instância porque não foram suscitadas na impugnação judicial da decisão da autoridade administrativa.

Na sua fundamentação, o STJ começou por lançar mão do artigo 410.º, n.º 2, do CPP, nos termos do qual o tribunal de recurso pode conhecer de questões de que podia conhecer o Tribunal de 1.ª instância, desde que alegadas no requerimento de interposição de recurso. Adicionalmente, teve em conta o disposto no artigo 74.º, n.º 4, do RGCO, nomeadamente que em direito contraordenacional se segue a tramitação do recurso em processo penal, com especificidades.

Ademais, o STJ deu especial enfoque ao artigo 75.º, n.º 2, alínea a), do RGCO, que estabelece que o tribunal de recurso pode alterar a decisão do tribunal recorrido sem qualquer vinculação aos termos e sentido da decisão recorrida, tendo apenas como limite o princípio da *reformatio in pejus*. Com base nesta norma, o STJ concluiu que, em sede de processo contraordenacional, o tribunal de recurso podia conhecer de qualquer questão de direito relacionada com o objeto do processo, desde que alegada em sede de recurso, podendo, por conseguinte, conhecer de “questões novas”, diversamente do que sucede em processo penal.

**Insolvência: direito de  
retenção do  
promitente-  
comprador e conceito  
de consumidor**

*Acórdão n.º 4/2019 do STJ (DR 141, Série I, 25 de julho de 2019)*

Através do acórdão n.º 4/2014, o STJ uniformizou jurisprudência no sentido de que, em caso de insolvência do promitente-vendedor, o promitente-comprador que tivesse obtido a tradição da coisa apenas beneficiaria de direito de retenção caso revestisse a qualidade de “consumidor”.

Nesta sequência, o Acórdão n.º 4/2019 vem uniformizar a jurisprudência sobre a noção de “consumidor”.

O STJ optou por uma conceção restritiva, apenas qualificando como “consumidor” (e, por conseguinte, beneficiário do direito de retenção no quadro da insolvência do promitente-vendedor) o promitente-comprador que destinasse o bem a um fim particular. Em contraponto, os promitentes-compradores que destinassem o bem a um fim profissional, a revenda ou a locação, não são considerados “consumidores” (e, portanto, não beneficiam de direito de retenção em caso de insolvência do promitente-vendedor).

Em síntese, o STJ uniformizou a seguinte jurisprudência: “[n]a graduação de créditos em insolvência, apenas tem a qualidade de consumidor, para os efeitos do disposto no Acórdão n.º 4 de 2014 do Supremo Tribunal, o promitente-comprador que destina o imóvel, objeto de *traditio*, a uso particular, ou seja, não o compra para revenda nem o afeta a uma atividade profissional ou lucrativa”.

**Direito de Regresso Sobre o Coavalista – Ressaque de Letra****Acórdão de 24 de janeiro de 2019 (Processo n.º 336/17.1T8PTL.G1) - TRG**

No acórdão em apreço, procedeu-se à revogação da sentença proferida pelo tribunal *a quo*. Na situação dos autos, o recorrente e exequente, na qualidade de coavalista de livrança subscrita por uma sociedade por quotas e em virtude de ter procedido ao pagamento do valor integral da obrigação titulada pela mesma, demandou outro coavalista da mesma obrigação (executado), com vista a exercer o seu direito de regresso. Neste sentido, o exequente lançou mão do ressaque de letra sacada à vista contra os coavalistas, faculdade prevista no artigo 52.º da LULL.

O Tribunal de primeira instância indeferiu o requerimento executivo e determinou a extinção da execução, invocando que a letra dada a execução não constituiria título executivo por o executado não a ter aceite e por se entender que entre avalistas cambiários não existiria direito de ação cambiária, sendo a obrigação regulada pelo direito comum.

Perfilhando um entendimento diverso, o TRG afirmou existir direito de regresso ao avalista que pagou a dívida titulada pela livrança relativamente aos outros coavalistas do mesmo subscritor avalizado, quanto à importância que pagou a mais, através da aplicação ao caso das regras da solidariedade passiva (artigos 515.º e 524.º do CC) depois de excutidos todos os bens do devedor (artigo 650.º, n.º 3 do CC), e salvo acordo em contrário dos coavalistas.

Tendo em conta que, nas relações dos coavalistas entre si não há o nexo cambiário existente na letra original entre o sacado e os avalistas, uma vez que a relação obrigacional entre eles existente seria regulada pelo direito comum, o direito de regresso entre coavalistas não pode ser exercido através de ação executiva com base na letra ou livrança (original) avalizada, por esta não possuir a virtualidade de título executivo para o efeito. No entanto, o TRG reconheceu, ainda assim, que o direito de regresso do coavalista sobre os demais coavalistas não tinha de ser objeto de ação declarativa prévia à interposição de ação executiva, porque o recorrente e exequente, enquanto coavalista que pagou o valor do título, poderia exercer o referido direito de regresso contra os demais avalistas sacando uma nova letra à vista (ressaque) nos termos do disposto no artigo 52.º da LULL. Tal letra sacada à vista por avalista pagante sobre os restantes coavalistas não pagantes constitui um título executivo (diferente do original, que tinha sido uma livrança) para os efeitos do artigo 703.º, n.º 1, alínea d) do CPC.

Esta decisão de adequação, a primeira desde que o RGPD se tornou aplicável, não tem um prazo de vigência mas está sujeita a revisão periódica por parte da Comissão Europeia, no mínimo de quatro em quatro anos.

**Prazo de conservação de gravações de chamadas - Instituições bancárias****Acórdão de 21 de março de 2019 (Processo n.º 02/12.4BCPRT0220/17) - STA**

No acórdão em apreço estava em causa aferir qual a interpretação a dar ao disposto no artigo 40.º do CCom em conjugação com os artigos 214.º, n.º 1, 420.º, n.º 1, al. c), 421.º, n.º 1, al. a), 423.º-F, al. c), 441.º, al. f), todos do CSC, e 11.º, n.ºs 1 e 2, do DL n.º 158/2009 de 13 de julho.

A ação de anulação de ato administrativo foi intentada no TCAN por uma instituição bancária ("Autor"), que pretendia obter a concessão de autorização pela CNPD ("Ré") para conservação dos dados (gravação de contactos telefónicos com a finalidade de prova das transações comerciais e quaisquer outras comunicações respeitantes à relação contratual) dos seus clientes pelo período de 10 anos e não apenas por 7 anos como lhe foi deferido na deliberação impugnada.

Com efeito, o Autor apresentou por diversas vezes, desde 2006, requerimentos à Ré informando-a de que iria proceder à gravação dos contactos telefónicos com os seus clientes, que para tal dessem a sua autorização, no contexto da subscrição de produtos financeiros, indicando que conservaria esses dados pelo período de 10 anos. Após encetar vários contactos com a Ré, só cinco anos depois, em 2011, é que a Ré se pronunciou quanto aos pedidos do Autor, tendo na decisão proferida fixado o prazo de conservação de 7 anos.

O TCAN decidiu julgar improcedente a ação, absolvendo a Ré do pedido.

Inconformado com a decisão, o Autor interpôs recurso para o STA que, interpretando os normativos aplicáveis, decidiu que se devem entender como abrangidas pela previsão do referido art. 40.º do CCom as gravações de chamadas realizadas pelas instituições bancárias no âmbito

da atividade bancária e no contacto/relação daquelas com os seus clientes e dos atuais suportes físicos onde tais registos constam. Ademais, sublinhou o STA que é igualmente importante ter em conta aquilo que *“caracterizava e caracteriza as relações bancárias, marcadamente duradouras, como relações de negócio nas quais emergem prestações permanentes contínuas e sucessivas, e, bem assim, as exigências de prova que se colocam no quadro do tempo previsto para o exercício e efetivação de direitos dos sujeitos ou partes envolvidas e do tempo de preparação e decisão dos eventuais processos judiciais onde os litígios que venham a surgir são dirimidos”*. Deste modo, decidiu o STA que o prazo de conservação a considerar para as chamadas gravadas, entre instituições bancárias e os seus clientes, no quadro do seu relacionamento contratual, não poderia ser inferior a 10 anos, tal como solicitado pelo Autor.

Em virtude do exposto, decidiu o STA conceder provimento ao recurso revogando o acórdão recorrido, julgando em consequência procedente a ação administrativa especial, anulando a deliberação impugnada e condenando a Ré a praticar novo ato em substituição do ora anulado, deferindo o pedido de autorização pelo prazo peticionado pelo Autor.

#### **Extensão da Perda de Benefício do Prazo – Fiança**

##### *Acórdão de 11 de julho de 2019 (Processo n.º 819/15.8T8SNT-B.L1-6) - TRL*

No acórdão em apreço, o TRL veio pronunciar-se sobre a possibilidade de extensão ao fiador da perda do benefício do prazo por parte do devedor principal, em especial sobre a questão de saber se a renúncia expressa ao benefício da excussão prévia por parte do fiador corresponde *per se* e também à renúncia ao benefício do prazo pelo mesmo.

A este respeito, e embora a fiança tenha o conteúdo de obrigação principal e deva cobrir as consequências legais e contratuais da mora ou culpa do devedor principal (cfr. artigo 634.º do CC), a perda do benefício do prazo por parte do devedor principal não é, à partida e automaticamente extensível ao fiador (cfr. 782.º do CC). Tratando-se, porém, de uma norma de natureza supletiva, esta regra poderá ser afastada pelas partes.

Ora, a credora da obrigação principal (“Recorrente”) veio alegar que, uma vez que as partes teriam afastado expressamente o benefício do prazo ao abrigo do princípio da liberdade contratual – uma vez que a fiadora, ao assumir-se como principal devedora, deixou de ter qualquer obrigação meramente subsidiária, assumindo-se, a par da devedora original, como devedora principal da obrigação contraída junto dos credores originários –, poderia a Recorrente considerar vencidas todas as obrigações devidas e, consequentemente, interpelar também a fiadora (“Recorrida”) para o pagamento da quantia total em dívida.

No acórdão em apreço, o TRL destacou, contrariamente ao defendido pela Recorrida, que a renúncia ao benefício da excussão tem apenas como consequência o afastamento da regra da subsidiariedade (traduzida no direito que assiste ao fiador de, nada sendo estipulado em contrário, recusar o cumprimento enquanto não estiverem excutidos todos os bens do devedor principal), em nada se relacionando com o benefício do prazo, já que a perda deste não se estende aos coobrigados do devedor nem a terceiro que garanta a obrigação, conforme decorre do *supra* citado artigo 782.º do CC. À luz do exposto, o TRL entendeu que, para interpelar o fiador, o credor terá de esperar pelo vencimento da obrigação, não podendo fazer-se valer da renúncia ao benefício do prazo feita pelo devedor original nem podendo equiparar-se a esta a renúncia ao benefício da excussão prévia pelo fiador. Ainda no mesmo sentido, o TRL sublinhou que não poderão ser extensíveis ao fiador modificações de prazo com as quais este não contava, nem poderia razoavelmente contar, pois este não pode ser responsável para além da medida do risco que assumiu.

Atendendo ao exposto, o TRL veio, por fim, confirmar, quanto a esta matéria, o decidido pelo tribunal *a quo*, considerando que *“A expressa renúncia ao benefício de excussão por parte do fiador não equivale e/ou conduz ao afastamento por vontade das partes do regime previsto no art.º 782º, do CC, não correspondendo de todo à renúncia ao benefício do prazo”*. No entanto, o TRL acabou por revogar parcialmente a decisão recorrida – que havia julgado procedente a oposição à execução e, em consequência, extinguido esta última no que concerne à Recorrida –, determinando o prosseguimento da execução pela quantia correspondente às prestações já vencidas e pelo devedor original não pagas, bem como dos juros moratórios vencidos a partir da data do seu não pagamento.

## PROCESAL CIVIL \*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

La Unión Europea establece un nuevo marco legal para la reestructuración preventiva de deudas y pronta detección de potenciales situaciones de insolvencia que favorece a los empresarios de buena fe

*Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (DOUE de 26 de junio de 2019)*

El 26 de junio de 2019 se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* la Directiva 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, que entra en vigor a los veinte días de su publicación.

El objetivo de la Directiva 2019/1023, como destaca su preámbulo, es garantizar (i) el acceso a marcos normativos efectivos que permitan a las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras continuar su actividad; (ii) el derecho a la segunda oportunidad; y (iii) una mayor eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, reduciendo su duración.

Entre las medidas adoptadas por la Directiva 2019/1023 para conseguir estos fines se encuentran las siguientes:

- (i) Herramientas de alerta temprana y acceso a información con el propósito de agilizar la detección de posibles situaciones de insolvencia que permita la adopción de medidas a tiempo.
- (ii) Marcos de reestructuración preventiva para deudores en riesgo inminente de insolvencia.
- (iii) Suspensión de las ejecuciones singulares, con el propósito de favorecer las negociaciones en el seno de un plan de reestructuración.
- (iv) Implantación de un procedimiento no superior a tres años para la exoneración de deudas en determinados supuestos.

La Directiva 2019/1023 establece el día 17 de julio de 2021 como fecha límite para su transposición por los Estados miembros, si bien se contemplan plazos más amplios para transponer las medidas referentes a la utilización de medios electrónicos de comunicación.

(\*) Esta sección ha sido coordinada por Eduardo Trigo Sierra y Laura Salas Gómez, y en su elaboración han participado Sonia Borges Fernández, Guillermo García Berdejo, Miguel Ángel Cepero Aránguez, Adrián Jareño Torrente, Mandy Goyos Ball, Alba Solano Avelino, Francisco José Caamaño Rodríguez, Núria Rodríguez, Natalia Cadarso Díaz, Marcos Aurelio Rodrigo Henfling, Mariana de la Rosa Riera, Ane Santiso García, Linda Guerra Henríquez, Eduardo Soria Salvo, Jorge Azagra Malo, Xuan Wu Zhou, David García Martín, Miguel Moratinos López, Laura Lozano García, Ana Belén Ruiz Ruiz, Kevin Kumar Rohira Abad y Carla Bravo Gil de Antuñano, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona y Bilbao).

## 1 · JURISPRUDENCIA

La renta vitalicia consecuencia de conmutar la cuota legal usufructuaria puede ser objeto de revisión mediante la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, pero la simple disminución de ingresos de los herederos no comporta que tal riesgo deba ser compartido por la viuda

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de abril de 2019*

La Sala Primera, que ya ha admitido de forma reiterada la posibilidad de revisar la renta vitalicia pese a su naturaleza de contrato aleatorio, consideró que, con la conmutación de la cuota legal usufructuaria y la asignación de una renta vitalicia, la afección real de los bienes de la herencia se transforma en una obligación personal.

El Alto Tribunal casó la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, que había reducido la cuantía de la pensión en un 25 %, y recordó su doctrina de que la crisis financiera es un suceso que ocurre en el círculo de las actividades empresariales, sin que pueda ser considerada como imprevisible o inevitable. De esta forma se limita una aplicación generalizada y automática de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Finalmente, la Sala de lo Civil recuerda que el hecho de que la empresa familiar —de la que percibían sus ingresos los herederos— hubiera visto reducidos sus beneficios no comportaba que tal riesgo tuviera que ser compartido por la viuda, de la misma manera que los beneficios empresariales no le hubieran dado derecho a exigir un aumento de la cuantía de su renta.

El Tribunal Supremo considera válido un régimen contractual pactado de garantía pignoraticia que se activa con la apreciación del incumplimiento contractual por una de las partes

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de mayo de 2019*

Dos entidades suministradoras de carbón ejercitaron una acción de incumplimiento contractual de las cláusulas de activación de garantías de seis contratos de suministro de ese material. A su vez, la demandada ejercitó acción de resolución contractual ante la merma, en términos cuantitativos, del carbón almacenado.

En los referidos contratos de suministro, la demandada había afianzado el cumplimiento de las obligaciones de entrega y almacenamiento del carbón con una promesa de garantía pignoraticia sobre una serie de ayudas estatales y derechos de crédito. La garantía se activaría en el caso de acaecimiento de un incumplimiento relevante —incumplimientos de cantidad y calidad del carbón almacenado superiores a 250.000 euros—. En cuatro de los seis contratos la concurrencia o no de la causa de incumplimiento quedaba al arbitrio de un experto independiente. En los restantes, la cláusula de garantía omitía la referencia a la obligación de nombramiento de un experto.

Sin perjuicio de que los tribunales de instancia consideraron acreditada la existencia de una merma del carbón almacenado de entidad significativa para entender resueltos los contratos, entendieron también que la demandada había actuado de manera unilateral, infringiendo el artículo 1256 del Código Civil, al activar la garantía pignoraticia con base en sus propios informes y auditorías y, por tanto, sin mediar un previo pronunciamiento de incumplimiento por la autoridad judicial o arbitral competente.

El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por la demandada, en el sentido de no declarar incumplida la cláusula de activación de garantías en aquellos contratos de suministro que no contenían cláusula de nombramiento de experto. El Alto Tribunal mantuvo que, de una interpretación literal de esos contratos, se desprendía que era "*suficiente que las propias inspecciones y auditorías de la compradora, a las que expresamente estaba autorizada Hulle- ras, fueran las que determinasen la merma producida en el carbón previamente almacenado*".

El Tribunal Supremo sienta doctrina jurisprudencial sobre la solución aplicable a los daños en los bienes causados con motivo de una colisión recíproca de vehículos a motor en la que no se ha determinado el grado de culpa de cada conductor

*Sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 27 de mayo de 2019*

El supuesto de hecho de la sentencia es el siguiente: el 25 de diciembre de 2010 tiene lugar una colisión frontal entre dos vehículos —un taxi y una ambulancia del Servicio de Urgencia Médica de la Comunidad de Madrid— en la intersección de dos calles. El propietario del taxi y su aseguradora formulan demanda contra el conductor de la ambulancia, la entidad propietaria de ese vehículo y su aseguradora, en reclamación de los daños y perjuicios producidos con motivo de la colisión. La indemnización reclamada comprendía tanto los costes de reparación del taxi como el lucro cesante derivado del tiempo en el que ese vehículo estuvo inoperativo.

La sentencia de primera instancia, que concluyó que los demandados no habían acreditado haber actuado con "*plena diligencia*" y que ante las "*versiones contradictorias*" mantenidas por



ambas partes no existía prueba que corroborase ninguna de ellas, estima parcialmente la demanda y condena a los codemandados a indemnizar solidariamente al propietario del taxi, por el tiempo de paralización del vehículo, en un importe inferior al reclamado y con los intereses del artículo 20 de la Ley del Contrato del Seguro, y a la aseguradora del taxi, por los costes de reparación del vehículo.

La Audiencia Provincial de Madrid revocó la sentencia de instancia y desestimó la demanda. Para la Sala, estando ante un supuesto de culpa extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, no podía presumirse la existencia de nexo de causalidad, cuya prueba correspondía a la parte demandante. Ninguna de las partes había logrado acreditar la fase semafórica en la que se encontraba cada vehículo al momento de la colisión. Tampoco había resultado probado que, al momento de la colisión, la ambulancia circulara con los dispositivos de luz y de sonido encendidos. Además, los dos vehículos implicados en la colisión habían sufrido daños. Por todo ello, la Audiencia Provincial concluyó que ni había resultado acreditada la conducta que se reprochaba a la parte demandada ni, en consecuencia, la causalidad entre los daños producidos y tal conducta.

El Tribunal Supremo, en su sentencia, comienza distinguiendo los daños en las personas y los daños en los bienes que eventualmente pueden producirse en el ámbito de la circulación de vehículos a motor y el régimen de responsabilidad civil aplicable a cada uno de ellos.

En cuanto a los daños en las personas, el Tribunal Supremo indica que el régimen de responsabilidad civil aplicable *"se funda en su origen en principios de solidaridad con las víctimas de los accidentes de tráfico más que en los principios tradicionales de la responsabilidad civil extracontractual"*. Ello implica que la indemnización de los daños a las personas solo queda excluida por culpa exclusiva de la víctima o por fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo. En última instancia, conlleva la aplicación de la doctrina de las *"condenas cruzadas"*.

Sin embargo, tratándose de daños en los bienes, el Alto Tribunal indica que no es de aplicación el principio anterior, sino el de *"la culpa o negligencia del conductor causante del daño"*, como resultado de la remisión que el artículo 1.1 LRCSCVM hace al artículo 1902 del Código Civil.

En este sentido, el Tribunal Supremo expone que, cuando ninguno de los conductores logra probar su falta de culpa o negligencia en la causación del daño al otro vehículo, en principio, cabrían tres posibles soluciones: (i) que cada conductor indemnice íntegramente los daños causados en el otro vehículo; (ii) que las culpas se neutralicen de modo que ningún conductor deba indemnizar los daños causados en el otro vehículo; o (iii) que cada uno asuma la indemnización de los daños en el otro vehículo al 50 %.

Para el Pleno, la tercera solución es *"la más coherente con la efectividad de la cobertura de los daños en los bienes por el seguro obligatorio de vehículos a motor"*, pues cualquiera de las otras alternativas podría privar por completo de indemnización al propietario del vehículo cuyo conductor no hubiera sido el causante de la colisión, pero no hubiera podido acreditar su falta de culpa; e, igualmente, podría dar lugar a que, por no existir prueba al respecto, se indemnizase por completo al propietario del vehículo cuyo conductor fuera el causante del accidente.

Por ello, considerando que *"al ser lo más probable que fuese uno de los conductores quien no respetó la fase roja del semáforo de la calle por la que circulaba"*, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto, estima en parte el recurso de apelación y revoca la sentencia de primera instancia para reducir al 50 % las indemnizaciones concedidas a favor de los demandantes, sustituyendo también los intereses del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro por el interés legal desde la interposición de la demanda.

**Eficacia del legado de acciones para adquirir la condición de socio de una empresa familiar. La ineficacia de los legados comporta la falta del derecho de asistencia a la junta general y, por ende, la falta de legitimación para impugnar los acuerdos sociales adoptados en la junta celebrada sin la asistencia de los pretendidos legatarios**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de junio de 2019*

El fundador de una empresa familiar era titular de la totalidad del capital social hasta el momento de su fallecimiento. En su testamento, además de constituir otros legados, dejaba a un hermano y a un sobrino, por partes iguales, sus acciones de la sociedad. En el propio testamento se disponía quiénes serían los herederos universales del remanente de los bienes (una vez satisfechos los legados) y se nombraba a un albacea contador-partidor con facultades muy amplias, que incluían la de entregar los legados y la llamada cláusula de cautela Socini.

Con posterioridad al otorgamiento del testamento, el testador fue incapacitado y se nombró como tutor a otro de sus sobrinos, quien más adelante devendría en legatario de las acciones al portador como consecuencia del fallecimiento de su padre (hermano del testador). El tutor, ejercitando los derechos políticos de las acciones que el tutelado tenía en la sociedad, celebró dos juntas de accionistas: en la primera, se nombró a sí mismo administrador único; en la segunda, aprobó una ampliación de capital social por importe de 37 millones de euros, con emisión de nuevas acciones al portador. Con ello, se incorporaba al legado el resto del patrimonio del incapacitado y, de facto, se dejaba sin contenido la institución de heredero.

Fallecido el testador, los herederos celebraron una nueva junta de accionistas en la que, por una parte, cesaron al tutor como administrador de la sociedad, nombrando a uno de los herederos y, por otra, acordaron dejar sin efecto los acuerdos adoptados en las juntas universales celebradas con anterioridad. Tras ello, se desencadenaron una serie de procesos judiciales.

La disputa objeto de esta sentencia versa sobre la impugnación, por parte de los legatarios, de los acuerdos sociales adoptados en esta última junta de accionistas. La demanda se formuló frente a la sociedad familiar y contra el administrador único. La impugnación se fundaba en la existencia de graves defectos de constitución de la junta en la medida en que no fueron convocados los legatarios. Todo ello con arreglo a los artículos 882 y siguientes del Código Civil, que disponen que son los legatarios quienes pasan a ostentar la condición de socios en cuanto a que adquieren la propiedad de la cosa objeto del legado desde el fallecimiento del testador.

El Alto Tribunal, tras realizar un análisis de la jurisprudencia existente sobre el efecto directo del legado de cosa cierta, concluye que los legados de acciones habrían devenido ineficaces en otro procedimiento judicial como consecuencia de la cláusula de la cautela Socini que había sido dispuesta por el testador en su testamento. De acuerdo con esa doctrina, el legado de acciones habría dejado de tener la condición de legado de cosa específica y determinada, y, por tanto, no se habría adquirido la propiedad de las acciones desde el fallecimiento del fundador de la compañía. Por todo ello, rechaza la acción de impugnación de los acuerdos sociales adoptados en la junta celebrada sin la presencia de los legatarios.

**La Sala Primera del Tribunal Supremo se pronuncia sobre los límites jurisprudenciales aplicables a la facultad moderadora que el artículo 1154 del Código Civil otorga a los tribunales**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de junio de 2019*

En el supuesto de autos, la Sala Primera del Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por una mercantil frente a la sentencia de apelación que, confirmando la dictada en primera instancia, moderaba *ex artículo 1154 del Código Civil* una cláusula penal del siguiente tenor: *"Para el supuesto de que el titular del establecimiento reseñado en el expositivo II incumpliese cualquiera de las obligaciones contraídas en el contrato y, en especial, las referidas al plazo establecido [...] satisfará en concepto de expresa cláusula penal una cantidad equivalente al producto de multiplicar la recaudación media mensual habida desde el momento en que entró en vigor el contrato hasta el momento en que se denuncie por esta parte el incumplimiento del mismo, por el número de meses que queden pendientes hasta el vencimiento del plazo contractual"*.

La *ratio decidendi* de la sentencia recurrida radicaba, en esencia, en que, a la vista del desequilibrio que la cláusula penal generaba entre las partes y que había sido redactada en exclusivo beneficio de una de ellas, se hacía necesario moderar la indemnización prevista a fin de evitar un posible enriquecimiento injusto.

El Tribunal Supremo, sin embargo, no comparte las conclusiones alcanzadas por la Audiencia Provincial, que las entiende contrarias a la doctrina de la Sala en relación con la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil. Y ello con base en los siguientes argumentos:

La moderación procede exclusivamente, como es doctrina reiterada, cuando se cumple en parte o de forma irregular la obligación para cuyo incumplimiento total se hubiere establecido la cláusula penal, no así para aquellos otros supuestos en los que se produce exactamente la infracción para la que dicha cláusula se previó. No se trata, por tanto, de rebajar una indemnización por considerarla excesiva, sino de interpretar si el incumplimiento producido es el mismo que aquel en el que pensaron las partes al pactar la pena.

Esta cuestión es, sin embargo, diferente del general sometimiento de las cláusulas penales a los límites de la autonomía privada que el artículo 1255 del Código Civil establece. Así, siendo claro que nuestro ordenamiento permite las cláusulas con función coercitiva, sancionadora o punitiva, y no meramente resarcitoria, también lo es la posibilidad de que estas sean consideradas contrarias a la moral o al orden público si las penas que prevén exceden extraordinariamente de los daños y perjuicios que del incumplimiento contemplado en la cláusula penal pudieran derivarse. Se admite en estos casos una reducción judicial de la cláusula que ninguna relación guarda con la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil y que, por tanto, no se opone a la antedicha doctrina.

Por todo ello, el Tribunal Supremo concluyó que no procedía indemnización alguna, toda vez que el incumplimiento producido en el supuesto de referencia era exactamente el previsto en la cláusula penal y, además, la indemnización no podía ser tenida como una penalidad desproporcionada al no haberse fijado a tanto alzado, sino en atención al tiempo que restara de cumplimiento del contrato.

**Sin perjuicio de la eventual falta de información precontractual, la acreditación de una formación financiera suficiente del firmante del contrato de permuta financiera descarta la existencia de error**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de junio de 2019*

Mediante esta sentencia, la Sala Primera del Tribunal Supremo reitera la doctrina según la cual la falta de información precontractual no determina por sí misma la existencia de error vicio en el consentimiento, sino que únicamente permite presumirlo, presunción que se puede destruir mediante la demostración en contrario de que el cliente tenía conocimientos suficientes para no padecer el error.

La Sala desestimó el recurso de casación interpuesto por una sociedad anónima frente a una entidad financiera al entender que, pese a la falta de constancia de información precontractual, sí que se acredita una formación financiera suficiente del firmante del contrato de permuta financiera que descarta la existencia de error en la contratación. El Tribunal Supremo alcanza esta conclusión porque en el test de conveniencia figura que la empresa demandante tiene dirección financiera y el firmante del contrato es también administrador de una sociedad de asesoramiento financiero de empresas.

En definitiva, el Tribunal Supremo señala la importancia que, para determinar si existió error en el consentimiento, tienen los conocimientos financieros que el cliente pueda atesorar por razón de su profesión o actividad a pesar de que no conste acreditada la existencia de información precontractual.

**La entidad financiera que intermedia una compra de acciones en el mercado carece de legitimación pasiva para soportar una eventual acción de nulidad de esa compraventa de acciones**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 27 de junio de 2019*

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, reunida en pleno, ha examinado por primera vez la cuestión de si, tras la compra de unas acciones en bolsa, en la que actúa como intermediaria la propia entidad emisora, esta tiene legitimación pasiva en una acción de nulidad del contrato de compra por error vicio del consentimiento.

El Tribunal Supremo establece que la compraventa de títulos en los mercados secundarios oficiales presenta características propias que la distinguen de las reguladas en el Código Civil. Se trata de un negocio por el que uno o varios intermediarios se obligan a realizar por orden de otro (el vendedor) las actuaciones necesarias para que los valores o instrumentos financieros existentes en el patrimonio de este se transmitan al comprador a cambio del pago de un precio.

Junto con las tradicionales partes del contrato de compraventa (vendedor y comprador), la normativa específica del mercado de valores exige la intervención necesaria de un comisionista bursátil y de una entidad de contrapartida central y de una entidad de liquidación. Pero

ello no quiere decir que estas entidades sean, a efectos obligacionales, parte en el contrato de compraventa. Por tanto, frente al ejercicio (por el comprador) de una acción de anulabilidad de esa compra de acciones, la legitimación pasiva únicamente corresponde al vendedor, no a quien ha actuado como intermediario o comisionista en nombre ajeno (en el caso de autos, Bankia).

El Pleno de la Sala Primera se aparta en esta sentencia de la doctrina que había establecido en relación con productos financieros complejos (donde sí había flexibilizado este criterio para extender la legitimación pasiva también a la entidad financiera comercializadora) y, desestimando el recurso de casación interpuesto frente a Bankia, concluye que esta habría tenido legitimación pasiva si se hubiera instado la nulidad del contrato de comisión existente entre ella y el cliente, pero no en el de adquisición de las acciones.

Finalmente, el Tribunal Supremo también advierte de que no cabe confundir los regímenes de nulidad y responsabilidad, y que, aun cuando se considerase que la entidad hubiera incurrido en un defectuoso asesoramiento o que debía responder por la inexactitud del folleto, ello no supondría su legitimación pasiva para soportar la acción de anulabilidad, sino, en su caso, de una acción de daños y perjuicios (no ejercitada en el asunto objeto de resolución).

**Cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual basada en que la sociedad demandada habría trasladado a los socios demandantes una información falsa sobre la situación económica de las cooperativas**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, de 1 de julio de 2019*

Con fecha 26 de noviembre de 2015, 958 socios de Fagor Electrodomésticos y Edesa interpusieron demanda de procedimiento ordinario frente a Mondragón Sociedad Civil. Se trata de una de las demandas con mayor número de acciones acumuladas del País Vasco.

La demanda se sustentaba en que Mondragón Sociedad Civil habría incurrido en responsabilidad extracontractual (art. 1902 del Código Civil) y, como tal, debería resarcirles de los daños y perjuicios que su actuación antijurídica les habría generado. La demanda se basaba en que la corporación —con dolo y en su propio interés— habría trasladado a los demandantes, a partir del año 2011, una información falsa, alterada o inexacta sobre la situación económica de Fagor Electrodomésticos y Edesa, con la garantía de que iba a acudir siempre en su “rescate” (conducta antijurídica). Por ese motivo los demandantes habrían decidido no reclamar a Fagor Electrodomésticos y Edesa durante los años 2011 a 2013 las aportaciones, préstamos y participaciones no recuperadas, que finalmente perderían en el concurso de acreedores de las cooperativas (daño resarcible y nexo causal).

La sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Bergara, desestimó íntegramente la demanda, acogiendo la excepción de prescripción extintiva de la acción ejercitada: los actores habían planteado su demanda en noviembre de 2015, cuando ya se había superado sobradamente el plazo anual de prescripción establecido en el artículo 1968.2 del Código Civil. El Juzgado concluyó que la materialización de su supuesto daño (la inefectividad de los créditos de los demandantes en los concursos de Fagor Electrodomésticos y Edesa) se puso de manifiesto en diversas ocasiones durante los primeros meses del año 2014 (a través de los informes provisionales de la administración concursal de Fagor Electrodomésticos y Edesa de abril y junio de 2014, y de la adjudicación del grueso de los activos de ambas cooperativas a Cata el 19 de julio de 2014) y no se produjeron los actos interruptivos de la prescripción (art. 1973 del Código Civil), motivo por el que la acción había prescrito.

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. El Pleno de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa confirmó íntegramente la decisión del Juzgado, ratificando la prescripción de la acción ejercitada en la demanda. La Sala identifica hasta tres momentos temporales en los que los socios demandantes pudieron conocer el daño reclamado y, por tanto, ejercitar sus acciones de responsabilidad extracontractual: el momento de la solicitud del concurso de acreedores (noviembre de 2013), el momento de presentación de los informes provisionales de la administración concursal (4 de abril —Edesa— y 5 de junio de 2014 —Fagor Electrodomésticos—) o el momento de la venta a Cata de los principales activos de Fagor Electrodomésticos y de Edesa (29 de julio de 2014).

**Concurzal. Juicio de suficiencia del registrador de la propiedad para la inscripción de una escritura de venta directa de un activo de una sociedad en concurso de acreedores**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de junio de 2019*

La Sala Primera declara que el registrador de la propiedad puede controlar que la venta directa de bienes de la concursada cuente con una resolución judicial que la autorice, ya sea expresa para esa venta, ya sea la autorización general de aprobación del plan de liquidación. El Alto Tribunal precisa que este control afecta exclusivamente a la constatación de que existe la autorización judicial de venta, pero no al cumplimiento de otros requisitos o condiciones que pudieran haberse previsto en el plan de liquidación y que presupongan una valoración jurídica que no le corresponde.

El caso enjuiciado analiza, en el marco de la fase de liquidación de un concurso de acreedores, la venta por parte de la administración concursal a un tercero de uno de los activos de la concursada y la inscripción de la correspondiente escritura pública de compraventa en el Registro de la Propiedad. En ese caso, el registrador de la propiedad formuló calificación negativa de la inscripción por considerar que, al no haberse acompañado el testimonio del plan de liquidación, no podía verificar que la venta hubiera cumplido con las exigencias previstas en el referido plan. Frente a dicha calificación negativa, el tercer adquirente formuló impugnación sosteniendo que la función calificadora no comprendía verificar si la compraventa contravenía o no el plan de liquidación.

La demanda se estimó en primera instancia en atención a que el registrador no se limitó a efectuar el juicio notarial de suficiencia, sino que realizó un análisis de validez del negocio jurídico que excedió sus atribuciones. El registrador de la propiedad interpuso recurso de apelación que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Pontevedra. Finalmente, el registrador de la propiedad recurrió en casación, alegando la infracción del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y de la doctrina que lo interpreta, así como la aplicación indebida del artículo 98 de la Ley 24/2001. Este recurso fue estimado.

**Concurzal. Prohibición de convenios de liquidación. Inviabilidad objetiva del convenio al margen del volumen de adhesiones de los acreedores, cuya soberanía no es absoluta, pues la Ley Concursal impide la aprobación de convenios inviables**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 4 de abril de 2019*

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la concursada sobre la base de que la propuesta de convenio presentada conllevaba una liquidación global del patrimonio, que, además, no era objetivamente viable. A juicio de la Sala, la propuesta vulneraba los artículos 100.3 y 128.2 de la Ley Concursal.

En esta resolución, la Audiencia Provincial de Murcia realiza una exposición doctrinal sobre las figuras del derecho concursal de prohibición de los convenios de liquidación y la prueba de la imposibilidad objetiva del convenio.

En relación con la prohibición de los convenios de liquidación, explica que una propuesta de convenio representará una liquidación global de la masa activa cuando conlleve la liquidación de la totalidad de los bienes y derechos patrimoniales, con independencia de que (i) la enajenación se lleve a efecto en un solo acto o mediante sucesivos actos prolongados en el tiempo; (ii) permanezca en la masa algún activo residual; o (iii) el convenio establezca una quita o espera.

Según la Sala, esta interpretación se refuerza si se conecta el apartado 3 del artículo 100 de la Ley Concursal con su apartado 4 siguiente, que solo permite la "enajenación de determinados bienes o derechos del concursado", poniendo de relieve el término *determinado*, que hace referencia a ventas de elementos singulares y concretos que no afecten a la gran mayoría de esa masa en cantidad y cualidad. Lo contrario sería encubrir una liquidación bajo el ropaje de un convenio y usar la cobertura del artículo 100.4 de la Ley Concursal para lograr un fin no deseado por el legislador y, por lo tanto, en fraude de ley *ex* artículo 7 del Código Civil.

Aplicando la doctrina general al caso concreto, la Audiencia Provincial entiende que mediante la propuesta presentada se pretende realizar el principal activo de la concursada, que, además, no tiene actividad productiva alguna, ya que había cesado en ella antes de la declaración de concurso.

Sobre la prueba de la imposibilidad objetiva del convenio a la que hace referencia el artículo 128.2 de la Ley Concursal, la Sala recuerda que la carga corresponde a quien se opone a la aprobación del convenio y que no es necesario probar una imposibilidad absoluta, sino que basta con una imposibilidad práctica, esto es, facilitar datos que permitan pensar apriorísticamente que el convenio no podrá ser cumplido.

En el caso objeto de autos, se concluye que la aportación de un plan de viabilidad carente de soporte documental objetivo y acreditable alguno, junto con la inactividad manifiesta de la concursada, son prueba suficiente para considerar que el convenio es inviable.

Por las razones expuestas, la Audiencia Provincial concluye que no puede aprobarse judicialmente el convenio aunque hubiera obtenido las adhesiones necesarias de los acreedores.

**Concursal. Imposibilidad de desistir de la solicitud de declaración de concurso voluntario. Ni el desistimiento ni la renuncia de la acción son causas de conclusión del concurso, ni se reconoce el principio dispositivo**

*Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 de mayo de 2019*

La Audiencia Provincial de Barcelona, confirmando la resolución recurrida, resuelve un supuesto en el que una sociedad limitada, tras intentar negociar previamente con sus acreedores sin éxito, insta solicitud de concurso voluntario. La referida sociedad se encontraba en situación de insolvencia como consecuencia de la adopción de medidas cautelares por parte de un Juzgado de Instrucción, circunstancia que había determinado el bloqueo y embargo preventivo de sus cuentas bancarias y, con ello, la paralización de su actividad.

Designado el administrador concursal e iniciado el ejercicio de sus funciones, la sociedad comunica al Juzgado su voluntad de desistir de la solicitud de concurso voluntario, argumentando que la situación descrita en el párrafo anterior abocaba a la compañía a la disolución y liquidación, y que la liquidación a través del procedimiento concursal solo serviría para prolongar más los trámites y agravar los costes.

El Juzgado de lo Mercantil no admitió el desistimiento solicitado por no ser causa de conclusión del concurso. La Audiencia Provincial confirma este pronunciamiento destacando que, a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos declarativos —en los que actúa, como regla general, el principio dispositivo—, en el procedimiento concursal no se reconoce ese principio, vinculándose la declaración del concurso no a que el deudor lo inste, sino a que se acredite la situación de insolvencia.

### 3 · RESOLUCIONES DE LA DGRN

**Concursal. Un crédito hipotecario no comunicado sigue siendo un crédito con privilegio especial**

*Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de junio de 2019*

La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) concluye que la no inclusión de un crédito con privilegio especial en la lista de acreedores no implica que dicho derecho se extinga ni que pierda su condición de privilegiado.

La resolución trae causa de la calificación negativa por el registrador de la propiedad de una escritura de compraventa de finca hipotecada por precio inferior a su valor de tasación y sin acreditación relativa a la aceptación de la venta por el acreedor hipotecario, operación que se realiza de acuerdo con el plan de liquidación del concurso.

El registrador de la propiedad calificó como defecto subsanable la falta de consentimiento expreso del acreedor hipotecario de la finca a la venta por precio inferior a su valor de tasación. Frente a la calificación negativa se interpuso recurso de reposición fundamentado en que la venta se realizó libre de cargas, en tanto que la falta de comunicación del crédito privilegiado por parte del acreedor conlleva la pérdida de dicho crédito.

La DGRN desestima el recurso por entender que las reglas de la Ley Concursal para la enajenación de bienes gravados con derechos reales de garantía (artículos 149.2 y 155.4) tienen carácter imperativo, de modo que el crédito hipotecario mantiene su carácter de crédito con privilegio especial pese a no figurar en la lista de acreedores. En atención a lo anterior, la calificación negativa se mantiene.

## PROCESAL PENAL \*

### 1 · JURISPRUDENCIA

[España]

**La aplicación del subtipo agravado del delito de receptación (artículo 298 CP) no precisa la constatación de un elemento de habitualidad o reiteración por parte del autor, siendo suficiente el simple propósito de introducir los objetos de procedencia ilícita en el circuito económico general. Ese ánimo tendencial deberá estar presente en el momento de la recepción, adquisición u ocultación de los efectos del delito**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 19 de diciembre de 2018*

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona (Sección 4.<sup>a</sup>) de 23 de octubre de 2017. La sentencia recurrida había revocado la condena dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Gerona de 7 de julio de 2017 por un delito de receptación agravada del artículo 298 del Código Penal ("CP").

El Juzgado de lo Penal n.º 2 de Gerona declaró probado que, en febrero de 2017, la acusada adquirió a sabiendas de su origen ilícito un ordenador que había sido sustraído horas antes de un vehículo por un tercero, y que lo hizo, además, con el propósito de proceder a su venta en una tienda de segunda mano. Por ello, condena a la acusada por un delito de receptación del artículo 298.2 CP, que castiga a quien *"reciba, adquiera u oculte los efectos del delito para traficar con ellos"*.

La sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial, que la revocó parcialmente por considerar que el tipo agravado de receptación exige, si no habitualidad, sí alguna reiteración, que en el caso de autos no se daba. Por esa razón condenó a la acusada por el tipo básico.

A través del cauce casacional de la infracción de ley, único previsto para las sentencias de apelación dictadas por la Audiencia Provincial, el Ministerio Fiscal denuncia la indebida aplicación del artículo 298, apartados 2 y 3, del CP. A este respecto, indica que la exigencia de la «habitualidad» como elemento del tipo agravado justifica el interés casacional que da viabilidad al recurso, en la medida en que se trata de una cuestión controvertida al existir pronunciamientos contradictorios en las distintas Audiencias Provinciales.

El Ministerio Fiscal considera que la aplicación del subtipo agravado previsto en el apartado segundo del artículo 298 del CP —cuando los efectos del delito se reciben, adquieren u ocultan *"para traficar con ellos"*— no exige como elemento típico la habitualidad o reiteración. Por el contrario, el mero acto ocasional o aislado de tráfico e incluso la simple intención de efectuar una transacción económica sería suficiente para colmar la tipicidad requerida por el artículo 298 del CP (independientemente de que dicho negocio llegue o no a perfeccionarse).

La interpretación de la Fiscalía coincide con la postura mayoritaria de las Audiencias Provinciales y con la del Tribunal Supremo —que la respalda y confirma en esta sentencia—, identificando el ánimo de traficar con los efectos del delito con la intención de comerciar o negociar con ellos. Al tratarse de un ánimo tendencial, la aplicación del subtipo agravado no exigiría siquiera la realización efectiva de una compraventa, permuta o negocio jurídico similar, bastando con el simple propósito de llevarlo a cabo. Por ende, no es precisa la constatación de habitualidad alguna, siendo suficiente con llevar a cabo un único acto de tráfico o incluso poseer simplemente efectos de procedencia ilícita, todo ello para introducir los objetos receptados en el circuito económico general.

(\*) Esta sección ha sido coordinada por Ismael Clemente, y en su elaboración han participado Enrique Rodríguez Celada, Pablo López Ferrer, Mario Montes Santamaría, Arianna Vázquez Fernández, Alejandro Virumbrales de Rojas, Eugenia González Arrojo y Blanca García Velloso, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

Respecto de esta cuestión, el Alto Tribunal matiza lo siguiente: *"Eso sí, en el buen entendimiento de que dicho ánimo, no necesariamente coincidente con el lucro y compatible con él, debe concurrir en el momento mismo en el que se reciban, adquieran u oculten los efectos del delito, sin necesidad de que la operación de tráfico se llegue a materializar, resultando intrascendente a estos efectos el ánimo sobrevenido de forma desligada a la consumación de la receptación"*.

**El sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica vigente en la actualidad es más favorable que la sanción pecuniaria del ya derogado artículo 31.2 CP (previo a 2010), en tanto que esta última norma constituía un sistema de responsabilidad objetiva ajeno al principio de culpabilidad**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 8 de mayo de 2019*

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 5.<sup>a</sup>) que condenó a la sociedad recurrente, al amparo del artículo 31.2 CP vigente hasta 2010, al pago directo y solidario de la multa impuesta a su empleado por un delito continuado de falsedad en documento mercantil cometido en el seno de la sociedad.

El recurso de casación plantea, a través del motivo casacional de infracción de ley por vulneración de precepto penal sustantivo, que se han aplicado de forma indebida el artículo 31.2 CP en la redacción vigente en la fecha de comisión de los hechos (años 2008, 2009 y 2010) y los principios de legalidad, tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías al haber condenado a la sociedad con base en un sistema de responsabilidad penal objetiva ya derogado.

La Audiencia Provincial de Valencia aplicó el régimen del derogado artículo 31.2 CP por ser la norma vigente en el momento de los hechos, pero sin incluir ningún razonamiento acerca de la legalidad actual de ese sistema de responsabilidad y sin efectuar ninguna consideración acerca de la potencial aplicación retroactiva de una ley penal más favorable.

El Tribunal Supremo revoca ahora la sentencia de instancia al entender que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica introducido tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 resulta más favorable que el sistema de responsabilidad pecuniaria del ya derogado artículo 31.2 CP.

Según el Alto Tribunal, la aplicación de uno u otro sistema de responsabilidad exige determinar con carácter previo qué norma resulta más favorable. A este respecto, el Tribunal Supremo recuerda que, conforme a lo dispuesto en la disposición transitoria 1.2 de la Ley Orgánica 1/2015, la determinación de la ley penal más favorable debe efectuarse analizando todas las normas de cada versión del Código Penal y no únicamente la cuantía de la pena. La aplicación completa del Código Penal exige analizar *"cualquier presupuesto que vaya a ser tenido en cuenta en la realización del injusto culpable y que contribuya a fundamentar la condena"*.

El Tribunal Supremo zanja la cuestión en atención a la naturaleza de cada uno de los sistemas de responsabilidad debatidos. En el sistema de responsabilidad pecuniaria del ya derogado artículo 31.2 CP, la sanción se impone de forma objetiva, sin atender a la culpabilidad específica de la sociedad. Por ello, se trata de una sanción cuya imposición es ajena a las garantías procesales que, según el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas posterior a la Ley Orgánica 1/2015, deben regir la atribución de responsabilidad penal a una compañía y que exige un juicio de culpabilidad específico que se fundamenta en la ausencia de mecanismos de control y gestión implantados en la sociedad para la evitación del delito.

Por consiguiente, el solo hecho de que la sanción del ya derogado artículo 31.2 CP establezca un sistema ajeno al principio de culpabilidad por el hecho propio es suficiente para determinar que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica posterior a 2015 resulta una norma penal más favorable. El Alto Tribunal entiende así que el artículo 31.2 CP está *"completamente derogado"* y que, por tanto, no puede ser aplicado en la actualidad ni siquiera a hechos producidos cuando aún estaba en vigor.



**En los procedimientos que se encuentran en fase de juicio oral, no será necesario recabar la autorización del Congreso y del Senado cuando los acusados adquieran de forma sobrevenida la condición de diputados o senadores**

*Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 14 de mayo de 2019 (dictado en la Causa Especial núm. 20907/2017)*

En el auto de 14 de mayo de 2019, dictado en el seno del conocido como Juicio del Proceso, la Sala Segunda del Tribunal Supremo desestimó la petición formulada por cinco de las defensas (quienes habían sido elegidos diputados o senadores en las elecciones del pasado 28 abril), que interesaban que, para poder continuar con la tramitación del procedimiento, se recabara del Congreso y del Senado la autorización prevista en los artículos 750 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) mediante la remisión del correspondiente suplicatorio.

El núcleo del debate radicaba en si resultaba obligatorio, en un procedimiento donde ya se están celebrando las sesiones del juicio oral, recabar esa autorización parlamentaria para la continuación del plenario cuando la condición de diputado y senador de los acusados se adquirió de manera sobrevenida a su inicio. La Sala desestima dicha petición con base en cuatro motivos:

- (i) En primer lugar, el Tribunal Supremo establece que, desde la perspectiva constitucional, el artículo 71.2 de la Constitución española proclama que los diputados y senadores no podrán ser *"inculcados ni procesados"* sin la previa autorización de la Cámara respectiva. Es decir, la autorización de la Cámara es precisa para la adopción de decisiones judiciales propias de la fase de instrucción o de la fase intermedia del proceso penal, ya que en tales fases es cuando se inculpa o procesa al que después adquirirá la condición de acusado. La necesidad de recabar la autorización parlamentaria opera en las fases procesales anteriores a la de juicio oral.

Entender que la inmunidad opera cuando el proceso penal se encuentra en su tramo final supondría *"desbordar el espacio constitucionalmente reservado a esa garantía. Implicaría olvidar, en fin, que la inmunidad protege frente a la apertura de procesos concebidos para alterar el normal funcionamiento de la cámara legislativa, no para impedir el desenlace de una causa penal en la que el diputado o senador electo ha sido ya procesado y acusado, habiéndose decretado la apertura del juicio oral"*.

- (ii) En segundo lugar, el Tribunal Supremo sostiene que, conforme a nuestro sistema procesal relativo al procedimiento ordinario, la necesidad de recabar la autorización de la cámara legislativa solo rige para dictar el auto de procesamiento (artículo 750 LECrim). Para el caso de que la condición de diputado o senador se adquiriera con posterioridad, el segundo párrafo del artículo 751 LECrim indica que *"se pondrá también en conocimiento del Cuerpo Colegislador respectivo la causa que existiere pendiente contra el que, estando procesado, hubiese sido elegido Senador o Diputado a Cortes"*. Se trata, nuevamente, de una mención a un estatuto procesal muy concreto, el del procesado, lo que restringe la necesidad de recabar autorización a una fase procesal anterior a la de juicio oral.
- (iii) En tercer lugar, el Tribunal Supremo recuerda que, con carácter general, la jurisprudencia de la Sala Segunda ha reiterado la necesidad de recabar autorización para proceder contra un diputado o senador que, durante la fase de instrucción, adquiere de forma sobrevenida la condición parlamentaria (auto del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2002). No obstante, siempre que la Sala ha tenido que decidir sobre peticiones que interesaban el suplicatorio en momentos posteriores a la celebración del juicio oral, el Alto Tribunal ha propugnado su innecesidad.
- (iv) Finalmente, el Tribunal Supremo razona que el hecho de no solicitar el suplicatorio cuando los acusados se encuentran ya en la fase de juicio oral salvaguarda la propia naturaleza y finalidad de la prerrogativa de la inmunidad, en tanto que evita que se utilice el proceso penal para alterar la composición y funcionamiento de una cámara legislativa.

Por todo ello, el Tribunal Supremo acuerda que, dado que el procedimiento penal que está en fase de enjuiciamiento se inició mucho antes de la elección como miembro de las Cortes Generales de alguno de sus acusados, no es necesario activar la institución del suplicatorio. Y, a modo de conclusión, el Alto Tribunal indica que la exigencia de suplicatorio en la fase de juicio oral no

constituiría un ejercicio razonable y proporcional de las prerrogativas parlamentarias, sino que *"supondría una interferencia irrazonable en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues permitiría una revisión o control del poder legislativo sobre el ejercicio de la función jurisdiccional respecto a determinadas personas por el hecho mismo de haber sido elegidos parlamentarios durante la celebración del juicio oral, convirtiendo así la inmunidad parlamentaria en un privilegio o derecho particular de determinadas personas cuyo ejercicio no solo no preservaría la composición y funcionamiento de las Cortes sino que vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los Tribunales"*.

## PROPIEDAD INDUSTRIAL. COMPETENCIA DESLEAL. DERECHOS DE IMAGEN. HONOR PROFESIONAL \*

### 1 · MARCAS

#### [Unión Europea]

La normativa  
marcaria europea  
permite al titular de  
una marca oponerse a  
su supresión y  
colocación de otro  
signo por parte de  
terceros en productos  
que se encuentran en  
depósito aduanero

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Mitsubishi Shoji Kaisha Ltd, Mitsubishi Caterpillar Forklift Europe BV y Duma Forklifts NV, G.S. International BVBA, de 25 de julio de 2018 (as. C-129/17)*

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") de 26 de febrero de 2019 analiza si la normativa europea de marcas (en particular, la Directiva 2008/95/CE de 22 de octubre de 2008 y el Reglamento CE/207/2009 del Consejo de 26 de febrero de 2009) debe interpretarse en el sentido de que el titular de una marca puede oponerse a que un tercero suprima los signos distintivos de sus productos y coloque otros con el fin de importar o comercializar tales productos en el Espacio Económico Europeo ("EEE"), lugar donde nunca han sido comercializados.

Mitsubishi Shoji Kaisha Ltd ("Mitsubishi") y Mitsubishi Caterpillar Forklift Wurope BV ("MCFE") son titulares de diversas marcas de la Unión Europea ("UE") y del Benelux que contienen el término "Mitsubishi", algunas de ellas para carretillas elevadoras.

G.S. International BVBA ("GSI"), sociedad vinculada a Duma Forklifts NV ("Duma"), es una compañía que se dedica a la importación y exportación al por mayor de carretillas elevadoras, adaptándolas a las normas vigentes en Europa y asignándoles sus propios números de serie para posteriormente entregarlas a Duma (que las comercializa). Desde 2009, Duma y GSI adquieren carretillas elevadoras a una sociedad del Grupo Mitsubishi y las introducen en el EEE en régimen de depósito aduanero. A continuación, suprimen la marca Mitsubishi, modifican las carretillas para adaptarlas a la regulación de la UE y colocan sus propios signos. Acto seguido, las importan y comercializan tanto dentro como fuera del EEE.

En este contexto, Mitsubishi y MCFE presentaron una demanda de infracción de sus marcas Mitsubishi en la que solicitaron, entre otros extremos, la cesación de los actos anteriores. En particular, los demandantes sostuvieron que las actividades llevadas a cabo por Duma y GSI impedían controlar la primera comercialización en el EEE de productos que incorporaban sus marcas.

Por su parte, Duma y GSI negaron la infracción de las marcas Mitsubishi. En su opinión, estaban legitimados para eliminar las marcas Mitsubishi y colocar sus signos porque eran fabricantes de las carretillas que eran compradas fuera del EEE para su posterior ajuste a la normativa de la UE.

En primera instancia, el Tribunal de lo Mercantil de Bruselas desestimó las pretensiones de Mitsubishi y MCFE. No obstante, el Tribunal de Apelación, ante las dudas que le suscitaba el caso, formuló una cuestión prejudicial ante el TJUE en los términos indicados.

Para resolver la cuestión, el TJUE interpreta los artículos 5 y 7 de la Directiva 2008/95/CE de 22 de octubre de 2008 y los artículos 7 y 13 del Reglamento CE/207/2009 del Consejo de 26 de febrero de 2009, que regulan el derecho exclusivo del titular de la marca de prohibir su uso en el tráfico económico y el agotamiento del derecho de marca tras la primera comercialización en la UE.

(\*) Esta sección ha sido coordinada por Carles Vendrell y Fernando Azcona, y en su elaboración han participado Marcos Fraile, Alberto Torralba, Cristina Suanzes, María Conejero, Carmen Pastor, Antonio Mas, Júlia Figueras, Mauricio Mejía y Beatriz Zamora, del Grupo de Coordinación de Propiedad Industrial y Competencia Desleal, Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

En este sentido, el TJUE determina que el derecho exclusivo del titular sobre la marca tiene por objeto garantizar que esta pueda cumplir con las funciones que le son propias. Igualmente, la prohibición de uso en el tráfico económico sin autorización de su titular cobra sentido cuando su utilización por parte de un tercero pueda menoscabar tales funciones. Además, el TJUE recuerda que para que exista una infracción de una marca, el tercero ha tenido que utilizar el signo a título de marca.

Dicho lo anterior, el TJUE analiza si las funciones de las marcas Mitsubishi se han visto menoscabadas por las actividades llevadas a cabo por GSI y Duma. En opinión del tribunal, en la medida en que (tras su adquisición fuera del EEE y posterior depósito aduanero) las carretillas se importaban en el EEE sin las marcas Mitsubishi, se estaría perjudicando la función esencial de la marca (que no es otra que garantizar la identidad de origen del producto y que el titular pueda controlar la primera comercialización). Asimismo, la introducción de nuevos signos afectaría al resto de las funciones de la marca (inversión y publicidad).

Finalmente, el TJUE también concluye que existe un uso a título de marca, independientemente de que las carretillas se encontrasen en régimen de depósito aduanero, en cuanto que GSI y Duma tuvieron un comportamiento activo destinado a importar y comercializar productos en el EEE con un claro ánimo de lucro.

Por todo lo anterior, el TJUE resuelve que la normativa europea de marcas debe interpretarse en el sentido de que el titular de una marca puede oponerse a que un tercero suprima su marca y coloque otros signos en productos que están incluidos en régimen de depósito aduanero.

**Los usos “menores” de una marca no suponen un incumplimiento de la obligación de cesar en el uso de dicha marca recogido en un acuerdo extrajudicial entre las partes**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.<sup>a</sup>) de 31 de enero de 2019*

Una persona física interpuso una demanda por incumplimiento del acuerdo que había celebrado con las compañías Inversiones Bernat, S. A., Internacional de Embutidos, S. A., y Embotits Eleboeck, S. A. para poner fin a un procedimiento judicial anterior (el “Acuerdo”). En virtud del Acuerdo, las demandadas se habían comprometido a cesar en el uso de la marca “Casa Vallès Frankfurt’s” (la “Marca”).

El demandante consideró que los demandados habían incumplido sus obligaciones en virtud del Acuerdo porque seguían utilizando la Marca en las tarjetas de visita, en algunos productos y en la web [www.embotitsleboeck.com](http://www.embotitsleboeck.com) y, en particular, por medio del uso de la denominación “Casa Vallès” como meta tag.

El Juzgado de lo Mercantil desestimó íntegramente la demanda al concluir que el uso de la marca realizado por las demandadas no era un uso relevante, sino residual y anecdótico y, por ello, no cabía considerarlo un uso infractor de la Marca ni tampoco un uso que diera lugar al incumplimiento del Acuerdo.

La Audiencia Provincial de Barcelona coincide con el Juzgado de lo Mercantil por los motivos que se exponen a continuación.

En cuanto al uso de la Marca en las tarjetas de visita, aunque constaba acreditado que, en dos ocasiones, Embotits Eleboeck, S. A., había entregado a clientes (en realidad, detectives privados del demandante) tarjetas de visita antiguas (que incorporaban la Marca), estas se entregaron por petición expresa de los propios detectives privados. Además, en otras ocasiones en las que los detectives realizaron compras no pudieron probar la entrega de esas tarjetas. Asimismo, constaba acreditado que la demandada había solicitado nuevas tarjetas de visita sin la Marca.

Respecto del uso de la Marca en algunos productos, la Audiencia Provincial tuvo en cuenta que solo dos tipos de productos de un total de cuarenta y ocho todavía se distribuían con el envase antiguo (que incorporaba la Marca) y en tan solo dos establecimientos. Además, esos productos representaban menos del tres por ciento de los productos que cada establecimiento compró de las demandadas.

En cuanto al uso de la Marca en la página web, si bien esta no contenía directamente la Marca, en ella figuraba un hipervínculo que redirigía a la página web antigua, en la que sí aparecía. El hipervínculo estaba a disposición de los usuarios por si deseaban más información que la disponible en la nueva página web (que no estaba acabada). La Audiencia Provincial valoró que Embotits Eleboeck, S. A., al encargar la nueva web, había solicitado que se retiraran las referen-

cias a las marcas de la actora y que la nueva página contenía una información completa que no hacía necesario su complemento con el acceso al enlace.

Respecto del *meta tag* "Casa Vallès", la Audiencia entendió que el uso era residual porque existían otras palabras clave más importantes (por ejemplo, *embotits, fabricació d'embotits, fàbriques d'embotits* a Barcelona, etc.) y no constaba acreditado que introduciendo la Marca en el buscador apareciera la página de los demandados si el término "Casa Vallès" no iba acompañada de la palabra "embotits".

Por todo lo anterior, la Audiencia Provincial confirma que los usos acreditados del signo "Casa Vallès", evaluados conforme a la buena fe en el ejercicio de los derechos (arts. 7 Código Civil y 1258 Código de Comercio), no permiten acreditar que no se haya cumplido de forma objetivamente suficiente el Acuerdo.

## 2 · COMPETENCIA DESLEAL

### [España]

Las acciones de competencia desleal no son la vía adecuada para resolver supuestos en los que existe un cauce específico, como la acción de incumplimiento parcial del contrato

#### *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) de 11 de febrero de 2019*

Leonelli, S. A. ("Leonelli") es una sociedad dedicada a la fabricación de componentes electromecánicos para motocicletas. En 2015, adquirió una impresora especial de chorro de tinta continuo a Videojet Technologies, S. L. ("Videojet"). En el presupuesto que Videojet facilitó a Leonelli se indicaba que los cartuchos de tinta "no tenían posibilidad de error en su instalación, y que con ellos se evitaban paradas excesivas de la máquina, así como pérdidas de tinta y disolvente".

Un tiempo después de la adquisición, la impresora presentó fallos de funcionamiento y Leonelli tuvo que reemplazar el cartucho de tinta. Leonelli constató que la operación de cambio de cartucho debía repetirse cada 4000 horas o cada año si la impresora había funcionado menos de 4000 horas en ese periodo, lo que constituía —a juicio de la sociedad compradora— un caso de obsolescencia programada.

En este contexto, Leonelli formuló demanda contra Videojet ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona, en la que alegaba que Videojet había incurrido en una conducta desleal en la modalidad de acto de engaño, al amparo del artículo 5.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal ("LCD"), al ocultarle la obsolescencia programada de la impresora. En este sentido, Leonelli ejercitó (i) una acción de remoción de efectos, por la que solicitaba que Videojet desprogramase la impresora para que no fuese necesaria la sustitución del cartucho; y (ii) la devolución de los gastos ocasionados a Leonelli en la sustitución del cartucho de tinta. Videojet se opuso a la demanda alegando la prescripción de las acciones y justificando la necesidad de sustituir periódicamente el cartucho por razones técnicas. Además, alegó haber ofrecido la información necesaria al comprador.

El Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona estimó íntegramente la demanda y declaró que Videojet había cometido un acto de competencia desleal. Videojet recurrió en apelación y alegó el correcto funcionamiento de la impresora y negó la existencia de falta de información.

La Audiencia Provincial de Barcelona estima íntegramente el recurso de apelación formulado por Videojet. De acuerdo con el criterio de la Audiencia Provincial, Leonelli estaría, en realidad, ejercitando una acción que goza de un cauce específico, esto es, la acción de incumplimiento parcial del contrato, ya que lo que se estaría discutiendo serían unas características del bien desconocidas para el adquirente en el momento de la compra, que supondrían "un demérito o imperfección del bien adquirido". Lo que la LCD protege es un bien de "naturaleza supraindividual", que no es otro que la competencia mercantil en una economía de mercado. Por ello, la Audiencia Provincial entiende que debe prevalecer la regulación contractual correspondiente por ser la idónea para resolver este tipo de conflicto "debiendo acudir únicamente, y si ello es procedente, a los supuestos previstos en la Ley de Competencia Desleal de forma subsidiaria".

Por estos motivos, la Audiencia Provincial de Barcelona estima el recurso interpuesto por Videojet contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona, que se revoca.

**La Audiencia Provincial analiza si la falta de preaviso en la terminación anticipada de un contrato supone una infracción del artículo 16.3 de la Ley de Competencia Desleal. Igualmente, analiza si el uso no autorizado de un listado de clientes puede suponer una infracción del artículo 13.1 de la Ley de Competencia Desleal**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) de 21 de febrero de 2019*

Niuark, S. L. ("Niuark") era desde 2004 la distribuidora en exclusiva en España de los productos de la marca Osiris, titularidad de California Board Sports Inc. ("CBS"). Aunque Niuark no tenía obligación de exclusiva frente a CBS, la comercialización de productos Osiris suponía el 95 % de su cifra de negocios.

En el seno de las negociaciones para modificar las condiciones contractuales, CBS solicitó a Niuark su listado de clientes. Niuark accedió a esta petición en marzo de 2011, con indicación expresa de que la lista era confidencial y solo podía utilizarse para el fin solicitado. El 25 de mayo de 2011, CBS comunicó a Niuark que procedía a resolver el contrato de distribución y que dejaría de suministrarle productos en diciembre de ese mismo año. Posteriormente, CBS comenzó a comercializar sus productos a través de un agente, que utilizó la lista de clientes que Niuark le había proporcionado a CBS.

Niuark interpuso demanda contra CBS por infracción del art. 16.3 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal ("LCD"), en la que alegaba el incumplimiento por parte de CBS del plazo de preaviso legalmente previsto para la terminación del contrato, y por infracción del art. 13.1 LCD (normativa entonces vigente en materia de secretos empresariales), debido a la violación de los secretos empresariales de Niuark al haber divulgado CBS y utilizado su agente el listado de clientes.

La demanda fue desestimada en primera instancia por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Barcelona.

La Audiencia Provincial coincide con las conclusiones alcanzadas por el Juzgado en relación con la no infracción del art. 16.3 LCD, y ello porque CBS comunicó la resolución en mayo de 2011, pero no dejó de suministrar los productos hasta diciembre de ese año, cumpliendo debidamente con el plazo de preaviso legalmente previsto. Por el contrario, la recurrente alegaba que el plazo de preaviso no le permitía hacer más pedidos desde el momento de la notificación de la terminación del contrato (pues estos no llegarían a entregarse), con lo que, de facto, el plazo legal de preaviso no se habría cumplido.

En lo que respecta a la violación de los secretos empresariales de Niuark, la Audiencia Provincial sí considera que existió tal infracción, por cuanto consta debidamente acreditado en el procedimiento que la información (el listado de clientes) era secreta en la medida en que los terceros interesados en ella (incluida la demandada) no tenían conocimiento general de su contenido, tenía valor comercial por la ventaja competitiva que otorgaba a la empresa, y se habían adoptado medidas razonables para mantener secreta tal información (por ejemplo, al haberse advertido expresamente a la demandante que solo podía utilizar la información para el fin solicitado y autorizado).

En cuanto a la indemnización por la violación de los secretos empresariales, la Audiencia Provincial opta para su determinación por la "*cantidad que se hubiera concedido al distribuidor para el caso de que hubiera solicitado la indemnización por clientela*". Por tanto, condena a CBS al pago de la cantidad correspondiente al beneficio medio anual obtenido por Niuark en los cinco años anteriores a la terminación.

**El sistema de compensación de la SELAE a las administraciones integrales de lotería por la venta de lotería online supone un acto de competencia desleal por explotación de una situación de dependencia contrario al artículo 16.3 de la Ley de Competencia Desleal**

*Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid de 8 de abril de 2019*

La Asociación Plataforma Juego Limpio de Administraciones de Loterías (la "Asociación") agrupa a aproximadamente a doscientas administraciones de lotería que cuentan con contratos celebrados con la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado ("SELAE"). En virtud de dichos contratos, la SELAE otorgó la venta en exclusiva del billete tradicional de lotería (en papel) a las administraciones integrales de lotería. Las administraciones integrales de lotería, en contraposición con las administraciones mixtas, se caracterizan porque venden únicamente productos de lotería, mientras que las mixtas pueden venderlos como negocio accesorio a la venta de otros productos (por ejemplo, bares o quioscos).

Desde 2010, la SELAE tiene autorización para comercializar directamente los billetes tradicionales y, además, para distribuirlos en otros formatos (por ejemplo, resguardos, "billete azul"). Por ello, a partir de esta fecha, tanto en los puntos de venta (integrales y mixtos) como directamente en la web de la SELAE se empezaron a distribuir los billetes tradicionales en estos nuevos formatos.

En opinión de las administraciones integrales, que conservan la exclusividad sobre el billete tradicional (en papel), estos nuevos formatos atentarían contra su derecho de exclusiva. De hecho, consideran que supondría un acto de competencia desleal (en particular, una conducta prohibida por el artículo 16.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, "LCD") por estar explotando la SELAE la situación de dependencia en que se encuentran las administraciones integrales.

El Juzgado entiende que existe dependencia económica entre los puntos de venta integrales y la SELAE porque, al tratarse de un monopolio estatal, únicamente pueden adquirir los productos de la SELAE. Además, los puntos de venta integrales tienen prohibida la realización de cualquier otra actividad comercial.

Una vez concluido que existe dependencia económica entre los puntos de venta integrales y la SELAE, el Juzgado analiza si existiría explotación de esa dependencia económica. Por un lado, por el hecho de que una ley autorice a la SELAE a vender lotería a través de Internet y, por otro lado, por el modo en el que se fija la compensación que reciben los puntos de venta integrales por dicha venta.

En relación con la primera cuestión, el Juzgado razona que, si bien se habilitó a la SELAE a vender directamente loterías en virtud de una ley, esto no excluye la existencia de un ilícito concurrencial. No obstante, el Juzgado concluye que no existe dicho ilícito porque las administraciones integrales deberían haber previsto la existencia de nuevos formatos de billete y la futura intervención de las administraciones mixtas o de la propia SELAE en la comercialización de loterías.

En cuanto a la segunda cuestión, el Juzgado analiza la existencia de un posible ilícito concurrencial con respecto al reparto de las comisiones generadas por las ventas. Y es que, como manera de compensar a las administraciones integrales, la SELAE les otorga el derecho a una comisión equivalente al 4 % de las ventas que realiza desde su página web. No obstante, esta comisión se distribuye por un principio geográfico y a elección del usuario. Durante el proceso de compra del billete de lotería nacional *online*, es el usuario quien rellena los campos de territorio, localidad, barrio, ubicación y código postal (y, por tanto, el criterio de reparto de la comisión depende, en realidad, de la decisión de los usuarios). Esto hace que la compra *online* esté completamente desvinculada del criterio temporal/territorial que caracteriza a los restantes tipos de venta.

Por ello, el Juzgado concluye que el reparto de la comisión resulta arbitraria, carente de soporte y generadora de desigualdad y, por lo tanto, constituye una explotación de la situación de dependencia en la que se encuentran las administraciones integrales. En consecuencia, el Juzgado condena a la SELAE a cesar y abstenerse de vender directamente billetes de lotería desde su página web por cuanto discrimina a los puntos de venta integrales "*en lo relativo a la atribución de las comisiones por criterios geográficos*".

**El Abogado General estima que Airbnb debe considerarse un servicio de la sociedad de la información**

*Veánse los comentarios de estas conclusiones que se incluyen en esta misma sección de "Crónica de Legislación/Jurisprudencia" (Derecho Digital) de este mismo número de la revista.*

**El servicio prestado por BlaBlaCar no es una actividad de intermediación en el transporte en el sentido de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>) de 18 de febrero de 2019*

*Véanse los comentarios de esta sentencia que se incluyen en esta misma sección de "Crónica de Legislación y Jurisprudencia" (Derecho Digital) de este mismo número de la Revista.*

### 3 · DERECHOS DE IMAGEN. HONOR PROFESIONAL

#### [Unión Europea]

El Tribunal Supremo considera que leves imprecisiones o juicios de valor manifestados por un periodista no puedan considerarse vulneraciones del derecho al honor si los datos fundamentales son veraces, por encontrar amparo en las libertades de información y expresión

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), de 7 de mayo de 2019*

Una entidad de crédito interpuso demanda contra dos periodistas, el director y la editorial del periódico *El Confidencial* por vulneración del derecho al honor en su vertiente de reputación profesional o de crédito en el mercado de resultados de algunas manifestaciones vertidas en cuatro artículos publicados en ese periódico. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron las pretensiones de la entidad, que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo, con base en el artículo 477.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la sentencia impugnada se dictó en el marco de la tutela judicial civil de los derechos fundamentales.

El primero de los motivos aducidos se funda en la supuesta vulneración del derecho al honor por falta de veracidad de la información publicada. Una de las sociedades integradas ahora en la entidad demandante había sido objeto de una investigación en el marco de un procedimiento concursal de una tercera sociedad, en el que tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal solicitaron la calificación del concurso como culpable. La administración concursal también solicitó que esa sociedad fuera declarada culpable. Así las cosas, uno de los artículos impugnados describió que a la sociedad demandante “*se le considera culpable y cómplice de delitos*”, afirmación que la demandante considera inveraz o inexacta, por haberse tratado de un procedimiento concursal y no penal, sin que, por ello y siempre según la recurrente, sea legítimo usar la palabra *delitos* en este contexto.

El Tribunal Supremo (“TS”) no comparte esta interpretación. Argumenta que, si bien “*un proceso concursal no es un proceso penal (...), la sección de calificación de un proceso concursal tiene un aspecto sancionatorio*”. Además, en el caso concreto, lo acontecido con la sociedad concursada era objeto de un procedimiento penal debido a los indicios de alzamiento de bienes y blanqueo de capitales. Por ello, las posibles imprecisiones en que haya incurrido el periodista no obstan a la veracidad de “*la esencia de la información facilitada*”. Igualmente, se rechaza que el periodista no fuese diligente, pues —según el canon de veracidad que en estos casos exige la jurisprudencia constitucional— consultó tanto los documentos del proceso concursal como al abogado que defendía a la sociedad demandante, de manera que desplegó la diligencia exigible.

Por todo lo expuesto, el TS desestima este primer motivo y aprovecha para añadir que, dado que las libertades de expresión e información son garantía de la opinión pública libre como institución, cualquier limitación que pretenda imponerse debe ser sumamente restrictiva. Así, por ejemplo, las “*conjeturas*” del periodista, en el limbo entre la libertad de información y la libertad de expresión, resultan amparadas bajo el ejercicio legítimo de la libertad de prensa, pues, si se formulan razonadamente, contribuyen a que el ciudadano pueda “*formar libremente sus opiniones y participar de forma responsable en los asuntos públicos*”.

En segundo lugar, la entidad recurrente alega que la Audiencia Provincial infringe la jurisprudencia del TS, que exige al periodista una mayor diligencia cuando la información que proporciona afecta a entidades que operen en un sector tan dependiente de la confianza como es el bancario. En concreto, se impugnan calificaciones de las piezas periodísticas impugnadas como la de “*contabilidad creativa*” o “*negocio renqueante*”, pues transmitirían al lector medio la impresión de que la contabilidad de la demandante era irregular o incluso ilegal.

El TS también desestima este motivo al considerar que “*el informador realiza un juicio de valor crítico (...) sobre datos veraces*”. Según el TS, las expresiones vertidas no pueden considerarse vejatorias y, al constituir juicios de valor emitidos sobre hechos veraces de relevancia pública, encuentran amparo en las libertades de información y expresión.



**[España]**

**Existencia de actos de denigración desleal por las comunicaciones en las que un empresario asegura que las prestaciones que realiza un tercero relativas al cómico Eugenio vulnerarían los derechos de propiedad industrial, intelectual y de imagen de ese empresario**

*Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona de 22 de de 2019*

El demandante, D. Antonio Climent Pelegero, es un cómico que desarrolla su actividad bajo el nombre artístico "Toni el Indio" (el "Demandante"). Desde hace unos años, entre sus actuaciones figuraba una caracterización del humorista Eugenio Jofra Bafalluy (1941-2001), más conocido como "Eugenio".

El Demandante llegó a un acuerdo con D. Gerard Jofra Alcaide, hijo de Eugenio, y con la sociedad Saben Aquel Que Diu, S. L. (los "Demandados") para crear un nuevo personaje llamado "Reugenio" y explotarlo en diversas salas y teatros. En dicho contrato, las partes establecieron que la vida del personaje "Reugenio" se prolongaría únicamente durante la vigencia del contrato. Además, el contrato contenía una cláusula penal por incumplimiento de 60.000 euros.

En diciembre de 2014, las partes decidieron terminar el contrato de mutuo acuerdo. Desde entonces, los Demandados organizan y explotan un espectáculo con el título "Re-eugenio" (en el que otro actor también imita a Eugenio).

Por su parte, el Demandante sigue realizando espectáculos en los que también imita a Eugenio, pero esta vez con la denominación "Meugenio". A la vista de ello, los Demandados —en su condición de titulares de derechos de marca sobre determinados signos gráficos y denominativos sobre Eugenio, de derechos de propiedad intelectual sobre las obras de este cómico y de sus derechos de imagen— enviaron comunicaciones a los potenciales clientes del Demandante, en las que les informaron de que la obra "Meugenio" estaría infringiendo esos derechos de propiedad industrial, intelectual e imagen.

En este contexto, el Demandante formuló demanda de competencia desleal en aplicación de los artículos 9 y 32 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, "LCD"), así como, al parecer, de los artículos 1, 2 y 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual ("LPI"). En particular, el Demandante solicita que se declare (i) el incumplimiento contractual y se condene a la parte demandada al pago de los 60.000 euros en concepto de cláusula penal; y (ii) el cese en las manifestaciones denigratorias por parte de los Demandados.

Por su parte, los Demandados alegan que (i) el Demandante ha incumplido los términos del contrato; (ii) los derechos sobre el personaje Eugenio corresponden a los Demandados; y (iii) no ha existido denigración, porque el Demandante estaría vulnerando los derechos de propiedad intelectual, industrial y de la propia imagen de los Demandados.

En relación con el incumplimiento contractual por parte de los Demandados por seguir explotando el personaje de "Reugenio" tras la terminación del contrato, el Juzgado concluye que no puede existir dicho incumplimiento porque el contrato fue terminado por ambas partes en el año 2014, de manera que el Demandante no tendría ningún derecho de exclusiva sobre la base de ese contrato.

En lo que a los actos de denigración se refiere, el Juzgado recuerda que, de acuerdo con el artículo 9 LCD (así como la jurisprudencia que lo desarrolla), para que una conducta pueda clasificarse como desleal por denigratoria deben concurrir los siguientes elementos: (i) la emisión de manifestaciones que versen sobre las prestaciones de un tercero; (ii) que dichas manifestaciones sean inexactas e impertinentes; y (iii) que tales manifestaciones tengan trascendencia en el mercado y sean aptas para menoscabar la reputación de un competidor.

El Juzgado concluye que no cabe duda de que las manifestaciones realizadas por los Demandados son aptas para menoscabar la reputación del Demandante. Por ello, su análisis se centra esencialmente en la concurrencia de la *exceptio veritatis*, esto es, la veracidad o no de las declaraciones del Demandado.

Por otro lado, el Juzgado descarta la existencia de un incumplimiento contractual por parte del Demandante (por estar el contrato resuelto). Igualmente, el Juzgado no aprecia riesgo de con-

fusión entre los carteles utilizados por el Demandante y las marcas de los Demandados, y descarta así el posible ilícito marcario.

En relación con la posible infracción de los derechos de propiedad intelectual de los Demandados, el Juzgado concluye que las actuaciones del Demandante estarían amparadas por el límite de la parodia (recogido en el artículo 39 LPI).

El Juzgado reconoce que, en este caso, podrían surgir dudas en la aplicación de dicho límite, puesto que el Demandante no estaría buscando la burla de la obra original, sino una reproducción. No obstante —sobre la base de un discutible razonamiento— concluye que se trata de una evocación humorística de la obra imitada y que, en cualquier caso, el artículo 39 LPI no impediría la parodia de obras cómicas.

Además, el Juzgado concluye que en ningún caso podría existir confusión con la obra original, ya que Eugenio falleció en el año 2001. Tampoco podría apreciarse daño a la obra original porque, en realidad, se trata de un homenaje.

Finalmente, la aplicación del límite cumpliría con la "*regla de los tres pasos*" porque, a juicio del Juzgado, no causaría ningún perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor ni iría en detrimento de la explotación normal de la obra.

La intromisión ilegítima en los derechos a la propia imagen de Eugenio también queda descartada, en la medida en que no se estaría afectando a su dimensión personal, sino su valor patrimonial o comercial, de manera que no se produciría una infracción del derecho fundamental del art. 18.1 CE (aunque no parece que la alegación formulada en las comunicaciones litigiosas se refiriera en concreto a este precepto o al derecho fundamental).

En definitiva, el Juzgado concluye que no concurre la *exceptio veritatis* y, por lo tanto, las manifestaciones realizadas por el Demandado son denigratorias e infringen el artículo 9 LCD.

## SALUD Y ALIMENTACIÓN \*

### 1 · JURISPRUDENCIA

#### [Unión Europea]

##### Autorización de importación paralela de un medicamento genérico

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 3 de julio de 2019, (as. C- 387/18)*

Este asunto tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Contencioso-Administrativo del Voivodato de Varsovia (Polonia) en un litigio que enfrentaba a la sociedad Delfarma sp. z o.o. ("Delfarma") y al presidente de la Oficina de Productos Médicos, Instrumentos Médicos y Biocidas de Polonia (la "Oficina"), en relación con la negativa de esta última a conceder una autorización de importación paralela de un medicamento genérico.

Delfarma es una empresa que ejerce una actividad de importación paralela de medicamentos en el mercado polaco. La empresa presentó ante el presidente de la Oficina una solicitud de autorización de importación paralela, desde el Reino Unido, del medicamento Sumamed, conocido en el Reino Unido con el nombre genérico de azitromicina. En su solicitud, Delfarma indicó que la azitromicina, autorizada en el Reino Unido, y el Sumamed, autorizado en Polonia, eran totalmente idénticos.

El presidente de la Oficina denegó la solicitud basándose en la Ley del medicamento polaca, después de haber comprobado que la azitromicina había sido autorizada en el Reino Unido con base en una documentación abreviada, como producto equivalente a un medicamento de referencia (es decir, como medicamento genérico), mientras que el Sumamed se había comercializado en Polonia sobre la base de una documentación completa, como medicamento de referencia. La Ley del medicamento polaca exige que el medicamento importado y el medicamento ya autorizado en el Estado miembro de importación hayan recibido una autorización de comercialización basada en idéntica documentación.

El presidente de la Oficina entendía que la denegación de la solicitud obedecía a razones de protección de la salud y de la vida de las personas, que constituye, de acuerdo con el artículo 36 TFUE, una excepción a la norma general de prohibición de restricciones cuantitativas a la importación y medidas de efecto equivalente que resulta del artículo 34 TFUE.

Delfarma recurrió ante los órganos jurisdiccionales polacos, que plantearon la cuestión prejudicial ante el TJUE al albergar dudas sobre si el Derecho de la Unión permite denegar la concesión de la autorización de importación paralela de un medicamento por el simple motivo de que la solicitud no cumpla un requisito formal adicional como el establecido en la Ley del medicamento polaca.

El TJUE recuerda que la libre circulación de mercancías implica que un operador que haya adquirido un medicamento legalmente comercializado en un Estado miembro en virtud de una autorización de comercialización expedida en dicho Estado puede importar el medicamento en otro Estado miembro en el que este dispone ya de una autorización de comercialización, sin estar obligado a conseguir una nueva autorización de comercialización ni a facilitar todos los datos y documentos exigidos por la Directiva 2001/83 para controlar la eficacia e inocuidad del medicamento. Esto es, un Estado miembro no debe obstaculizar la importación paralela de

(\*) Esta sección ha sido coordinada por Beatriz Cocina y redactada por Alejandro Abad Chamorro y Leticia Manzano Velasco, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

medicamentos imponiendo al importador el respeto de requisitos idénticos a los que se aplican a las empresas que solicitan por primera vez una autorización de comercialización, siempre que la importación del medicamento no comprometa la protección de la salud pública, tal y como se desprende de los artículos 34 TFUE y 36 TFUE.

Por lo tanto, basta con que la autoridad competente del Estado miembro de importación se cerciore de que el medicamento objeto de importación paralela y el que dispone de una autorización de comercialización en el mismo Estado miembro de importación, sin ser totalmente idénticos, han sido al menos fabricados siguiendo la misma fórmula y utilizando la misma sustancia activa y tienen los mismos efectos terapéuticos, y de que el medicamento importado no plantea problema alguno desde el punto de vista de la calidad, la eficacia y la inocuidad. Si la autoridad competente del Estado miembro de importación comprueba que se satisfacen todos estos criterios, dicha autoridad está obligada a autorizar el medicamento objeto de importación paralela, aunque puedan existir, en su caso, diferencias en lo relativo a los excipientes.

En este caso, la Ley del medicamento polaca exige, para conceder en Polonia una autorización de importación paralela de un medicamento, que tanto dicho medicamento como el medicamento que ha recibido una autorización de comercialización en el mismo Estado miembro sean ambos medicamentos de referencia o ambos medicamentos genéricos y, por consiguiente, prohíbe conceder autorización alguna de importación paralela de un medicamento cuando este sea un medicamento genérico y el medicamento ya autorizado en dicho Estado miembro sea un medicamento de referencia. El TJUE determina que esta disposición obstaculiza el acceso al mercado de ese medicamento genérico y, por consiguiente, constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación, prohibida por el artículo 34 TFUE.

Como se ha señalado, el presidente de la Oficina argumentaba que dicha restricción estaba justificada por razones de protección de la salud y de la vida de las personas, en virtud del artículo 36 TFUE, pues constituía, a su juicio, uno de los elementos que permiten garantizar que los medicamentos de que se trata son esencialmente similares, lo que no es posible cuando estos han sido objeto de registros diferentes basados en documentación diferente. No obstante, según reiterada jurisprudencia de la Unión, una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación solo puede justificarse por razones de protección de la salud y la vida de las personas si esa medida es adecuada para garantizar que se alcance el objetivo perseguido y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo.

En este caso, la Ley del medicamento polaca impide cualquier examen de la similitud entre los medicamentos de que se trate y está basada en una supuesta insuficiencia sistemática de documentación a efectos de realizar las verificaciones necesarias o en el riesgo de que se dé tal insuficiencia. Por ello, el TJUE reconoce que va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de protección de la salud y de la vida de las personas que se invoca.

El TJUE señala que incumbe a la autoridad nacional competente, si considera que dispone de información insuficiente para apreciar la similitud entre el medicamento importado y el medicamento de referencia ya autorizado en el Estado miembro de importación, pedir al importador que proporcione información adicional y, en su caso, solicitar a la autoridad nacional competente del Estado miembro de exportación, en el marco de la cooperación entre Estados miembros, los documentos necesarios para las verificaciones necesarias. La autoridad nacional competente únicamente debe denegar la concesión de la autorización de importación paralela del medicamento si, tras las correspondientes investigaciones, sigue disponiendo de información insuficiente o, en cualquier caso, si alberga dudas sobre el hecho de que el medicamento importado no plantea problema alguno desde el punto de vista de la calidad, la eficacia y la inocuidad, lo que no ha sido acreditado en el presente caso.

Por consiguiente, el TJUE concluye que los artículos 34 TFUE y 36 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa como la Ley del medicamento polaca, que prohíbe conceder una autorización de importación paralela de un medicamento cuando este sea un medicamento genérico y el medicamento ya autorizado en dicho Estado miembro sea un medicamento de referencia.

**[España]**

**El concierto suscrito por los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Alicante, Castellón y Valencia y la Generalidad Valenciana no es un contrato administrativo ni entraña operaciones comerciales entre las oficinas de farmacia y la Generalidad Valenciana**

*Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2224/2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de junio de 2019*

En esta sentencia, el Tribunal Supremo analiza la naturaleza del negocio jurídico plasmado en el concierto suscrito el 23 de junio de 2004 por los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Alicante, Castellón y Valencia y la Generalidad Valenciana (el “Concierto”), y, en particular, si implica una relación comercial entre las empresas y la Administración. Este análisis es relevante para analizar la cuestión central del recurso, esto es, si los intereses de demora por el retraso en el pago de la facturación farmacéutica han de calcularse conforme al interés legal del dinero o conforme a lo establecido por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de Lucha contra la Morosidad en la Operaciones Comerciales (la “Ley 3/2004”).

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (el “TSJCV”) reconoció al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Alicante (el “COF Alicante”) el derecho a que la Generalidad Valenciana le abonase los intereses de demora de las facturas reclamadas y no controvertidas, abonadas tardíamente. Sin embargo, no reconoció al COF Alicante el derecho a que dichos intereses se calcularan conforme a la Ley 3/2004 ni a percibir los correspondientes a las facturas abonadas por el mecanismo de pago a proveedores previsto en el Real Decreto-Ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las Administraciones Públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros. Tampoco le reconoció el derecho a percibir la cantidad reclamada por costes de financiación de los créditos que debió solicitar, ni aceptó que los pagos percibidos se imputaran primero a intereses y, una vez saldados, a los principales.

A juicio del TSJCV, los farmacéuticos están obligados a dispensar los medicamentos a quienes presenten receta médica en forma, y han de percibir del afiliado a la Seguridad Social la aportación correspondiente, facturando a la Consejería de Sanidad la parte no abonada por el asegurado. Esas obligaciones —dice— no nacen del Concierto, sino que tienen carácter legal. Así pues, la relación que une a la Administración sanitaria y a los farmacéuticos es de naturaleza jurídico-pública, y no comercial, por lo que no resulta de aplicación la Ley 3/2004.

En su escrito de interposición del recurso de casación, el COF Alicante sostiene que la sentencia recurrida infringe la Ley 3/2004 por negar su aplicación a las deudas de la Administración para con los farmacéuticos. Asimismo, alega, con cita de doctrina de la Audiencia Nacional, que no existe incompatibilidad alguna entre, por un lado, el hecho de que las farmacias presten un servicio público y estén obligadas a entregar medicamentos y productos sanitarios a los beneficiarios del sistema de salud, y, por otro, que perciban una contraprestación por su precio de la Administración, que es, en definitiva, la que los compra para el usuario: el farmacéutico vende y la Administración se lo paga, y eso —concluye— es una operación comercial.

Por su lado, la Generalidad Valenciana propugna la desestimación del recurso de casación afirmando que no cabe la aplicación directa de la legislación de contratos administrativos ni de la Ley 3/2004, ni tampoco de la Directiva que esta transpone. A los principios de tal legislación —añade— solamente se podrá acudir de manera supletoria y en último lugar, ya que así lo establece el Concierto. Por tanto, antes se habrá de estar a su propio clausulado, a la normativa sanitaria estatal y autonómica, y a la de la Seguridad Social. Alega también que las reglas contra la morosidad se aplican a las operaciones comerciales realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación, y sucede que el Concierto no prevé ninguna entrega de bienes o prestación de servicios a cambio de la contraprestación. Por lo tanto, no hay operación comercial porque la Administración se limita a financiar el precio de los productos farmacéuticos que no han abonado los usuarios.

En su sentencia, el Tribunal Supremo no aprecia la relación contractual típica ni tampoco advierte los elementos que, según la Ley 3/2004 y la Directiva que transpone, identifican a las operaciones comerciales a las que se refieren. A juicio del Alto Tribunal, el Concierto no crea esa obligación de dispensación ni tampoco genera en el asegurado el derecho a recibir el medica-

mento que le ha recetado el personal sanitario competente del Servicio de Salud. Por lo tanto, el Concierto no establece una relación bilateral de la que nazcan las obligaciones correspondientes para la Generalidad Valenciana y para los Colegios Oficiales de Farmacéuticos ni puede hablarse, por tanto, de una operación comercial entre esa Administración y las corporaciones profesionales que suscribieron el Concierto.

El Concierto canaliza la financiación pública de los medicamentos, que es uno de los elementos distintivos del Sistema Nacional de Salud que descansa en la Ley General de Sanidad, pero, según señala el Tribunal Supremo, esa vía o procedimiento no supone la entrega de bienes ni de contraprestaciones de empresas a la Administración, puesto que las oficinas de farmacia están obligadas legalmente (es decir, al margen del Concierto) a dispensar los medicamentos a los asegurados que presenten las recetas en forma y a cobrarles la parte de su precio que deben soportar, y la Administración debe sufragar (también al margen del Concierto) la parte del precio de los medicamentos que los asegurados no pagan.

En consecuencia, el Tribunal Supremo desestima el recurso y concluye que a los intereses de demora, por el retraso en el pago de las facturaciones respecto de los plazos previstos en el Concierto, no les es aplicable el tipo señalado por la Ley 3/2004, sino el legal del dinero.

**Consolidación de la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la incompatibilidad entre la titularidad de una oficina de farmacia y los intereses directos de los almacenes mayoristas**

*Sentencia del Tribunal Supremo núm. 938/2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de junio de 2019*

En esta sentencia el Tribunal Supremo analiza la incompatibilidad entre la titularidad de una oficina de farmacia y los intereses directos de los almacenes mayoristas de medicamentos que introdujo la Ley 10/2013, de 24 de julio (artículo 3.2 *in fine*).

El recurso es interpuesto por una sociedad mercantil titular de un almacén de medicamentos, cuyos tres accionistas eran, a su vez, farmacéuticos titulares de oficinas de farmacia. La sociedad, que había obtenido autorización para la creación de un centro de distribución al por mayor de medicamentos para uso humano antes de la entrada en vigor de la Ley 10/2013, fue requerida por el Departamento de Salud de la Generalidad de Cataluña para que los farmacéuticos optaran entre el ejercicio profesional en oficina de farmacia o ser socios de la compañía mercantil dedicada al almacenamiento y distribución de medicamentos.

Considerando que la Ley 10/2013 infringe los artículos 9.3, 14 y 38 de la Constitución española, el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la sociedad fue interponiendo los correspondientes recursos hasta llegar al Tribunal Supremo, el cual desestima las alegaciones de la recurrente y confirma la sentencia de instancia (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de junio de 2016) y, por tanto, la validez de la incompatibilidad prevista por la Ley 10/2013 y sus efectos.

En este supuesto, el Tribunal Supremo reproduce su argumentación jurídica de la sentencia de 19 de febrero de 2019, dictada en un caso prácticamente idéntico (véase *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, número 51), consolidando, por tanto, la citada jurisprudencia.

**Nulidad de la inclusión de los medicamentos a base de ibuprofeno arginina en el mismo conjunto de referencia que el ibuprofeno base**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de marzo de 2019*

El Tribunal Supremo analiza en este recurso determinados aspectos de la Orden 1305/2015, de 27 de julio, por la que se procede a la actualización en 2015 del sistema de precios de referencia de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud (la "OPR 2016"). En particular, en el recurso se combate que Espidifen 400 mg y Espidifen 600 mg se incluyan dentro del conjunto C-74 (ibuprofeno) por entender que tienen el mismo principio activo, cuando, según alega la recurrente basándose en un informe pericial de parte, el ibuprofeno base y el ibuprofeno arginina tienen distintos principios activos.

El Tribunal Supremo reitera la estructura argumental de la sentencia de 18 de julio de 2017, Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección Cuarta), en relación con el recurso de casación (formulado por la misma recurrente) contra la Orden de precios de referencia de 2015, que contenía idéntica previsión. Así, señala que existen dos perspectivas relevantes en el litigio:

- (i) Una puramente fáctica, que consiste en determinar si las distintas presentaciones de Espidifen tienen distinto principio activo respecto de las que conforman el conjunto C74. Esta cuestión queda confirmada por el dictamen pericial aportado.
- (ii) Otra jurídica, que consiste en determinar si es conforme a Derecho el uso de la clasificación ATC para la formación de conjuntos de referencia (lo que sostiene la Administración) o si debe estarse al principio activo recogido en la autorización de comercialización (como sostiene la recurrente); y, complementariamente, en qué medida el reconocimiento en la autorización de comercialización de un determinado principio activo implica un acto propio que vincula a la Administración, que no podría desconocer que lo que ha reconocido como principio activo específico en la autorización de comercialización no puede ser incluido en un principio activo distinto y general a efectos de formar conjuntos de referencia.

Pues bien, el Tribunal Supremo acepta la tesis de la sociedad recurrente por lo siguiente:

- (i) En las fichas técnicas de las dos presentaciones de Espidifen consta como principio activo el ibuprofeno arginina o con sales de arginina, y la propia Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS) identifica en su página web el ibuprofeno arginina como el principio activo de esas presentaciones.
- (ii) El hecho de que la clasificación ATC asigne un código común a medicamentos con distintos principios activos según la denominación común internacional (y, por tanto, según la denominación oficial española) será suficiente si hay coincidencia con el principio activo asumido por la Administración para autorizar el medicamento (*i. e.*, el principio activo que aparece en la ficha técnica). Si no hay una norma que expresamente permita a la Administración formar conjuntos de referencia con arreglo a la clasificación ATC, la Administración debería haber razonado en sede administrativa (y, en su caso, probar en sede jurisdiccional) que no hay discordancia de principios activos según lo deducible de sus propios actos, internos y referidos a cada medicamento, respecto de tal clasificación ATC.
- (iii) En caso de discordancia entre la clasificación ATC y las resoluciones de la Administración, debe prevalecer lo ya resuelto en firme por la Administración mediante un acto declarativo de derechos que le vincula, como es la autorización de comercialización. El sistema de formación de conjuntos obedece a un régimen en el que confluyen conceptos farmacológicos y jurídicos, y el concepto de principio activo se integra en el régimen de reconocimiento y autorización de los medicamentos con unos concretos efectos jurídicos.
- (iv) No cabe identificar como un solo principio activo a diferentes medicamentos cuando el efecto farmacológico diferente derivado de las distintas sales, ésteres, éteres, etc., obedece a razones de seguridad y eficacia.
- (v) Además, el criterio seguido por la Administración no ha sido constante (*e. g.*, la Orden de precios de referencia del 2010 y 2011 creaban distintos conjuntos de referencia para las presentaciones de ibuprofeno con sales y de ibuprofeno base, y algunos informes de la AEMPS así lo reconocían).

En definitiva, el Tribunal Supremo estima el recurso parcialmente, en tanto en cuanto comparte que la Administración, a quien corresponde esa carga, no ha demostrado la no disparidad de principio activo que constituyó el dato decisivo en la creación del conjunto C-74 en la OPR 2016. El Tribunal, no obstante, declara que no procede crear un conjunto específico e independiente para los medicamentos con ibuprofeno arginina como principio activo, pues entiende que, de hacerlo, estaría asumiendo una potestad cuyo ejercicio depende de una decisión administrativa basada en criterios de oportunidad en la formación de conjuntos y que, además, afectaría a otros medicamentos comercializados por otros laboratorios que no han sido parte en el procedimiento en cuanto concierne al medicamento Advate, y se dispone su exclusión.

## TRIBUTARIO \*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

- Acuerdo del Consejo de la Unión Europea de 15 de mayo de 2019, por el que se revisa la lista de jurisdicciones no cooperativas en materia fiscal

#### [España]

##### Estatal

*Orden HAC/554/2019, 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 2018, 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 la Orden HAP/2194/2013, de 22 de noviembre, por la que se regulan los procedimientos y las condiciones generales para la presentación de determinadas autoliquidaciones y declaraciones informativas de naturaleza tributaria (BOE de 17 de mayo de 2019)*

#### [Portugal]

##### Açores – Orçamento para 2019

*Decreto Legislativo Regional n.º 1/2019/A, de 7 de janeiro (DR 4, Série I, de 7 de janeiro de 2019)*

O presente Decreto Legislativo Regional aprova o Orçamento da Região Autónoma dos Açores para o ano de 2019.

##### IRS – Construção de habitação para renda acessível – Incentivos fiscais

*Lei n.º 3/2019, de 9 de janeiro (DR 6, Série I, de 9 de janeiro de 2019)*

A presente Lei cria condições de acesso a incentivos fiscais em programas de construção de habitação para renda acessível.

Para o efeito é, por um lado, alterada a alínea e) do artigo 9.º do CIRS relativo aos rendimentos da categoria G - incrementos patrimoniais, passando a ficar excluídas de tributação as "indenizações legalmente devidas pela denúncia de contratos de arrendamento sem termo, relativos a imóveis que constituam habitação permanente do sujeito passivo, nos casos previstos no artigo 1101.º do Código Civil".

Por outro lado, é alterado o artigo 72.º do CIRS, sendo introduzidas reduções progressivas à taxa especial aplicável aos rendimentos prediais tendo em conta a duração do contrato de arrendamento (nos respetivos n.ºs 2 a 5), nos termos seguintes:

(\* ) Esta sección ha sido coordinada por Jesús López-Tello y Miguel Bastida Peydro, y en su elaboración han participado Susana Estevão Gonçalves, Catarina Fernandes y Martim Teixeira, del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).



- “2 — Aos rendimentos prediais decorrentes de contratos de arrendamento com duração igual ou superior a dois anos e inferior a cinco anos, é aplicada uma redução de dois pontos percentuais da respetiva taxa autónoma; e por cada renovação com igual duração, é aplicada uma redução de dois pontos percentuais até ao limite de catorze pontos percentuais.
- 3 — Aos rendimentos prediais decorrentes de contratos de arrendamento celebrados com duração igual ou superior a cinco anos e inferior a dez anos, é aplicada uma redução de cinco pontos percentuais da respetiva taxa autónoma; e por cada renovação com igual duração, é aplicada uma redução de cinco pontos percentuais até ao limite de catorze pontos percentuais.
- 4 — Aos rendimentos prediais decorrentes de contratos de arrendamento com duração igual ou superior a dez anos e inferior a 20 anos, é aplicada uma redução de catorze pontos percentuais da respetiva taxa autónoma.
- 5 — Aos rendimentos prediais decorrentes de contratos de arrendamento com duração superior a 20 anos, é aplicada uma redução de dezoito pontos percentuais da respetiva taxa autónoma.”.

#### **IRC – Declaração Modelo 22**

*Despacho n.º 616/2019, de 14 de janeiro (DR 9, Série II, de 14 de janeiro de 2019)*

O presente Despacho aprova o novo formulário da declaração periódica de rendimentos Modelo 22 (IRC), respetivos anexos e instruções de preenchimento.

#### **Informação Empresarial Simplificada e SAF-T (PT)**

*Portaria n.º 35/2019, de 28 de janeiro (DR 19, Série I, de 28 de janeiro de 2019)*

A presente Portaria aprova a folha de rosto e os modelos relativos aos anexos do modelo declarativo da IES/DA.

*- Portaria n.º 31/2019, de 24 de janeiro (DR 17, Série I, de 24 de janeiro de 2019)*

A Portaria em referência aprova os termos a que deve obedecer o envio da Informação Empresarial Simplificada / Declaração Anual de Informação Contabilística e Fiscal (IES/DA) e o ficheiro SAF-T (PT), assim como o modelo oficial para submissão do ficheiro SAF-T (PT).

*- Portaria n.º 32/2019, de 24 de janeiro (DR 17, Série I, de 24 de janeiro de 2019)*

A presente Portaria aprova o modelo de impresso relativo ao anexo R do modelo declarativo da IES.

#### **AT – Unidade dos Grandes Contribuintes (“UGC”) – Entidades do setor financeiro**

*Despacho n.º 977/2019, de 28 de janeiro (DR 19, Série II, de 28 de janeiro de 2019)*

O presente Despacho da AT vem proceder à atualização da lista publicada pelo Despacho n.º 1268/2017, de 6 de fevereiro, definindo as entidades que operam no setor financeiro e que estão sob o acompanhamento da UGC.

O setor financeiro, para estes efeitos, passa a integrar: (i) as entidades sob a supervisão do Banco de Portugal; (ii) as entidades sob a supervisão da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, com exceção das que exerçam a atividade de mediação de seguros, conforme definida na alínea c), do artigo 5.º, do Decreto-Lei n.º 144/2006, de 31 de julho; e (iii) as entidades que sejam organismos de investimento coletivo sob a supervisão da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários.

#### **IRS – Modelos e Formulários para o Ano de 2019**

*Portaria n.º 34/2019, de 28 de janeiro (DR 19, Série I, de 28 de janeiro de 2019)*

A presente Portaria aprova o novo formulário da declaração Modelo 3 de IRS e respetivas instruções de preenchimento, a vigorar no ano de 2019.

*Portaria n.º 30-A/2019, de 23 de janeiro (DR 16, 1º Suplemento, Série I, de 23 de janeiro de 2019)*

A presente Portaria aprova as instruções de preenchimento da declaração mensal de remunerações e revoga as anteriores instruções de preenchimento, aprovadas pela Portaria n.º 40/2018, de 31 de janeiro.

**IRS – Tabelas de Retenção na Fonte**

*Despacho n.º 37/2019, de 31 de janeiro (Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira n.º 18/2019, Série II, 3.º Suplemento, de 31 de janeiro de 2019)*

O presente Despacho aprova as tabelas de retenção na fonte sobre rendimentos do trabalho dependente e pensões auferidas por titulares residentes na Região Autónoma da Madeira para vigorarem durante o ano de 2019.

*Despacho n.º 1056/2019, de 30 de janeiro (DR 21, Série II, de 30 de janeiro de 2019)*

O presente Despacho aprova as tabelas de retenção na fonte sobre rendimentos do trabalho dependente e pensões auferidas por titulares residentes na Região Autónoma dos Açores para vigorarem durante o ano de 2019.

*Despacho n.º 791-A/2019, de 18 janeiro (DR 13, 1º Suplemento, Série II, de 18 janeiro de 2019)*

O presente Despacho aprova as tabelas de retenção na fonte sobre rendimentos do trabalho dependente e pensões auferidas por titulares residentes no continente para vigorarem durante o ano de 2019.

**Acordo de Assistência e Cooperação em Matéria Fiscal – Portugal / Angola**

*Resolução da Assembleia da República n.º 22/2019 (DR 32, Série I, de 14 de fevereiro de 2018)*

*Decreto do Presidente da República n.º 12/2019 (DR 32, Série I, de 14 de fevereiro de 2018)*

Foi aprovado pela AR e ratificado pelo Presidente da República o acordo entre a República Portuguesa e a República da Angola sobre assistência administrativa mútua e cooperação em matéria fiscal, neste se estabelecendo regras que possibilitam várias formas de assistência administrativa mútua em matéria fiscal, nomeadamente a realização de controlos fiscais simultâneos, a participação em controlos fiscais no estrangeiro, a assistência na cobrança e a notificação de documentos.

O Acordo entrará em vigor na data de receção da última notificação, por escrito e por via diplomática, de que foram cumpridos os requisitos do direito interno de cada Estado para a entrada em vigor do mesmo.

**Convenção para Evitar a Dupla Tributação – Portugal / Angola**

*Resolução da Assembleia da República n.º 23/2019 (DR 32, Série I, de 14 de fevereiro de 2018)*

*Decreto do Presidente da República n.º 13/2019 (DR 32, Série I, de 14 de fevereiro de 2018)*

Foi aprovada pela Assembleia da República (“AR”) e ratificada pelo Presidente da República a Convenção entre a República Portuguesa e a República de Angola para Eliminar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre o Rendimento e Prevenir a Fraude e a Evasão Fiscal.

A referida Convenção entrará em vigor na data de receção da última notificação, por escrito e por via diplomática, de que foram cumpridos os requisitos do direito interno de cada Estado para a entrada em vigor da mesma.

**Informações financeiras - comunicação obrigatória de informações financeiras**

*Lei n.º 17/2019, de 14 de fevereiro (DR 32, Série I, de 14 de fevereiro de 2019)*

A Lei n.º 17/2019, de 14 de fevereiro (“Lei 17/2019”), procedeu às seguintes alterações:

- (i) Segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 64/2016, de 11 de outubro, que regula a troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade e prevê regras de comunicação e de diligência pelas instituições financeiras relativamente a contas financeiras.

Entre as alterações efetuadas pela Lei 17/2019, cabe destacar a criação de um regime de comunicação obrigatória de informações financeiras relativas a contas financeiras cujos titulares ou beneficiários sejam residentes em território nacional e a obrigação dos referidos titulares, nos procedimentos de comunicação de informações à AT, nos termos do Decreto-Lei 61/2013, de 10 de maio (“DL 61/2013”) observarem o disposto no regime de comunicação obrigatória de informações instituído pela presente Lei 17/2019;

- (ii) Terceira alteração ao DL 61/2013, relativo à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, por forma a prever a obrigação de as instituições financeiras observarem a

diligência devida e procederem à identificação de todas as contas por si mantidas, devendo apenas comunicar à AT as informações financeiras qualificáveis nos termos da lista aprovada por portaria do membro do governo responsável pela área das finanças ou abrangidas pela obrigação de comunicação, nos termos do artigo 10.º-A do DL 64/2016;

- (iii) Trigesima terceira alteração ao Regime Geral das Infrações Tributárias, aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 5 de junho. Esta alteração estabeleceu o quadro sancionatório a aplicar em caso de incumprimento, omissões ou inexactidões nos procedimentos de comunicação e diligência devida e demais obrigações que são impostas às instituições financeiras reportantes no que respeita ao regime de comunicação obrigatória de informações relativas a contas financeiras cujos titulares ou beneficiários sejam residentes em território nacional.

Ao abrigo desta nova alteração, foram estabelecidas as seguintes coimas relativamente aos deveres de reporte pelas instituições financeiras à AT, nos termos do DL 61/2013 e do artigo 10.º-A do DL 64/2016:

- coima no montante de €500 a €22.500 euros para os casos de inobservância dos deveres de reporte obrigatórios; e
- coima no montante de €250 a €11.250 em caso de omissão ou inexactidões da informação reportada.

- (iv) Décima segunda alteração ao Regime Complementar do Procedimento de Inspeção Tributária e Aduaneira, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 413/98, de 31 de dezembro, dotando a AT dos poderes adequados à verificação do cumprimento das obrigações previstas para as instituições financeiras reportantes no que respeita ao regime de comunicação obrigatória, nos termos do artigo 10.º-A do DL 64/2016, de informações relativas a contas financeiras cujos titulares ou beneficiários sejam residentes em território nacional.

A presente Lei 17/2019 prevê um regime transitório, nos termos do qual: (i) a análise das contas preexistentes para efeitos da comunicação obrigatória nos termos do artigo 10.º-A do DL 64/2016 deverá estar concluída no prazo de 60 dias a contar do dia 15 de fevereiro de 2019; e (ii) no caso de contas novas, cuja abertura tenha sido anterior a 15 de fevereiro de 2019, as instituições reportantes deverão aplicar os procedimentos de diligência previstos no anexo do artigo 7.º-A do DL 61/2013, no prazo de 90 dias.

A Lei 17/2019 entrou em vigor no dia 15 de fevereiro de 2019, sendo aplicável às informações abrangidas pelo regime de comunicação obrigatória de informações relativas a contas financeiras, cujos titulares ou beneficiários sejam residentes em território nacional, que respeitem ao ano de 2018 e aos anos seguintes.

**Faturas e outros documentos fiscalmente relevantes**

*Decreto-Lei n.º 28/2019, de 15 de fevereiro (DR 33, Série I, de 15 de fevereiro de 2019)*

O Decreto-Lei em referência vem: (i) consolidar e atualizar as regras, dispersas pelos vários códigos tributários e outra legislação avulsa, relativas ao processamento de faturas e outros documentos fiscalmente relevantes; (ii) harmonizar as regras divergentes em matéria de conservação de documentos em sede de IVA, IRC e IRS; e (iii) introduzir alterações às normas dos Códigos do IVA, do IRC e do IRS nesta matéria.

**IRS – Arrendamento habitacional – Rendimentos prediais – Redução da taxa autónoma**

*iPortaria n.º 110/2019, de 12 de abril (DR 73, Série I, de 12 de abril de 2019)*

A presente portaria destina-se a regulamentar o novo regime de redução da taxa de tributação autónoma em sede IRS, aplicável aos titulares de rendimentos prediais decorrentes da celebração de novos contratos de arrendamento, ou da renovação de contratos de arrendamento já existentes, por períodos longos.

Nos termos desta Portaria, a redução das taxas de IRS aplicáveis fica dependente do cumprimento das seguintes obrigações:

- (i) Comunicação do contrato de arrendamento e das suas alterações, mediante a entrega da declaração modelo 2 do Imposto do Selo;
- (ii) Comunicação do contrato de arrendamento à AT, identificando a data de início e a duração, assim como as respetivas renovações subsequentes e as suas durações, na área reservada do portal das finanças, até ao dia 15 de fevereiro do ano seguinte;
- (iii) Comunicação à AT da data e motivo de cessação dos contratos de arrendamento abrangidos pelo regime em análise, através da área reservada no portal das finanças, até ao dia 15 de fevereiro do ano seguinte.

Os titulares dos rendimentos que queiram ficar abrangidos pelo regime de redução de taxa deverão conservar: (i) o contrato de arrendamento ou documentos comprovativos da existência de um, quando não exista contrato de arrendamento escrito; (ii) comprovativo do cumprimento das obrigações acima descritas; e, (iii) comprovativo da cessação do contrato de arrendamento.

**Reembolso do IVA e do IRC – revogação da exigência de comunicação da caixa postal Via CTT**

*Despacho Normativo n.º 12/2019 (DR 77, Série II, de 18 de abril de 2019)*

O presente Despacho veio revogar a exigência de adesão à caixa postal via CTT e comunicação à AT como condição para o processamento dos reembolsos do IVA e do IRC.

**Transposição da Diretiva Anti Tax Avoidance (“ATAD 1”) para a legislação interna portuguesa**

*Lei n.º 32/2019, de 3 de maio (DR 85, Série I, de 3 de maio de 2019)*

A Lei em referência procede à transposição da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016 (designada como *Anti Tax Avoidance Directive* - “ATAD 1”) para a legislação portuguesa, introduzindo diversas alterações à LGT, ao CPPT e ao Código do IRC, das quais destacamos as seguintes:

- (i) o regime da cláusula geral anti abuso (“CGAA”), estabelecido nos artigos 38 da LGT e 68.º do CPPT, é alterado nos seguintes termos: (a) o âmbito de aplicação da CGAA é alargado de modo a abranger “(...) as construções ou séries de construções que, tendo sido realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, sejam realizadas com abuso das formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas”, considerando-se como construção não genuína aquela que não for realizada por razões económicas válidas que reflitam a substância económica; (b) nos casos em que da construção ou série de construções resulte a não aplicação de retenção na fonte com caráter definitivo ou a redução do montante do imposto retido a título definitivo, passa a considerar-se que a vantagem se produz na esfera do beneficiário do rendimento, sem prejuízo da aplicação das regras de responsabilidade em casos de substituição tributária nos casos em que “(...) o substituto tenha ou devesse ter conhecimento daquela construção ou série de construções”; (c) nos casos de aplicação da CGAA, passa a estabelecer-se uma majoração em 15% da taxa de juros compensatórios sem prejuízo da aplicação das regras estabelecidas no Regime geral das infrações tributárias (“RGIT”); (d) o procedimento de aplicação da CGAA é alterado passando a estabelecer-se, designadamente, que a aplicação da CGAA depende, além da audição prévia do contribuinte, da instauração de procedimento de inspeção dirigido ao beneficiário do rendimento e ao substituto tributário nos casos de aplicação da regra especial aplicável aos casos de eliminação ou redução da retenção na fonte e, bem assim, que a impugnação de liquidações emitidas com base na aplicação da CGAA será obrigatoriamente precedida de reclamação graciosa.
- (ii) as regras de imputação de rendimentos de entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado (*Controlled Foreign Corporations* ou “CFC” rules), previstas no artigo 66.º do Código do IRC, são alteradas nos seguintes termos: (a) o conceito de CFC passa a ser definido como a entidade domiciliada em paraíso fiscal, isenta ou cujo imposto sobre os lucros pago no Estado de residência seja inferior a 50% do imposto que seria devido nos termos das regras estabelecidas no Código do IRC; (b) passa a considerar-se que apenas existe controlo de uma entidade CFC por uma entidade residente em Portugal quando esta detenha pelo menos 25% das ações, direitos de voto ou direitos sobre

os rendimentos obtidos ou ativos detidos pela primeira, (c) passa a considerar-se que a imputação dos lucros das entidades CFC aos sujeitos passivos de IRC residentes fiscais em Portugal é feita pelo lucro fiscal da entidade CFC determinado nos termos do Código do IRC, sendo os prejuízos fiscais da entidade CFC tal como determinados nos termos do Código do IRC relevantes; (d) tratando-se de uma entidade CFC residente num Estado Membro ("EM") da UE ou do EEE o regime não tem aplicação apenas nos casos em que "(...) o sujeito passivo demonstre que a constituição e funcionamento da entidade correspondem a razões económicas válidas e que esta desenvolve uma atividade económica de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços, com recurso a pessoal, equipamento, ativos e instalações"; (e) é alterada a lista de situações / atividades a que este regime CFC não se aplica; (f) estabelecem-se novas regras relativamente ao impacto da venda de entidades CFC.

- (iii) em sede de limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento, prevista no artigo 67.º do Código do IRC, são introduzidas as seguintes alterações: (a) o conceito de "gastos de financiamento" é alargado de modo a conformar-se com a definição constante da ATAD 1, passando a abranger, nomeadamente, "(...) depreciações ou amortizações de custos de empréstimos obtidos capitalizados no custo de aquisição de elementos do ativo, montantes calculados por referência ao retorno de um financiamento no âmbito das regras em matéria de preços de transferência"; (c) o conceito de EBITDA passa a corresponder ao "lucro tributável ou prejuízo fiscal sujeito e não isento, adicionado dos gastos de financiamento líquidos e das depreciações e amortizações que sejam aceites fiscalmente".
- (iv) no que diz respeito ao regime de tributação à saída, prevista nos artigos 83.º e 84.º do Código do IRC, são introduzidas ligeiras alterações e, nomeadamente: (a) é eliminada a possibilidade de realizar o pagamento do imposto devido pela saída no ano seguinte à "extinção, transmissão, desafetação da atividade da entidade ou transferência", por referência aos ativos patrimoniais transferidos para fora da UE ou do EEE, mantendo-se apenas a possibilidade de pagamento imediato ou de pagamento em prestações durante 5 anos como modalidades de pagamento dos impostos à saída; e (b) estabelecem-se novas regras de cessação do regime de pagamento em prestações da tributação à saída (e.g. nos casos em que a entidade entre em processo de insolvência ou liquidação ou em que a sua residência fiscal seja transferida para um país terceiro nas condições estabelecidas na lei).

**IVA – Eletricidade e gás natural – aplicação de taxa reduzida à componente fixa**

**Decreto-Lei n.º 60/2019, de 13 de maio de 2019 (DR 91, Série I, de 13 de maio de 2019)**

O presente Decreto-Lei vem aditar à Lista I anexa ao Código do IVA - lista de bens sujeitos à taxa reduzida de IVA - a componente fixa das tarifas de acesso às redes nos fornecimentos de (i) eletricidade, correspondentes a uma potência contratada que não ultrapasse 3,45 kVA; e (ii) gás natural, correspondentes a consumos em baixa pressão que não ultrapassem os 10.000 m<sup>3</sup> anuais.

O presente Decreto-Lei entrou em vigor a 1 de julho de 2019, sendo que para as transmissões de bens com caráter continuado, sujeitas a pagamentos sucessivos, o presente diploma apenas começou a produzir efeitos relativamente às operações realizadas a partir daquela data. utilizem, incorporem ou transformem, de forma intensiva, recursos naturais.

**Imposto municipal sobre imóveis ("IMI") – Agravamento da taxa relativa a prédios devolutos**

**Decreto-Lei n.º 67/2019, de 21 de maio de 2019 (DR 97, Série I, de 21 de maio de 2019).**

O Decreto-Lei em referência vem estabelecer a possibilidade de os municípios agravarem significativamente a taxa de IMI aplicável a prédios considerados devolutos, quando estes se encontrem localizados em zonas de pressão urbanística.

Por um lado, o presente Decreto-Lei vem introduzir alterações ao Decreto-Lei n.º 159/2006, de 8 de agosto, em particular alterando o conceito de prédio devoluto e introduzindo uma definição legal de zona de pressão urbanista.

Por outro lado, é introduzido o artigo 112.º-B no Código do IMI, que vem estabelecer a possibilidade de (em alternativa ao agravamento já aplicável aos prédios devolutos, previsto no artigo 112, n.º 3 do

Código do IMI) os municípios sujeitarem os prédios urbanos ou frações autónomas que se encontrem devolutos há mais de dois anos, quando localizados em zonas de pressão urbanística, a uma taxa de IMI elevada ao sêxtuplo e agravada em cada ano subseqüente, em mais 10% (tendo como limite máximo 12 vezes o valor previsto de IMI para os prédios urbanos em cada município).

**UE – Lista de jurisdições não cooperantes para efeitos fiscais**

*Lista da UE de jurisdições não cooperantes 2019/C176/03 (Jornal Oficial da União Europeia n.º C 176/2, de 22 de maio de 2019)*

Foi publicado o ponto de situação das jurisdições não cooperantes para efeitos fiscais.

**IVA – Documentos fiscalmente relevantes – Prazo – Faturação – Prorrogação**

*Despacho n.º 254/2019.XXI, de 27.06.2019*

No Despacho em referência, o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais (“SEAF”) alargou alguns prazos relativamente ao processamento de faturas e de outros documentos fiscalmente relevantes e, designadamente: (i) a obrigação de utilização exclusiva de programas de faturação previamente certificados pela AT, pelos sujeitos passivos que tenham contabilidade organizada ou que tenham ultrapassado os €75.000 euros de volume de negócios, passa a vigorar apenas a partir de 1 de janeiro de 2020; e, (ii) as comunicações relativas a informações sobre os estabelecimentos que deveriam ser efetuadas até ao dia 30 de junho de 2019, passam a ter de ser feitas apenas até 31 de outubro de 2019 pelos sujeitos passivos de IVA que já exerçam a atividade ou que a tenham iniciado até 30 de setembro de 2019 e, nos 30 dias posteriores ao início de atividade ou à ocorrência de quaisquer alterações nos restantes casos.

**SAF-T (PT) – IES/DA – Prorrogação do prazo de entrega**

*Despacho n.º 271/2019.XXI, de 05.07.2019*

O referido despacho procede ao alargamento do prazo de submissão do ficheiro SAF-T da contabilidade “até 31 de maio de 2020, sem quaisquer penalidades” ao invés do prazo inicialmente estabelecido de 30 de abril.

**Informações relativas a contas financeiras - Comunicação obrigatória**

*Portaria n.º 219/2019, de 16 de julho (DR 134, Série I, de 16 de julho de 2019)*

A referida portaria regula a estrutura e conteúdo do ficheiro a utilizar para efeitos do cumprimento, pelas entidades reportantes, da obrigação, estabelecida no n.º 1, do artigo 10.º-A, do Decreto-Lei n.º 64/2016, de 11 de outubro, de comunicação obrigatória de informações relativas a contas financeiras por si mantidas: (i) cujo saldo ou valor agregado, no final do ano civil, exceda cinquenta mil euros; (ii) que sejam qualificáveis como sujeitas a comunicação; e, (iii) cujos titulares ou beneficiários sejam residentes em território nacional.

**Impostos especiais sobre o consumo (“IEC”) - Cigarros e tabaco - Estampilhas**

*Portaria n.º 219/2019, de 18 de julho (DR 136, Série I, de 18 de julho de 2019)*

A presente portaria regulamenta o modelo e as formalidades a cumprir para a requisição e fornecimento da estampilha aplicável aos cigarros e ao tabaco de enrolar que beneficiam de isenção de imposto sobre o Tabaco, ao abrigo do Código dos IEC, devidamente acondicionados em embalagens individuais, criando uma estampilha cuja aplicação se circunscreve aos referidos cigarros e tabaco de enrolar e regulando o seu formato, o seu preço e a forma como a mesma deverá ser requerida e colocada.

**Imposto sobre o rendimento das pessoas singulares (“IRS”) - Residentes não habituais - Tabela de atividades de elevado valor acrescentado**

*Portaria n.º 230/2019 (DR 139, Série I, de 23 de julho de 2019)*

A referida Portaria introduz alterações à Portaria n.º 12/2010, de 17 de janeiro, procedendo a uma modificação da tabela de atividades de elevado valor acrescentado para efeitos, designadamente, da aplicação da taxa especial de IRS de 20% a determinados rendimentos de fonte portuguesa que sejam auferidos pelos contribuintes inscritos como residentes não habituais ao abrigo do n.º 10 do artigo 72.º do Código do IRS.

A Portaria em referência abandonou o modelo subjacente à anterior tabela de atividades baseada em códigos de atividades económicas (“CAE”) para passar a adotar um modelo assente, com correspondência direta, em códigos da Classificação Portuguesa de Profissões (“CPP”).

A Portaria produzirá efeitos a partir do dia 1 de janeiro de 2020 e estabelece um regime transitório, nos termos do qual as alterações introduzidas não são aplicáveis aos sujeitos passivos (i) que a 1 de janeiro de 2020 já se encontrem inscritos como residentes não habituais, ainda que o estatuto de residente não habitual se encontre suspenso; e, (ii) cujos pedidos de inscrição se encontrem pendentes a 1 de janeiro de 2020 ou que solicitem a inscrição como residentes não habituais até 31 de março de 2020, com efeitos ao ano de 2019. No entanto, as referidas alterações à tabela de atividades de alto valor acrescentado serão aplicáveis aos sujeitos passivos referidos nos pontos (i) e (ii) *supra* a partir do ano de imposto de 2020 e enquanto não estiver esgotado o período de dez anos de aplicação do regime dos residentes não habituais.

**Notificações e citações eletrónicas - portal das finanças** *Portaria n.º 233/2019 (DR 141, Série I, de 25 de julho de 2019)*

A Portaria em referência vem regulamentar o regime das notificações e citações efetuadas por transmissão eletrónica de dados na área reservada do portal das finanças ("NCEPF"), o qual está previsto no artigo 38.º-A do Código do Procedimento e do Processo Tributário ("CPPT") sob a epígrafe: "*Notificações e Citações Eletrónicas - Portal das Finanças*", sendo aplicável aos seguintes sujeitos passivos e representantes legais: (i) sujeitos passivos de Imposto sobre o rendimento de pessoas coletivas ("IRC") e Imposto sobre o valor acrescentado ("IVA") obrigados a possuir caixa postal eletrónica, quando não a tenham comunicado no prazo legal; (ii) sujeitos passivos não residentes na União Europeia ("UE") ou no Espaço Económico Europeu ("EEE") que não tenham designado representante fiscal em Portugal; e (iii) sujeitos passivos que optem voluntariamente por este meio de comunicação, incluindo não residentes fiscais em Portugal cuja designação de representante fiscal seja facultativa e mandatários de sujeitos passivos no âmbito dos procedimentos tributários.

A presente portaria vem definir, designadamente, o âmbito de aplicação do NCEPF e os termos de adesão, manutenção e desistência do regime, esclarecendo que este regime deverá aplicar-se igualmente nos casos em que os sujeitos passivos são citados e/ou notificados através dos seus mandatários nos termos estabelecidos no CPPT.

No que diz respeito à adesão ao referido serviço de notificações eletrónicas, a Portaria estabelece que a mesma é realizada eletronicamente na área reservada do portal das finanças, devendo os termos da adesão dos mandatários ser objeto de validação pelas respetivas Ordens Profissionais.

No que diz respeito à cessação deste meio de notificação / citação eletrónica, a Portaria esclarece que a mesma poderá ocorrer por desistência do sujeito passivo, através do cancelamento da adesão, ou por cancelamento oficioso promovido pela Autoridade Tributária e Aduaneira ("AT") nos casos expressamente estabelecidos na Portaria.

A Portaria em análise entrará em vigor a 1 de janeiro de 2020.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Espanña]

**Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Base imponible. Extinción del condominio**

*Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2019. Recurso 5404/2017*

El tribunal analiza un supuesto de hecho en el que los dos copropietarios de una vivienda adquirida por herencia decidieron extinguir el condominio. A estos efectos, se adjudicó la finca a uno de los condóminos que, por su parte, pagó en el mismo acto al otro una cantidad en metálico. Las partes liquidaron la operación como sujeta pero exenta de la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas ("TPO") y como no sujeta a la modalidad de Actos Jurídicos Documentados ("AJD").

La Administración tributaria de Andalucía aceptó que el exceso de adjudicación no estaba sujeta a TPO en la medida en que dicho exceso de adjudicación se debió al carácter indivisible del bien o al posible desmerecimiento por su división y, además, el copropietario que se benefició

del exceso lo compensó con un pago en metálico. Sin embargo, entendió que la no sujeción a TPO permitía la aplicación de la modalidad de AJD y que la base imponible en tal caso equivalía al valor total comprobado de la vivienda.

El Tribunal Supremo concluye que la extinción del condominio no es consecuencia de la división de la cosa común, sino de la adjudicación de la mitad de un bien indivisible al copropietario que ya era titular de la otra mitad. Dado que, de acuerdo con el Código Civil, la división de la cosa común no es una transmisión patrimonial, sino simplemente una especificación de un derecho preexistente, no se produce ningún exceso de adjudicación sujeto a TPO.

En relación con el AJD, el Tribunal Supremo confirma que sí se tributará por dicha modalidad tanto por la cuota fija como por la cuota variable. No obstante, la base imponible del impuesto será únicamente el 50 % del valor de la finca, pues quien resultó adjudicatario del inmueble ya disponía del otro 50 % a título dominical.

**Impuesto sobre el Valor Añadido. Base imponible. Operaciones cuya contraprestación no consiste en dinero**

*Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2019. Recurso 1250/2017*

En el caso planteado ante el Tribunal Supremo se discute si, para determinar la base imponible del IVA de una operación entre partes no vinculadas cuya contraprestación no consiste en dinero (en concreto, entrega de unos terrenos), la Administración tributaria puede tomar como referencia el valor de mercado de la contraprestación no dineraria. En este sentido, los terrenos entregados como contraprestación en especie de la operación habían sido transmitidos en virtud de una transacción posterior por un valor superior al pactado en la operación cuya base imponible se discute.

El Tribunal Supremo recuerda que el artículo 80 de la Directiva 2206/112 establece que, para prevenir la evasión o fraude fiscal, los Estados miembros podrán tomar medidas para que la base imponible de la entrega de bienes o prestación de servicios entre partes vinculadas sea el valor normal de mercado. Sin embargo, dicha disposición no puede aplicarse al caso analizado porque no existe vinculación entre las partes intervinientes.

Por otra parte, el Tribunal Supremo entiende que la referencia para determinar el valor de mercado debe referirse al momento de la cesión y no a un momento posterior (la segunda transacción). Además, tampoco se considera el coste, valor y características de los servicios cuya remuneración se pretende mediante la contraprestación en especie.

Por tanto, la Administración tributaria deberá atender al valor o importe acordado entre las partes como contraprestación de la prestación de servicios, sin que, en ausencia de vinculación entre las partes, se pueda utilizar como base imponible el valor de mercado de la contraprestación no dineraria.

**Procedimiento de revisión en vía administrativa. Costas del procedimiento. Anulación del artículo 51.2 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa**

*Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2019. Recurso 84/2018*

El Real Decreto 1073/2017, de 29 de diciembre modificó la regulación de la cuantificación de las costas en el procedimiento económico-administrativo que se establecía en el artículo 51.2 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de revisión en vía administrativa ("RRVA"). La nueva redacción dada al precepto fue la siguiente:

*"Cuando se imponga el pago de las costas, estas se cuantificarán en un porcentaje del 2 por ciento de la cuantía de la reclamación, con un mínimo de 150 euros para las reclamaciones o recursos resueltos por órgano unipersonal, y de 500 euros para los que se resuelvan por órgano colegiado. En caso de reclamaciones de cuantía indeterminada, las costas se cuantificarán en las cuantías mínimas referidas. Estas cuantías podrán actualizarse por orden ministerial".*

La Asociación Española de Asesores Fiscales interpuso recurso contencioso-administrativo contra el referido apartado por entender que excede los límites de la ley o introduce previsiones que requieren regulación mediante ley formal. En particular, sostiene que la fijación de umbrales mínimos y máximos restringe el acceso a la tutela judicial efectiva por su carácter disuasorio y resulta desproporcionado. Asimismo, critica que el apartado no distinga entre supuestos de desestimación e inadmisión, así como a la propia cuantificación incluida que demuestra que su imposición no persigue resarcir los costes del procedimiento, sino impedir el acceso al juez natural, de suerte que se asemeja a una figura cuasi sancionadora, próxima a los recargos y a posibles sanciones.



El Tribunal Supremo declara la nulidad de la redacción dada al artículo 51.2 del RRVA debido a que cuantifica las costas de forma general y abstracta y las desvincula del procedimiento en el que se producen los gastos a sufragar. Dicha situación hace perder a las costas su verdadera naturaleza y las aproxima a otras figuras distintas como las tasas, medidas sancionadoras o prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario

**Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Modalidad Actos Jurídicos Documentados. No sujeción de escritura que no es inscribible por tener defectos**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de abril de 2019. Recurso 274/2018*

De acuerdo con la definición del hecho imponible de la modalidad de AJD, están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales que tengan por objeto cantidad o cosa valuable cuando contengan actos inscribibles en determinados registros, y siempre que no estén sujetas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a las otras modalidades del impuesto.

En el caso planteado ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se discute la procedencia de liquidar la modalidad de AJD en relación con una escritura que no puede ser inscrita por tener defectos apreciados por el registrador. A juicio del tribunal, dicha tributación no procede porque falta un elemento esencial del hecho imponible, que es la existencia de un acto que sea inscribible.

**Principio de seguridad jurídica y confianza legítima. Irretroactividad de cambio de criterio motivado por resolución de recurso de alzada ante el Tribunal Económico Administrativo Central**

*Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de abril de 2019. Recurso 866/2016*

El recurso se refiere a un sujeto pasivo perceptor de rendimientos procedente de una comunidad en régimen de atribución de rentas que aplicó la reducción por mantenimiento o creación de empleo una vez constatado que los requisitos a nivel del miembro de la comunidad se cumplían. Ese era el criterio interpretativo administrativo que se había hecho público a través de los Manuales de ayuda para la configuración de las autoliquidaciones y también de las contestaciones a consultas vinculantes evacuadas por la Dirección General de Tributos ("DGT").

Sin embargo, el referido criterio fue modificado con posterioridad como consecuencia de una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central dictada en un recurso de alzada para unificación de doctrina. Con base en el carácter vinculante que dicha resolución tiene para la Administración tributaria, se regularizan los ejercicios en los que el sujeto pasivo había aplicado la reducción con base en el criterio administrativo previo.

A juicio de la Audiencia Nacional, el principio de confianza legítima impide aplicar de forma retroactiva el criterio interpretativo del Tribunal Económico-Administrativo Central. Así, debían respetarse las decisiones que el administrado tomó con anterioridad sustentadas en lo que hasta ese momento era la interpretación dada tanto por la Administración tributaria como por la DGT, y ello inhabilitaba a la Administración tributaria para iniciar cualquier tipo de procedimiento de aplicación de los tributos con ese único objeto o finalidad.

### 3 · RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

**Impuesto sobre Sociedades. Gastos deducibles. Retribución de administradores**

*Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 9 de abril de 2019 (00/03295/2016)*

La reclamación económico-administrativa se refiere a una liquidación del Impuesto sobre Sociedades en la que la Administración tributaria cuestionó, entre otros conceptos, la deducibilidad del gasto registrado por razón de la remuneración de los administradores. En concreto, se considera que dichas remuneraciones no eran deducibles porque su importe no aparece efectivamente fijado en los estatutos de la entidad, donde tampoco figura un sistema retributivo que permita conocer la cuantía con certeza.

El Tribunal Económico-Administrativo Central, con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la deducibilidad de la retribución de los administradores, entiende que, para que la retribución de los administradores sea gasto deducible para la entidad, es necesario que la posibilidad de dicha retribución esté expresamente prevista en los estatutos sociales y que, además, dicha previsión permita conocer el importe con certeza. No basta con que dicho gasto

se haya producido efectivamente, sino que es necesario que los estatutos de la sociedad hayan establecido su cuantía de forma determinada o perfectamente determinable.

El tribunal considera, sin embargo, que, en el caso concreto, los estatutos no establecían el sistema de retribución de los administradores de la sociedad con certeza y ello impide que las cantidades satisfechas por dicha sociedad a los administradores fueran obligatorias, necesarias y, por lo tanto, deducibles en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.

**Impuesto sobre Sociedades. Operación de reducción de capital con devolución de aportaciones. Carácter vinculante de la valoración realizada por la Administración autonómica a efectos de otros impuestos**

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 14 de mayo de 2019 (00/03337/2018)*

La resolución analiza un supuesto en el que se realizó una reducción de capital con devolución de aportaciones que supuso la entrega de inmuebles por la sociedad al socio. En un procedimiento de inspección posterior, la Administración autonómica realizó una comprobación de valores a efectos de determinar la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Posteriormente, y en el ámbito de una actuación de comprobación del Impuesto sobre Sociedades en relación con las consecuencias fiscales derivadas de la referida reducción de capital, la Agencia Estatal de Administración Tributaria atribuyó un valor distinto a los inmuebles entregados a los socios.

El Tribunal Económico-Administrativo Central se decanta a favor del principio de unicidad de valoración (y en contra del de estanqueidad tributaria) con base en el criterio sentado por el Tribunal Supremo en sentencias de 15 de enero de 2015 y 9 de diciembre de 2013. Así, concluye que la valoración realizada por un órgano competente de la Administración autonómica tiene carácter vinculante para la Administración estatal.

**Modelo 720. Declaración sobre bienes y derechos situados en el extranjero. Improcedencia de imponer sanciones de manera automática**

*Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central 16 de enero de 2019 (00/0290/2015 y 00/4253/2016) y de 14 de febrero (00/00529/2016)*

El Tribunal Económico-Administrativo Central ha dictado tres resoluciones en relación con diversas cuestiones relativas a la declaración de bienes y derechos en el extranjero (modelo 720) y, en particular, con las consecuencias derivadas de una presentación extemporánea.

El tribunal entiende que no hay obstáculo para que se establezca que la presentación extemporánea del Modelo 720 implique la imputación al contribuyente una ganancia de patrimonio no justificada por el valor de los bienes declarados, salvo que se acredite su adquisición con rentas declaradas o en periodos en los que el contribuyente no fuera residente fiscal en España. A este respecto, defiende que este régimen es conforme al Derecho de la Unión Europea a pesar de que genera una especie de imprescriptibilidad que podría ser contraria a los principios generales de prescripción de las deudas tributarias.

En cuanto al régimen sancionador, el Tribunal Económico-Administrativo Central sostiene que, a pesar de la supuesta claridad de la norma en cuanto a la imposición de sanciones por la presentación extemporánea del modelo, no cabe la imposición automática de esas sanciones, sino que, como en cualquier procedimiento sancionador, se debe exigir una motivación suficiente de la culpabilidad.

**Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Transmisión de unidad económica autónoma. Coordinación con el Impuesto sobre el Valor Añadido**

*Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 28 de marzo de 2019 (00/9438/2015)*

El Tribunal Económico-Administrativo Central analiza si la transmisión de los inmuebles afectos a una unidad económica autónoma capaz de desarrollar una actividad empresarial por sus propios medios, constitutiva solo de una parte del activo empresarial de la vendedora, puede quedar sujeta a TPO en relación con los bienes inmuebles incluidos en dicha unidad.

A estos efectos, la reclamante alega que no es posible dicha sujeción cuando solo se transmite una parte de la actividad, puesto que el artículo 7.5 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados ("LITP-AJD"), alude exclusivamente a la totalidad del patrimonio empresarial, sin hacer referencia a la transmisión de una rama de la actividad.

Respecto de esta cuestión, el tribunal, con cita de su Resolución de 19 de febrero de 2015, afirma que el artículo 7.5 mencionado no puede interpretarse de forma literal, sino que dicha interpretación debe ser acorde con la finalidad de la norma. Así, lo que se busca es la coordinación necesaria entre el Impuesto sobre el Valor Añadido y la modalidad de TPO para que no se genere doble imposición, pero tampoco una eventual no imposición.

Por tanto, la referencia contenida en el artículo 7.5 de la LITP-AJD a la “transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial” debe entenderse hecha a la “transmisión de un conjunto de elementos corporales y, en su caso, incorporales que, formando parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, constituyan o sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma en el transmitente”, que es como el artículo 7.1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, de Impuesto sobre el Valor Añadido (“LIVA”) define la no sujeción al IVA.

Con base en lo anterior, la transmisión de los inmuebles incluidos en la transmisión de la unidad económica autónoma queda sujeta a la modalidad de TPO, dado que la operación estaba no sujeta al IVA.

#### 4 · CONSULTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS

**Impuesto sobre el Patrimonio. Exención de participaciones en determinadas entidades. Concepto de valores y elementos no afectos a actividades económicas**

##### *Consulta de 28 de enero de 2019 (V0174-19)*

La DGT analiza la aplicación de la exención prevista para participaciones en determinadas entidades y regulada en el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio. En el caso concreto, una persona física es titular de participaciones en una sociedad *holding* que, a su vez, participa en varias sociedades operativas que mantienen en su activo un elevado importe de inversiones financieras adquiridas con los resultados obtenidos en la actividad económica que desarrollan.

Uno de los requisitos que establece la exención es que la entidad participada y las participadas no deben tener como actividad la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. A estos efectos, se entiende que se gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario cuando más de la mitad del activo está constituido por valores o elementos patrimoniales no afectos, y se precisa que no se computarán como tales aquellos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos que provengan de la realización de actividades económicas y que hayan sido obtenidos en el propio año o en los últimos diez años anteriores.

En ese sentido, la DGT concluye que las inversiones financieras podrán no computar como “no afecto” en la medida en que hayan sido adquiridas con los beneficios no distribuidos obtenidos en el ejercicio de su actividad tanto en el propio año como en los diez últimos anteriores. Sin embargo, siguiendo el criterio de la consulta V0177-99, los depósitos líquidos en cuentas bancarias no quedarían comprendidos dentro de esta excepción del cómputo como “no afecto”, puesto que no han sido invertidos en otros elementos patrimoniales.

Por otro lado, en relación con el alcance objetivo de la exención, la DGT concluye, previa remisión a la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que los activos representativos de la participación en los fondos propios de una entidad pueden estar afectos a una actividad económica siempre que sean “necesarios” para la obtención de rendimientos.

**Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Rendimientos derivados de una reducción de capital con devolución de aportaciones. Imputación temporal**

##### *Consulta de 20/03/2019 (V0597-19)*

La consulta se refiere a una sociedad que realizó dos operaciones de reducción de capital con devolución de aportaciones a sus socios en 2017. No obstante, la inscripción de dichas operaciones en el Registro Mercantil se realizó en un ejercicio posterior. Dada la discrepancia entre el período de ejecución de las operaciones y el de inscripción, se pregunta acerca de la imputación temporal del rendimiento obtenido en la reducción de capital.

La DGT recuerda que la inscripción en el Registro Mercantil de la operación de reducción de capital no tiene carácter constitutivo tal y como establece la sentencia de 27 de marzo de 1984

de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Por esa razón, la imputación de los rendimientos del capital mobiliario obtenidos en la operación deben imputarse al ejercicio en que se acordaron, y no a los ejercicios posteriores en los que se inscribieron.

**Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Exención aplicable a entidades sin fines lucrativos**

*Consulta de 13 de marzo de 2019 (V0534-19)*

Una entidad sin ánimo de lucro es propietaria de un inmueble que arrienda a un tercero para la explotación de un negocio de hostelería y destina los ingresos derivados de dicho alquiler a sus fines fundacionales. La consulta plantea si la titularidad de dicho inmueble puede beneficiarse de la exención en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles ("IBI") prevista en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

La exención del IBI se aplica sobre los bienes inmuebles de los que sean titulares las entidades sin fines lucrativos, excepto cuando estén afectos a explotaciones económicas no exentas del Impuesto sobre Sociedades. Por otra parte, el artículo 6 de la Ley 49/2002 establece que las rentas procedentes del patrimonio mobiliario o inmobiliario de la entidad (dividendos y participaciones en beneficios de sociedades, intereses, cánones y alquileres) estarán exentas del Impuesto sobre Sociedades.

Por consiguiente, únicamente los inmuebles afectos a actividades realizadas por la entidad que se consideren exentas del Impuesto sobre Sociedades, bien por generar rentas exentas del artículo 6 de la Ley 49/2002, o bien por considerarse explotaciones económicas exentas (definidas en el artículo 7 de la misma Ley 49/2002) estarán a su vez exentas del IBI.

Por otra parte, la aplicación de la citada exención solo se ve afectada por las actividades realizadas por el sujeto pasivo titular del derecho sobre el bien inmueble gravado, con independencia de las actividades que pueda llevar a cabo el arrendatario del inmueble en el caso de que todo o parte del inmueble gravado se ceda en arrendamiento a un tercero.

**[Portugal]**

**RGIT – Encerramento da liquidação – Pessoa Coletiva Extinta – Responsabilidades**

*Acórdão n.º 636/2018 (Processo n.º 876/16) - Tribunal Constitucional*

O Acórdão em apreço foi proferido na sequência de pedido apresentado pelo Ministério Público ("MP") de "*apreciação da inconstitucionalidade da norma do art.º 7.º, n.º 5, do RGIT, aprovada pela Lei 15/2001, de 05/06 (...) [c]uja aplicação foi recusada (...) por ter sido julgada materialmente inconstitucional*".

A questão submetida ao escrutínio do Tribunal Constitucional ("TC") prende-se fundamentalmente com a análise da conformidade constitucional da interpretação normativa do artigo 7.º, n.º 5, do RGIT - "*(...) no sentido de que impõe o prosseguimento do processo destinado a apurar a responsabilidade criminal de pessoa coletiva já extinta pelo encerramento da respetiva liquidação, nos termos do n.º 2 do artigo 160.º do Código das Sociedades Comerciais, fazendo correr sobre o património de cada associado a responsabilidade pelo cumprimento da pena de multa que vier a ser aplicada*" - com o artigo 30.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa ("CRP") que consagra o princípio constitucional da intransmissibilidade das penas, estabelecendo que "*a responsabilidade penal é insuscetível de transmissão*".

No Acórdão em referência, o TC decidiu que a referida interpretação normativa do n.º 5 do artigo 7.º do RGIT afigura-se desconforme ao princípio da intransmissibilidade das penas na medida em que "*(...) o regime de responsabilização inscrito na dimensão normativa aproveita essa mesma qualidade de sócio para impor a terceiro a responsabilidade penal exigida à pessoa coletiva*", o que, no entendimento do TC: "*(...) envolve, necessariamente, uma transmissão da responsabilidade penal, em infração do artigo 30.º, n.º 3, da Constituição*".

O TC decidiu assim: (i) "*julgar inconstitucional, por violação do artigo 30.º, n.º 3, da Constituição, a interpretação normativa do n.º 5 do artigo 7.º do Regime Geral das Infrações Tributárias (...) no sentido de que impõe o prosseguimento do processo destinado a apurar a responsabilidade crimi-*

nal de pessoa coletiva já extinta pelo encerramento da respetiva liquidação, nos termos do n.º 2 do artigo 160.º do Código das Sociedades Comerciais, fazendo correr sobre o património de cada associado a responsabilidade pelo cumprimento da pena de multa que vier a ser aplicada"; (ii) negar o recurso apresentado pelo MP; e, em consequência (iii) manter a sentença objeto de recurso.

**Adicional ao IMI ("AIMI") - Exclusão de tributação dos prédios afetos a atividades económicas e de terrenos para construção com destino autorizado para comércio, indústria, serviços ou outros**

*Acórdão n.º 299/2019 (Processo n.º 752/2018) – Tribunal Constitucional*

O Acórdão em apreço foi proferido na sequência de pedido, apresentado por uma sociedade gestora de um fundo de investimento, de fiscalização concreta da constitucionalidade das normas constantes do artigo 135.º-B do Código do IMI à luz dos princípios constitucionais da igualdade e capacidade contributiva.

No processo em referência, o Tribunal Constitucional ("TC") foi chamado a apreciar a constitucionalidade: (i) das normas constantes do artigo 135.º-B do Código do IMI, quando interpretadas "(...) no sentido de incluir [no âmbito de incidência do AIMI] prédios urbanos classificados, nos termos do artigo 6.º do Código do IMI, como "habitacionais" e "terrenos para construção" quando afetos ao exercício de atividades económicas" e, a título subsidiário, quando interpretadas "(...) no sentido de incluir no âmbito de aplicação do AIMI os "terrenos para construção" com fins de comércio, indústria, serviços ou outro."

O TC restringiu o âmbito do recurso à questão da análise da conformidade constitucional da "(...) norma extraída do artigo 135.º-B do Código do IMI, no sentido de incluir, no âmbito de aplicação do Adicional ao IMI, os «terrenos para construção» com fins de comércio, indústria, serviços ou outros, em face dos princípios da igualdade e da capacidade contributiva, consagrados nos artigos 13.º e 104.º, n.º 3, da Constituição."

O TC decidiu que a referida interpretação normativa "(...) não merece censura à luz dos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da capacidade contributiva (artigos 13.º, 18.º, n.º 2 e 104.º, n.º 3, da Constituição)" na medida em que, por um lado, a prossecução estatutária de atividades de promoção ou exploração imobiliária não "(...) permit[er] afastar, quanto a todos os sujeitos cuja atividade nesse ramo implique a detenção de direitos sobre imóveis, a tributação da riqueza predial de que sejam titulares" e o legislador do AIMI não pretende "(...) tributar o rendimento gerado pelo património imobiliário (o rendimento-produto)" mas antes "(...) a riqueza diretamente revelada pela própria titularidade de um valor patrimonial - na espécie, a riqueza decorrente da titularidade de direitos sobre bens imóveis urbanos de uma certa tipologia."

Mais decidiu o TC que "(...) o racional da delimitação da incidência do imposto em pauta não decorre da atividade económica exercida pelo sujeito passivo, mas sim, tal como no IMI, da afetação social do prédio urbano" não resultando "(...) do programa constitucional de igualização tributária através dos impostos sobre o património uma qualquer exigência de discriminação positiva das empresas, mormente das empresas do ramo imobiliário, face aos restantes contribuintes sujeitos a esse tipo de impostos".

Noutra linha argumentativa e especificamente sobre a interpretação normativa do disposto no artigo 135.º-B nos termos da qual os terrenos para construção com destino a serviços, indústria, comércio ou outros não estão excluídos do âmbito de incidência objetivo do AIMI, o TC decidiu que "(...) obedecendo a teleologia da norma do n.º 2 do artigo 135.º-B do Código do IMI ao desiderato de não onerar excessivamente os ativos imobiliários com função intermediária no seio de organização empresarial do sujeito passivo, quanto aos terrenos para construção esse nexo funcional não se encontra ainda estabelecido com suficiente garantia, uma vez que o seu titular não está em absoluto impedido de alterar a finalidade projetada, de modo a destinar à construção de prédios para habitação terrenos inicialmente licenciados para construção com outras destinações. Já no caso dos prédios edificados, com fins de comércio, indústria, serviços ou outros (...) assume o legislador que a probabilidade de um tal desvio é escassa e, nessa medida, que o risco se mostra insuficiente para colocar em crise a conformação do imposto." concluindo assim o TC que "(...) nem o termo eleito para comparar as situações jurídico-subjetivas – a utilização potencial dos prédios urbanos – comporta relevo no núcleo problemático em equação, nem os titulares das duas tipologias de prédios urbanos postas em confronto – terrenos para construção com fins de comér-

*cio, indústria, serviços ou afins, por um lado, e prédios construídos classificados, de acordo com o artigo 6.º do Código de IMI, como «comerciais, industriais ou para serviços» ou «outros», por outro - estão em posição equiparável, de acordo com o facto tributário e a estrutura de incidência objetiva do AIMI".*

O TC decidiu assim que a interpretação normativa do artigo 135.º-B, n.º 2, do Código do IMI, nos termos da qual os terrenos para construção com destino a comércio, indústria, serviços ou outros não estão excluídos do âmbito de incidência objetivo do AIMI, não se afigura desconforme aos princípios constitucionais da igualdade tributária, proporcionalidade e capacidade contributiva.

#### **Acórdão n.º 306/2019 (Processo n.º 756/2018) – TC**

O Acórdão em apreço foi proferido na sequência de pedido, apresentado pela AT, de fiscalização concreta da constitucionalidade das normas constantes do artigo 135.º-B, n.ºs 1 e 2, do Código do IMI "(...) no segmento em que sujeita a tributação em adicional ao imposto municipal sobre imóveis (AIMI) a propriedade de terrenos para construção pertencentes a empresas que têm por objeto a comercialização de imóveis".

O TC decidiu que a questão de constitucionalidade em análise já havia sido objeto de apreciação no Acórdão n.º 299/2019 tendo reproduzido a posição plasmada naquele Acórdão e tendo julgado não inconstitucional o referido segmento da norma na interpretação normativa em análise.

#### **Imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis ("IMT") - Aquisição de imóveis a fundos de investimento imobiliário - Redução de taxas**

#### **Decisão arbitral de 13 de maio de 2019 (processo 630/2018-T).**

No caso que foi objeto do escrutínio do Tribunal Arbitral Coletivo estava em causa a análise da aplicabilidade da redução da taxa de IMT a metade estabelecida no artigo 49.º do Estatuto dos benefícios fiscais ("EBF") à aquisição, em 22.01.2015, de imóveis a um fundo de investimento imobiliário aberto.

Após delimitar o objeto da ação e tecer algumas considerações sobre a evolução legislativa da norma em análise, o Tribunal acatou a jurisprudência fiscal arbitral proferida relativamente à aplicação dos benefícios fiscais constantes do artigo 1.º do Decreto Lei 1/87 à aquisição de imóveis por fundos de investimento nos termos da qual "(...) enquanto o citado diploma de 1987 se reportava a aquisições de bens imóveis efectuadas para um fundo de investimento imobiliário, a redução das taxas aplicáveis a que se refere o artigo 49.º do EBF abrange as transmissões de prédios integrados em fundos de investimento imobiliário, cobrindo quer as aquisições quer as alienações de imóveis."

Após a transposição da referida jurisprudência para o caso em análise naqueles autos, o Tribunal decidiu que: "No caso vertente, estamos perante a alienação à Requerente, por um fundo de investimento imobiliário, de um imóvel que se encontrava integrado no seu património. A alienação foi realizada em 2015, ainda antes de se ter operado a revogação desse artigo 49.º, que apenas ocorreu através da Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março. A citada norma do artigo 49.º, n.º 1, do EBF, encontrando-se vigente à data da transação, é também muito clara ao fixar uma redução para metade das taxas aplicáveis aos prédios integrados em fundos de investimento imobiliário, pelo que o acto de liquidação, ao desconsiderar esse benefício fiscal, violou frontalmente essa disposição."

O Tribunal acrescentou ainda que "Não há motivo (...) para considerar verificada a violação do princípio da igualdade. Como resulta do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 1/87, a isenção de imposto originariamente estabelecida nesse diploma visava estabelecer condições para a criação de fundos de investimento imobiliário para desse modo induzir efeitos positivos na indústria de construção e no mercado de arrendamento. E terá sido esse objectivo que justificou a isenção prevista no EBF, depois convertida em redução das taxas aplicáveis."

Em face do exposto, o Tribunal julgou totalmente procedente o pedido arbitral e ordenou a anulação da liquidação de IMT que não aplicou o benefício fiscal constante do artigo 49.º do Código do IMT (redução da taxa de IMT em 50%) e o reembolso do imposto indevidamente pago acrescido de juros indemnizatórios.

**IVA - Aplicação de pena de admoestação a infrações tributárias graves**

*Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 19 de junho de 2019 (processo n.º 02584/15.OBELRS)*

No referido Acórdão, o STA foi chamado a pronunciar-se sobre a aplicabilidade da pena de admoestação a infração tributária resultante do atraso no pagamento do IVA.

O STA pronunciou-se sobre o tema em análise na sequência de recurso apresentado pela AT de sentença proferida pelo Tribunal Tributário de Lisboa que julgou procedente o recurso da decisão de aplicação de coima apresentado pelo contribuinte e substituiu a pena de aplicação de coima por uma pena de admoestação.

No Acórdão em referência, o STA vem decidir que o artigo 51.º do Regime Geral das contraordenações ("RGCO"): "(...) ao autorizar a aplicação de admoestação «quando a reduzida gravidade da infração e da culpa do agente o justifique»" poderá aplicar-se às infrações tributárias por força do disposto no artigo 3.º, alínea b), do RGIT.

Mais decidiu o STA que a referida pena de admoestação poderá aplicar-se a infrações que "(...) o RGIT classifica como graves ou a infrações que, por natureza, representam um grave incumprimento de deveres legais e denotam um comportamento censurável, como é o caso do retardamento da entrega do montante do IVA exigível".

Para justificar a sua posição, o STA afirma, designadamente, que: "(...) se relativamente à dispensa da coima, prevista no art. 32.º do RGIT, o legislador não restringiu a possibilidade às contraordenações classificadas como leves nos termos do art. 23.º do mesmo Regime (...) mal se compreenderia que tivesse estabelecido essa restrição relativamente à admoestação, que constitui ainda uma sanção (e não dispensa dela)."

Em face do exposto, o STA concluiu que a sentença objeto de recurso não padece de erro de julgamento na interpretação do artigo 51.º do RGCO e na consequente substituição da coima aplicada por uma pena de admoestação e, em consequência, julgou totalmente improcedente o recurso apresentado pela AT.

**Contribuição sobre o setor bancário ("CSB") - Qualificação jurídica - Inconstitucionalidade**

*Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 11 de julho de 2019 (processo n.º 0251/14.OBEFUN)*

No Acórdão em referência, o Supremo Tribunal Administrativo ("STA") foi chamado a pronunciar-se sobre a legalidade de duas (auto) liquidações da CSB na sequência de recurso apresentado pelo contribuinte contra uma sentença proferida pelo Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal que julgou improcedente a impugnação judicial apresentada pelo mesmo.

No recurso apresentado, o contribuinte assacou os seguintes erros de julgamento à sentença proferida pelo tribunal de primeira instância: (i) qualificação da CSB como contribuição financeira ao invés de imposto; (ii) entendimento segundo o qual o regime jurídico da CSB relativo aos anos de 2012 e 2013 não padece de inconstitucionalidade por violação dos princípios constitucionais da proibição da retroatividade da lei fiscal, da legalidade, da igualdade e da equivalência.

No que diz respeito à primeira questão atinente à qualificação jurídica da CSB, o STA decidiu que a mesma deve ser enquadrada como uma contribuição financeira ao invés de imposto.

Em consequência da referida qualificação jurídica da CSB, o STA decidiu que, no que diz respeito à segunda questão suscitada pelo Recorrente, o regime jurídico da CSB não se afigura desconforme: (i) ao princípio da legalidade na medida em que o mesmo "(...) permite com segurança afirmar que a incidência objectiva não é indeterminada nem se queda pela mera remissão para o diploma regulamentar, possibilitando ao sujeito passivo saber qual o valor do tributo que lhe será exigido, pois que se fixam regras ou critérios objectivos que permitem trazer alguma previsibilidade ou segurança a esse processo de quantificação."; nem (ii) aos princípios da não retroatividade da lei fiscal, da igualdade, da capacidade contributiva e da equivalência, aderindo à posição anteriormente adotada pelo STA no processo n.º 02340/13.OBELRS 0683/17.

O STA concluiu assim que as (auto) liquidações da CSB emitidas em 2012 e 2013 não enfermam das ilegalidades assacadas pelo contribuinte e, em consequência, que a decisão proferida pelo

tribunal de primeira instância - que foi objeto de recurso - não enferma dos referidos erros de julgamento, tendo julgado improcedente o recurso apresentado pelo contribuinte.

## 5 · DOUTRINA ADMINISTRATIVA

### Operações relativas a criptomoedas ("bitcoin") - IVA

*Informação Vinculativa n.º 14763, por despacho de 28 de janeiro de 2019 da Diretora de Serviços do IVA*

No procedimento de informação vinculativa em referência, foi solicitado à AT que se pronunciasse quanto ao enquadramento em sede de IVA de determinadas transações com criptomoedas.

Sobre esta temática, e com base na jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE proferida a este respeito, começou a AT por informar que a transferência de criptomoeda com a finalidade única de meio de pagamento não constitui, tal como as divisas tradicionais usadas como meio liberatório, um facto gerador do IVA.

Já quando as operações consistam no câmbio a título oneroso de criptomoeda por divisas tradicionais (e vice-versa) no exercício de uma atividade económica, as mesmas configuram uma prestação de serviços para efeitos de IVA, sendo o valor tributável da operação a contraprestação obtida pelo transmitente da divisa.

Contudo, no entender da AT, quando a transmissão onerosa de criptomoeda nos termos acima indicados esteja sujeita a IVA em Portugal por força das regras de localização das prestações de serviços previstas no artigo 6.º n.º 6 e seguintes do Código do IVA, tal transmissão estará isenta de IVA ao abrigo do artigo 9.º, n.º 1, alínea 27), subalínea d) do Código do IVA, enquanto operações relativas a meios de pagamento. Tal isenção não dispensa o sujeito passivo da obrigação de emissão de fatura, nos termos gerais.

### Fusão entre fundos de investimento imobiliário - benefícios fiscais

*Informação Vinculativa n.º 14792 (Processo n.º 2018001771), com despacho concordante de 12 de fevereiro de 2019*

No procedimento de informação vinculativa em referência, a AT foi chamada a pronunciar-se sobre a questão de saber se a fusão entre dois fundos de investimento imobiliário poderia beneficiar dos benefícios fiscais previstos para a reorganização de empresas em resultado de operações de reestruturação, tal como previstos no artigo 60.º do EBF.

A este respeito, afirmou a AT que o âmbito de aplicação dos referidos benefícios fiscais, no que à fusão diz respeito, se encontra limitado, no termos do artigo 60.º, n.º 3, alínea a) do EBF a "fusões de sociedades, empresas públicas ou cooperativas", não se aplicando aos fundos de investimento.

Desta forma, concluiu a AT que a fusão entre fundos de investimento não pode beneficiar do regime previsto no artigo 60.º do EBF.

Mais atentou a AT que o artigo 60.º do EBF não contém qualquer norma similar à prevista no artigo 22.º, n.º 7, do EBF - a qual prevê expressamente a aplicabilidade aos fundos de investimento do regime da neutralidade fiscal previsto no Código do IRC para as operações de reestruturação de sociedades -, não sendo possível a sua aplicação analógica ao caso em análise.

### Cisão de fundo de investimento imobiliário - IMT

*Informação Vinculativa n.º 14793 (Processo n.º 2018001772), com despacho concordante de 12 de fevereiro de 2019*

No referido procedimento de informação vinculativa, foi solicitado à AT que se pronunciasse sobre a questão de saber se a transmissão de um imóvel no contexto de uma operação de cisão de um fundo de investimento imobiliário detido a 100% por uma única entidade se qualifica como um facto tributável para efeitos de IMT.

Nos termos do artigo 2.º, n.º 5, alínea g) do Código do IMT, ficam sujeitas a IMT as transmissões de imóveis ocorridas no contexto de (i) operações de fusão ou cisão de sociedades comerciais



e civis sob a forma comercial, entre si ou com sociedade civil; e no âmbito de (ii) fusão de fundos de investimento imobiliários fechados de subscrição particular.

A este respeito, a AT afirmou, por um lado, que os fundos de investimento são patrimónios autónomos destituídos de personalidade jurídica, não se podendo considerar abrangidos pelo conceito de “*sociedade*” previsto na lei e, por outro lado, que a norma acima referida aplica-se apenas às operações de fusão de fundos de investimento imobiliário (fechados de subscrição particular) mas não as operações de cisão relativamente a esses fundos.

Neste sentido, concluiu a AT que a transmissão de imóveis no contexto de uma operação de cisão de um fundo de investimento imobiliário (ainda que fechado de subscrição particular) não preenche a previsão do artigo 2.º, n.º 5, alínea g) do CIMT e, como tal, não se encontra sujeita a IMT.

Mais informou a AT que a mesma operação não se encontra sujeita a Imposto do Selo nos termos da verba 1.1. da Tabela Geral do Imposto do Selo.

**AT – IRC –  
Rendimento  
resultante do  
vencimento  
antecipado de  
obrigações no âmbito  
de uma insolvência**

*Informação Vinculativa n.º 13856 (Processo n.º 2018 001927), de 27 de fevereiro de 2019*

No procedimento de informação vinculativa em referência, foi solicitado à AT que se pronunciasse sobre o enquadramento, em sede de IRC e para efeitos do artigo 268.º do CIRE, referente ao rendimento resultante do vencimento antecipado das dívidas de uma sociedade declarada insolvente.

No caso em apreço, em resultado do vencimento antecipado das dívidas decorrente da declaração de insolvência e respetiva liquidação, o sujeito passivo reconheceu um rendimento correspondente à diferença entre o valor nominal pelo qual estavam contabilizadas tais dívidas e o valor atualizado das mesmas, nos termos do artigo 91.º do Código da insolvência e da recuperação de empresas (“CIRE”).

No entendimento da AT, o referido rendimento associado à atualização do valor nominal das dívidas é considerado rendimento tributável nos termos do artigo 20.º, n.º 1, alínea c), do Código do IRC.

Não obstante, entendeu a AT que tal rendimento constitui uma variação patrimonial positiva que não concorre para a formação da matéria coletável do devedor, de acordo com o disposto no artigo 268.º CIRE (que estabelece que “[n]ão entram (...) para a formação da matéria coletável do devedor as variações patrimoniais positivas resultantes das alterações das suas dívidas previstas em plano de insolvência, plano de pagamentos ou plano de recuperação”).

**IRS – Benefício fiscal  
para ex-residentes**

*Ofício Circulado n.º 20206, de 28 de fevereiro de 2019*

O presente ofício vem esclarecer os critérios de aplicação prática do regime fiscal aplicável a ex-residentes previsto no artigo 12.º-A do Código do IRS (tal como introduzido pela Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro), o qual prevê a exclusão de tributação de 50% dos rendimentos de trabalho dependente e rendimentos empresariais e profissionais dos sujeitos passivos que se tornem residentes fiscais em Portugal em 2019 ou 2020, e que não o tenham sido nos três anos anteriores.

De acordo com as diretrizes do referido Ofício:

- (i) O sujeito passivo beneficia do regime no ano em que se encontrem verificados os requisitos e nos quatro anos seguintes àquele. A verificação do estatuto de residente afere-se a 31 de dezembro de 2019 ou de 2020, sendo o ano em que se verifica o regresso o relevante para o início da aplicação do regime (independentemente da data concreta em que o contribuinte passou a ser residente fiscal em Portugal).
- (ii) Quando verificados os pressupostos de aplicação do regime, este benefício fiscal opera de forma automática, não carecendo de reconhecimento anterior por parte da AT. Não obstante o contribuinte deverá invocar o direito ao benefício na respetiva declaração anual de rendimentos de IRS.
- (iii) Para efeitos da dispensa de retenção na fonte sobre uma parte dos rendimentos de categoria A, o sujeito passivo tem de apresentar uma declaração à entidade devedora de rendimentos comprovativa de que preenche os requisitos para a aplicação deste benefício fiscal.

- (iv) Quanto aos sujeitos passivos que obtenham rendimentos de categoria B e aos quais seja aplicável este benefício fiscal, a dispensa de retenção na fonte sobre metade do rendimento deverá ser feita mediante aposição no competente recibo de quitação da menção “*Retenção sobre 50%, nos termos do artigo 12.º-A do Código do IRS*”.

Por fim, caso a AT não disponha, nos seus dados, de informação que comprove o preenchimento dos requisitos necessários para a aplicação do regime, caberá ao sujeito passivo que invoca o direito ao benefício fiscal provar que aqueles se encontram verificados, devendo para o efeito apresentar um requerimento junto do Serviço de Finanças da área do domicílio, aquando do seu regresso, com os adequados documentos de prova.

#### **IRC – Dispensa do pagamento especial por conta (“PEC”)**

*Ofício Circulado n.º 20208, de 18 de março de 2019*

O presente ofício vem esclarecer o alcance da dispensa do PEC prevista na alínea e) do n.º 11 do artigo 106.º do Código do IRC, aditada pela Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro, determinando que:

- (i) A aplicação da dispensa é válida por cada período de tributação e não carece de procedimento prévio;
- (ii) São condições para a dispensa do PEC que o sujeito passivo tenha cumprido, dentro do respetivo prazo legal, a obrigação de entrega da declaração de rendimentos Modelo 22 e da declaração anual de informação contabilística e fiscal (“IES”) referente aos dois exercícios anteriores àquele em que a dispensa do PEC deverá aplicar-se;
- (iii) Para efeitos desta dispensa, é irrelevante a entrega de declarações de substituição;
- (iv) A verificação de preenchimento das condições necessárias à dispensa do PEC é feita pelo contribuinte e cabe à AT verificar a situação tributária do sujeito passivo, através de um controlo *a posteriori*.

#### **IRS – Obrigatoriedade de declarar contas de natureza distinta de depósitos ou títulos**

*Ofício Circulado n.º 20.211, de 18 de abril de 2019*

O presente Ofício vem esclarecer o alcance da norma constante do artigo 63.ºA, n.º 8, da LGT, na qual se determina a obrigação de identificação de contas de depósitos ou de títulos abertas em instituições financeiras no estrangeiro.

No referido Ofício, a AT esclarece que, contas de natureza distinta das acima mencionada (i.e. “de depósitos” ou “de títulos”) não estão abrangidas pela obrigação constante do artigo referido.

As contas de pagamento – a título exemplificativo, as contas *Revolut* – ficam assim fora da obrigação declarativa estabelecida no Anexo J do modelo 3 de IRS.

#### **IRC – Transmissão de ramo de atividade numa operação de entrada de ativos imóveis**

*Informação Vinculativa n.º 14643 (Processo n.º 2018004230), por despacho concordante de 10 de janeiro de 2019 e disponibilizado em 1 de abril de 2019*

No procedimento de informação vinculativa em apreço, foi solicitado à AT que se pronunciasse sobre a questão de saber se o destacamento de 3 imóveis afetos a uma atividade de alojamento local por parte de uma sociedade para, com cada um deles, constituir uma nova sociedade, poderá ser enquadrado como três operações de entradas de ativos para efeitos de aplicação do regime da neutralidade fiscal em sede de IRC.

Estava em causa a verificação da existência de um “ramo de negócio” a ser transmitido, ou seja, a existência, em cada um dos imóveis transferidos, de uma unidade económica autónoma, capaz de funcionar pelos próprios meios.

De acordo com o entendimento da AT, nada obsta a que um edifício e demais recursos consubstanciem um ramo de atividade, desde que já fosse evidente que, na sociedade contribuidora, esse mesmo edifício era objeto de uma gestão individualizada face aos outros, tendo a empresa para esse efeito afetado a cada um deles um conjunto de meios materiais e humanos.

Como no caso submetido à análise da AT, a sociedade contribuidora geria os três imóveis de forma conjunta, a AT veio entender que “*não se descortina dos elementos remetidos que a atividade de alojamento local fosse desenvolvida, com caráter autónomo, relativamente a cada um dos edifícios por forma a concluir que se tratam de vários ramos de atividade*”.

Desta forma, por se tratar de um único ramo de atividade, concluiu a AT que os 3 destacamentos individualizados daqueles 3 imóveis a favor de 3 sociedades distintas não poderia beneficiar do regime da neutralidade fiscal em sede de IRC.

**IMI – Revogação das normas de benefícios fiscais – Aplicação da lei no tempo**

*Informação Vinculativa n.º 14917 (Processo n.º 2019000096), disponibilizada em 7 de junho de 2019*

No procedimento de informação vinculativa em referência, foi solicitado à AT que se pronunciasse sobre o âmbito de aplicação das normas revogatórias de benefícios fiscais, nomeadamente quando estamos perante benefícios fiscais atribuídos a título temporário.

No caso submetido à análise da AT, estava em causa a isenção de IMI prevista no artigo 47.º do EBF, aplicável aos prédios aos quais tinha sido atribuído o estatuto de utilidade turística, isenção essa que, quando atribuída, vigorava por um período de sete anos. O legislador que revogou tal benefício não estabeleceu qualquer regime transitório para os contribuintes cujo direito à isenção já tivesse sido adquirido, mas não tivesse ainda caducado.

A AT concluiu que as normas que revogam benefícios fiscais temporários não se aplicam a sujeitos passivos que, à data de tal revogação, já adquiriram o direito a tais benefícios, mantendo-se os mesmos até ao final do prazo previsto aquando da sua atribuição, exceto se a lei determinar expressamente o contrário.

*Informação Vinculativa n.º 15537 (Processo n.º 2019000487), disponibilizada em 7 de junho de 2019*

No referido procedimento de informação vinculativa, foi solicitado à AT que se pronunciasse sobre a questão de saber se a aquisição gratuita de uma parte (quota-ideal) de um prédio urbano habitacional, com a posterior aquisição onerosa da outra parte do mesmo prédio, preclui o direito à isenção de IMI prevista no artigo 46.º do EBF.

**IMI – Isenção para prédios habitacionais adquiridos parcialmente a título gratuito**

Nos termos da referida norma legal, poderão beneficiar da isenção de IMI os prédios urbanos adquiridos a título oneroso destinados à habitação própria e permanente do sujeito passivo ou do seu agregado familiar, cujo rendimento coletável em sede de IRS, no ano anterior, não seja superior a € 153.000.

A este respeito, começou a AT por invocar que a referida isenção de IMI, por visar prédios ou partes de prédios urbanos habitacionais, compreende apenas o direito a coisas certas e determinadas e que, em caso de compropriedade ou comunhão, cada consorte ou comproprietário não dispõe do direito a coisa certa ou determinada, mas sim um direito sobre uma quota-ideal da totalidade do prédio.

Neste sentido, concluiu a AT que, no caso concreto, não estaria em causa a aquisição de coisa certa e determinada, mas sim a aquisição gratuita de uma quota-ideal (correspondente a 50% de um prédio urbano), não havendo, assim, lugar ao reconhecimento da referida isenção de IMI, mesmo em relação à parte (quota-ideal) adquirida onerosamente.

**IRS – Residente não habitual (“RNH”) – Inscrição eletrónica – Criação do estado de “suspenso”**

*Ofício-Circulado n.º 90027, de 5 de julho de 2019*

No Ofício-Circulado em referência, a AT vem divulgar que foi criado um novo estado - de “suspenso” - por referência à situação do pedido de inscrição de um contribuinte como RNH, o qual é aplicável aos casos em que a AT detete que o referido contribuinte está inscrito como residente fiscal em Portugal em qualquer um dos cinco anos anteriores ao ano em que pretende começar a beneficiar do regime dos RNH.

## UNIÓN EUROPEA \*

### 1 · JURISPRUDENCIA

**El Tribunal de Justicia declara que los Estados miembros tienen competencia para determinar los métodos de cómputo del tiempo de trabajo en la aplicación de la Directiva 2003/88/CE**

*Sentencia del Tribunal de Justicia, de 11 de abril de 2019, en el asunto C-254/18 Syndicat des cadres de la sécurité intérieure contra Premier ministre, ministre de l'Intérieur et ministre de l'Action et des Comptes publics*

En esta sentencia el TJUE da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado francés en relación con el periodo de referencia que se usa para calcular el tiempo de trabajo medio de los oficiales de policía en activo a la luz de las previsiones sobre la organización de la jornada laboral de la Directiva 2003/88/CE.

En concreto, la norma legal vigente establece que el tiempo de trabajo semanal no debe exceder, de media, las 48 horas en un periodo de seis meses. El *Syndicat des cadres de la sécurité intérieure* francés (sindicato de altos cargos de las fuerzas de seguridad) sostenía que la norma nacional que preveía el cálculo sobre semestres fijos en lugar de sobre periodos dinámicos de seis meses exactos, en los que la fecha de inicio y fin dependa del paso del tiempo, era contraria a lo previsto en la Directiva 2003/88/CE.

El TJUE ha dictaminado que los Estados miembros tienen derecho a determinar libremente los periodos de referencia para el cómputo del tiempo de trabajo, ya que la Directiva no se pronuncia al respecto. Los objetivos del legislador europeo son garantizar la seguridad y la salud en el trabajo en toda la Unión mediante la fijación de máximos de horas semanales de trabajo, entre otras medidas. *Per se*, el cómputo de dichos máximos a partir de periodos fijos o dinámicos no condiciona dichos objetivos. Sin embargo, se advierte de que el uso de periodos de referencia fijos debe ir acompañado de mecanismos que garanticen que se respeta el máximo de 48 horas semanales a lo largo de todo el año.

**El Tribunal de Justicia dictamina que se puede incurrir en infracciones mediante la inclusión en productos no cubiertos por una DOP de etiquetados con elementos figurativos que manifiestamente evoquen la región a la que se vincula esta**

*Sentencia del Tribunal de Justicia, de 2 de mayo de 2019, en el asunto C-614/17 Fundación Consejo Regulador de la DOP Queso Manchego contra Industrial Quesera Cuquerella, S.L., y Juan Ramón Cuquerella Montagud*

El Tribunal Supremo español planteó cuestión prejudicial mediante auto de 19 de octubre de 2017 ante el TJUE sobre la posible infracción de una denominación de origen protegida ("DOP") por la utilización de signos figurativos que evoquen la zona geográfica a la que está vinculada. El litigio había comenzado como consecuencia de la demanda interpuesta por la Fundación Consejo Regulador de la DOP Queso Manchego, organismo encargado de la protección de dicha DOP (la "Fundación"), contra Industrial Quesera Cuquerella S.L. ("IQC") y D. Juan Ramón Cuquerella Montagud. El motivo de esta era la utilización por parte de IQC de etiquetados en tres de sus quesos que evocaban, a juicio de la Fundación, la DOP Queso Manchego, sin estar cubiertos los quesos en cuestión por la citada DOP. Los tribunales españoles desestimaron la demanda, tanto en primera instancia como en apelación, amparándose en que los etiquetados objeto del litigio podían evocar la región de La Mancha, pero no necesariamente el queso protegido por la DOP. La Fundación interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que elevó al TJUE una cuestión prejudicial.

Los signos evocativos que se mencionan en la demanda son referencias a la obra *Don Quijote de la Mancha*, de Miguel de Cervantes, considerada el símbolo por antonomasia de dicha región. También se cuestiona el uso en las etiquetas de dibujos de un caballero que se asemeja

(\*) Esta sección ha sido coordinada por Edurne Navarro, y en su elaboración han participado Raquel Lapresta, Pilar Córdoba y Pablo Moro, del Grupo de Coordinación de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea, Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Bruselas).

a las representaciones habituales de Don Quijote, de un caballo escuálido y de paisajes con molinos de viento y rebaños de ovejas. El TJUE entiende que la evocación de una DOP que se prohíbe en el artículo 13.1b del Reglamento 510/2006 puede producirse también a través de símbolos que aludan a la zona geográfica a la que se vincula esta y no solo a la propia denominación registrada. El Reglamento protege la DOP contra “*toda evocación*”, mención en la que deben entenderse comprendidos también los elementos figurativos, si estos traen a la mente del consumidor los productos que se trata de proteger.

Con respecto a este criterio, el Tribunal Supremo también se plantea si el concepto de “*consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*”, a cuya percepción debemos atender, debe entenderse referido a la generalidad de los consumidores europeos o en concreto a los procedentes del Estado miembro en el que se fabrica el producto. El TJUE señala que la protección del producto debe estar suficientemente garantizada en cualquier parte del territorio de la UE, por lo que, en este caso, debe atenderse especialmente a la percepción de los consumidores españoles, ya que en este Estado es donde se comercializa mayoritariamente el producto. Le corresponde, por tanto, al Tribunal Supremo determinar hasta qué punto los elementos del etiquetado de los quesos elaborados por IQC evocan, en la mente del consumidor medio de nuestro país, el producto protegido “queso manchego”.

Por último, el TJUE observa que el Reglamento no establece ninguna excepción en beneficio de los productores establecidos en la zona geográfica vinculada a la DOP que no estén amparados por ella. De ello debe extraerse la conclusión de que el hecho de que IQC lleve a cabo su actividad en Castilla-La Mancha no implica que pueda utilizar libremente los signos figurativos a los que hacíamos referencia y que evocan a la DOP “queso manchego”, ya que, en ese caso, estaría aprovechándose del prestigio de esta sin cumplir los requisitos fijados por el Consejo Regulador.

**El Tribunal de Justicia declara que la ley húngara que suprime los derechos de usufructo sobre terrenos agrícolas en los casos en los que el usufructuario no es pariente cercano del propietario viola el principio de libertad de movimiento de capitales y el derecho a la propiedad privada protegido por la Carta**

*Sentencia del Tribunal de Justicia, de 21 de mayo de 2019, en el asunto C-235/17 Comisión contra Hungría*

Mediante la presente sentencia, el TJUE se pronuncia sobre un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión contra Hungría por violación del principio de libre circulación de capitales y del artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (la “*Carta*”), en el que se establece el derecho a la propiedad privada. El conflicto tiene su origen en una ley húngara de 2013 que establece que solo pueden mantenerse o concederse derechos de usufructo sobre terrenos agrícolas situados en Hungría a parientes cercanos de los propietarios. Además, contiene una disposición en virtud de la cual, a partir del 1 de mayo de 2014, los usufructos vigentes que no cumplían las condiciones impuestas por la ley quedaron extinguidos.

El 6 de marzo de 2018, en una sentencia sobre dos procedimientos prejudiciales acumulados, el TJUE ya dictaminó que la citada ley restringía de manera injustificada el principio de libre circulación de capitales. En el presente procedimiento la Comisión solicitó, además, que se declarase que Hungría ha violado no solo este principio, sino también el artículo 17 de la Carta.

El TJUE se ha pronunciado favorablemente con respecto a la petición de la Comisión y ha declarado que efectivamente se aprecia una violación de ambas libertades en la normativa húngara. El TJUE aclara que la Carta sí permite en determinados supuestos privaciones de propiedad por razones de utilidad pública (Hungría había alegado que el fin último de la ley era reservar los terrenos agrícolas a las personas que los explotan e impedir su adquisición con fines especulativos), pero en estos casos debe mediar una indemnización justa y en un tiempo razonable, lo cual no se contempla en la normativa impugnada.

**El Tribunal General rechaza el recurso de indemnización contra el BCE en el que se le exigía responsabilidad por no haber dictaminado que la reestructuración de la deuda pública griega de 2009 era ilegal**

*Sentencia del Tribunal General, de 23 de mayo de 2019, en el asunto T-107/17 Frank Steinhoff y otros contra Banco Central Europeo*

En octubre de 2009, tras el estallido de la crisis de la deuda pública en Grecia, y con el fin de retornar a una situación financiera viable, dicho Estado miembro se propuso efectuar una reestructuración de su deuda pública. Para ello se aprobó una ley con el fin de llevar a cabo un canje de títulos antiguos en manos de acreedores privados por nuevos títulos de deuda. Los acreedores que poseían la mayor parte de la deuda (85,8 %) aceptaron el canje y, como consecuencia de ello, los demás quedaron también obligados a él. El Tribunal General se pronuncia sobre un recurso de indemnización interpuesto contra el BCE por algunos de los acreedores que no habían dado su conformidad para obtener una restitución por las pérdidas. Los demandantes argumentaban que el BCE debería haber advertido al Gobierno griego del carácter ilegal de la reestructuración.

Según la interpretación del Tribunal, la responsabilidad extracontractual del BCE exige que concurren tres requisitos acumulativos, a saber: (i) que la norma jurídica infringida tenga por objeto conferir derechos a los particulares y se trate de una infracción suficientemente caracterizada; (ii) que se demuestre la realidad del daño; y (iii) que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al autor del acto y el daño sufrido.

Habida cuenta del amplio margen de apreciación del que dispone el BCE para realizar sus dictámenes, solo una inobservancia manifiesta de los límites puede dar lugar a responsabilidad. Además, la sentencia apunta que la competencia del BCE es velar por la estabilidad de precios en la eurozona, de modo que no tenía por qué pronunciarse sobre una cuestión de posible incumplimiento contractual entre el Estado griego y sus acreedores particulares.

Finalmente, el Tribunal General destaca que no aprecia violación del principio de respeto de las obligaciones contractuales, puesto que la inversión en títulos de deuda soberana implica siempre el riesgo de un perjuicio patrimonial, dado el prolongado intervalo de tiempo que transcurre desde la emisión de los títulos de deuda, durante el cual existe el riesgo de imprevistos. Además, respecto al hecho de que algunos de los acreedores afectados por el canje no hubieran dado su conformidad, la aplicación general del canje se justifica por razones de interés general relativas a la estabilidad del sistema. Por todo ello, el Tribunal dictamina que el BCE no ha cometido ninguna infracción que pueda dar lugar a una obligación de indemnizar.

**El Tribunal de Justicia determina que el efecto combinado de la tasa de utilización de las carreteras federales y la desgravación en el impuesto de circulación para los vehículos matriculados en Alemania supone una discriminación para los propietarios de vehículos matriculados en otros Estados miembros que deseen circular por Alemania**

*Sentencia del Tribunal de Justicia, de 18 de junio de 2019, en el asunto C-591/17 Austria contra Alemania*

El Tribunal de Justicia se pronuncia sobre un recurso por incumplimiento interpuesto por Austria contra Alemania. Alemania introdujo una tasa de uso de las carreteras federales que debe ser abonada por los propietarios o conductores de turismos, tanto los matriculados en Alemania como en el extranjero, que deseen circular por las autopistas alemanas. Para compensar el sacrificio patrimonial que supone el pago de esta nueva tasa, Alemania introdujo una desgravación en el impuesto de circulación sobre vehículos a motor para los vehículos matriculados en Alemania por un importe equivalente a la nueva tasa.

Austria sostenía que el efecto combinado de la tasa y la desgravación suponía una discriminación para los propietarios de vehículos matriculados en otros Estados miembros que deseen circular por Alemania, ya que, al quedar la tasa compensada para los propietarios de vehículos alemanes, el peso impositivo de esta recaerá casi íntegramente sobre los propietarios y conductores de vehículos con matrícula extranjera. Esto supondría una vulneración del principio de no discriminación por razón de nacionalidad. Además, considera que también se deriva una vulneración de los principios de libre circulación de mercancías y de libre prestación de servicios.

La sentencia confirma que estas medidas producen una discriminación por razón de nacionalidad, así como una vulneración del principio de libre circulación de mercancías y de la libre prestación de servicios, ya que las medidas controvertidas pueden suponer un obstáculo al acceso al mercado alemán de productos y prestadores de servicios de otros Estados miembros.

**El Tribunal de Justicia declara que la ley de reforma del Tribunal Supremo de Polonia supone una violación del principio de independencia judicial**

*Sentencia del Tribunal de Justicia, de 24 de junio de 2019, en el asunto C-619/18, Comisión contra Polonia*

Esta sentencia resuelve un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea contra Polonia como consecuencia de la aprobación por este Estado de una ley de reforma de su Tribunal Supremo. En virtud de dicha ley, la edad de jubilación de los jueces que lo componen se adelanta de los 70 a los 65 años. No obstante, se introduce una disposición que permite que se mantengan en activo hasta los 71 con la autorización del presidente de la República, autorización que se concede de manera totalmente discrecional, previo dictamen no vinculante del Consejo General del Poder Judicial.

La Comisión Europea consideró que esta medida supone un incumplimiento flagrante del Derecho de la Unión, por cuanto conculca gravemente el principio de independencia judicial.

En su resolución, el Tribunal de Justicia ha dado la razón a la Comisión Europea al reconocer que efectivamente se ha producido un incumplimiento del Derecho de la Unión. Por un lado, aprecia que la medida supone una vulneración grave de la garantía de inamovilidad de los jueces frente a intervenciones y presiones externas (en este caso, del poder ejecutivo), ya que la aplicación de la medida (suspendida por el TJUE) supondría el cese anticipado de más de un tercio de los componentes del Tribunal Supremo, incluida su presidenta primera. Por otro lado, en lo que respecta a la posible prórroga, el Tribunal de Justicia entiende que el hecho de que esté subordinada a una decisión enteramente discrecional del presidente de la República viola claramente el principio de independencia e imparcialidad de los órganos judiciales, pues se hace depender la posible continuidad de los miembros de la más alta instancia del poder judicial de una decisión del jefe del Estado que no obedece a ningún criterio objetivamente verificable ni debe estar siquiera motivada.

Todo ello constata que esta medida, de aplicarse, conllevaría una ruptura de los valores comunes proclamados en el artículo 2 TUE (respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos). Uno de los requisitos imprescindibles del respeto del Estado de Derecho es que existan vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva, lo cual es imposible si el Tribunal Supremo no preserva su independencia.

**El Tribunal General desestima la demanda de medidas provisionales de D. Carles Puigdemont y de D. Antoni Comín para que se ordene al Parlamento Europeo permitirles tomar posesión de sus escaños**

*Auto del Presidente del Tribunal General, de 1 de julio de 2019, en el asunto T-388/19 R Carles Puigdemont i Casamajó y Antoni Comín i Oliveres contra Parlamento Europeo*

Este auto resuelve una solicitud de medidas cautelares solicitadas por los demandantes sobre una serie de decisiones del Parlamento Europeo relativas al resultado de las elecciones europeas del 26 de mayo de 2019. Los candidatos interpusieron recurso contra el fondo de las medidas y, al mismo tiempo, solicitaron que fueran cautelarmente suspendidas hasta que se adoptara una resolución sobre su fondo.

Los dos demandantes, sobre los que pesa una orden de detención en España, resultaron elegidos europarlamentarios en las elecciones del 26 de mayo, a las que se presentaron en la candidatura Lliures por Europa (Junts), que obtuvo dos escaños. El 13 de junio, la Junta Electoral Central española adoptó un acuerdo en el que se procedía al nombramiento de los eurodiputados electos españoles (en el que estaban incluidos los demandantes) y en el que se especificaba que dicho nombramiento estaba supeditado a que prestasen juramento o promesa de acatamiento de la Constitución española. Dado que el juez instructor del Tribunal Supremo se negó a retirar las órdenes de detención y la Junta Electoral Central les denegó la posibilidad de prestar juramento o promesa mediante declaración escrita hecha ante notario, como habían solicitado, los demandantes no pudieron cumplir ese requisito. El 17 de junio se publicó un nuevo acuerdo de la Junta Electoral Central, que se notificó al Parlamento Europeo y en el que no figuraban los demandantes.

Mediante el presente auto, el presidente del Tribunal General niega las medidas provisionales solicitadas por los demandantes, cuya finalidad era que se les permitiese tomar posesión de sus escaños en la sesión constitutiva prevista para el 2 de julio. En la motivación se alega que, de conformidad con el Derecho de la Unión y, concretamente, del Acto de 1976 que regula la

elección de representantes al Parlamento Europeo, esta institución ha de respetar los resultados oficialmente proclamados por los Estados miembros, cuya validez no puede cuestionar. Por ello, no puede tomarse como válido el Acuerdo provisional del 13 de junio en lugar del definitivo del día 17 como pedían los demandantes. Por último, el auto dictamina que la cuestión de si debería haberse permitido a los demandantes jurar o prometer acatamiento a la Constitución española sin personarse físicamente ha de ser resuelta por las autoridades nacionales.



# BIBLIOGRAFÍA\*

**VV.AA.: *Jornada sobre productos financieros y protección del inversor* (I. Farrando, Á. Serrano de Nicolás, dirs.), Madrid / Barcelona: Marcial Pons 2019.**

Colección de trabajos de las jornadas sobre productos financieros que se celebraron en el Colegio Notarial de Cataluña el 29 y 30 de noviembre de 2017. Los estudios que se presentan en la obra han sido adaptados a la evolución jurisprudencial derivada de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los tribunales españoles, como consecuencia del planteamiento de cuestiones prejudiciales y recursos en materia de consumidores de productos financieros. En los diez trabajos expuestos se tratan cuestiones como el concepto de asesoramiento financiero o la doble obligación informativa de las entidades financieras respecto de los contratantes de *swaps*; las claves de la reforma MiFID II; la identificación del riesgo financiero y consecuencias de su incumplimiento, o la clave de la impugnación de los contratos de inversión y el error de vicio. Además, incluye algunos trabajos relacionados con la innovación tecnológica en el mercado de las finanzas, como el *crowdfunding* o el estudio de la protección de los consumidores y las *fintech* e *insurtech*.

**Contratos III. Contratos de liberalidade, de cooperação e de risco, Carlos Ferreira de Almeida, Almedina, 2019. 3ª edição: junho 2019**

Resumo: Neste volume são analisados os contratos com função económico-social de liberalidade, de cooperação e de risco, incluindo nestes os contratos de garantia e os contratos de jogo. Adotando o método estrutural, procede-se à caracterização de cada uma destas categorias e descreve-se o conteúdo dos respetivos tipos, considerando os seus elementos, pessoas, objetos, funções e circunstâncias. Entre os tipos analisados contam-se alguns contratos clássicos e de grande relevância, mas menos estudados, como a doação, o contrato de cooperativa, o seguro e a aposta, a par de outros gerados por práticas negociais mais recentes, como o mecenato moderno, a subscrição de ações, o penhor financeiro e os derivados de crédito. Seis anos depois da anterior, esta edição, além de muitas outras alterações, atualiza a legislação, a jurisprudência e a bibliografia.

**VEIGA COPO, Abel: *La prescripción en el contrato de seguro*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2019.**

Monografía dedicada al estudio exhaustivo de la institución de la prescripción en los contratos de seguro. La obra consta de cinco capítulos en los que se hilvana la problemática subyacente a la figura: su polivalencia y estructura, la insuficiencia de la regulación prescriptiva en el seguro o la derogabilidad de la prescripción y el *pactum de non petendo*; las acciones que derivan del contrato en contraposición con las que nacen fuera de él; los plazos y periodos prescripcionales o la incidencia de la interrupción en la prescripción, sus causas y efectos. Se dedica un último capítulo al estudio particular del seguro marítimo en sus distintas variantes y a las causas suspensivas e interruptoras de la prescripción en este ámbito.

**Estudos de Direito da insolvência. Volume II, Maria do Rosário Epifânio, Vários Autores Almedina, 2019. 1ª edição: abril 2019**

A presente obra integra três dissertações de mestrado apresentadas na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto), sobre temas muito diversos em matéria de Direito da Insolvência. No primeiro texto, é tratada a temática dos créditos subordinados e da conciliação do seu regime jurídico com o princípio da par conditio creditorum. No segundo texto, as alterações introduzidas no processo especial de revitalização no âmbito da reforma legislativa de 2017 são objeto de um estudo crítico. O terceiro trabalho dedica-se às questões

suscitadas pelas medidas de recuperação de sociedades comerciais adotadas no âmbito do plano de insolvência (maxime a dialética entre os direitos dos credores e os direitos dos sócios).

**TAPIA FRADE, Antonio: *La fusión transfronteriza de sociedades anónimas en derecho español y europeo. Aspectos jurídicos mercantiles*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2019.**

Monografía que aborda la regulación de las fusiones transfronterizas de las sociedades anónimas en los ámbitos español y europeo como elemento característico de la economía global. Desde la referencia al derecho de establecimiento y libre circulación de capitales, se estudian las dificultades para incorporar un marco regulatorio adecuado a las fusiones transfronterizas, su concepto, naturaleza jurídica y notas esenciales, como la dualidad del concepto de fusión y su posible reconducción clasificatoria. Otro de los capítulos se centra en la determinación de la legislación aplicable y la extensión de ley española al procedimiento de fusión transfronteriza y la jurisdicción competente. A continuación, se trata la problemática derivada de la fusión transfronteriza de grupos, subgrupos e intragrupo, y el proceso y procedimientos de la fusión, incluidos los aspectos relacionados con el proyecto común, el condicionamiento y sometimiento a término, la publicidad e informes característicos de la operación, la posible obligación de la formulación de una opa en los casos de sociedades anónimas cotizadas y la inscripción registral de la escritura pública. Finalmente, se analizan también los efectos de la fusión y la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* a las fusiones transfronterizas.

**CANCIO MELIA, Manuel; DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto: *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2019.**

Libro que, desde la perspectiva del derecho penal, aborda los fenómenos que se han dado en denominar "discurso del odio" y "discurso terrorista", reflejados en la actualidad en delitos que se llevan a cabo a través de redes sociales, la difusión musical o expresiones artísticas como los guiñoles. La obra incide en la problemática de los delitos de odio más allá de la libertad de expresión, tratando la dualidad de los modelos legislativos y estableciendo una lista de condiciones personales o causas de discriminación. Respecto a los delitos derivados del discurso terrorista, se estudia el concepto jurídico-penal de terrorismo y el delito de enaltecimiento o humillación. Se dedica uno de los capítulos a reflejar varios casos de gran relevancia mediática en los ámbitos de la música, los guiñoles y las redes sociales. Las conclusiones finales se centran en el análisis del artículo 578 del Código Penal y en propuestas *de lege ferenda*.

**VV. AA.: *Anuario de derecho administrativo 2019* (M. A. Recuerda Girela, dir.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2019.**

Estamos ante una obra compuesta por treinta y cuatro estudios sobre cuestiones prácticas de gran actualidad en materia de derecho público que han sido elaborados por abogados de reconocido prestigio y que, además, incluye una selección de las normas jurídico-administrativas, la jurisprudencia y la bibliografía más relevantes de 2018.

**VV. AA.: *Anuario de arbitraje 2019* (M. J. Menéndez Arias, coord.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2019.**

La monografía analiza algunas de las novedades y desarrollos que se han producido durante 2018 en materia arbitral. Para ello, revisa las decisiones judiciales recientes (españolas y extranjeras), el impacto del *Brexit*, el contexto de España como sede arbitral y, en especial, el desarrollo del arbitraje en Latinoamérica y las nuevas tecnologías en el arbitraje, entre otros temas de interés para la práctica del derecho arbitral.

Ha sido escrito por los principales expertos en la materia y va dirigido especialmente a abogados, jueces, árbitros e instituciones arbitrales.

**VV. AA.: *Legal Tech. La transformación digital de la abogacía* (M. Barrio Andrés, dir.), Madrid: Wolters Kluvert La Ley, 2019.**

En el volumen se explican de manera muy práctica las principales áreas en las que la aplicación de la transformación digital y la tecnología están afectando a la abogacía y al resto de las profesiones jurídicas.

En esta obra se identifican las implicaciones legales de tecnologías como el *blockchain*, la inteligencia artificial o los *smart contracts*, así como los interrogantes que plantea su utilización, y se proporcionan las claves que plantea el uso de estas tecnologías, todo ello de la mano de expertos de todos los sectores afectados.

---

(\*) Sección realizada por M<sup>a</sup> Luisa Macías Romero, Claudia Gonçalves y Víctor Montelongo, del Departamento de Gestión del Conocimiento.