

COMENTARIOS JURÍDICOS

ENERO 2012
VOLUMEN 18

ACTUALIDAD NORMATIVA

- | | |
|--|----------------------------|
| I. Medio ambiente | VIII. Mercados financieros |
| II. Agroalimentario | IX. Mercados de valores |
| III. Salud pública | X. Derecho concursal |
| IV. Propiedad industrial e intelectual | XI. Energía |
| V. Tributos | XII. Audiovisual |
| VI. Contabilidad | XIII. Telecomunicaciones |
| VII. Laboral | |

NOTAS DE COMPETENCIA

- Competencia desleal y precios (R. Alonso)
- MOSAICO
 - ▶ Noticias
 - ▶ Prácticas prohibidas
 - ▶ Terminación convencional
 - ▶ Control de operaciones de concentración
- BREVES POR SECTORES (Unión Europea)

& ANÁLISIS

- Los ERE en el sector público: notas para un debate (R. Martín Jiménez)
- Patentes y embriones humanos (Á. García Vidal)
- Funciones, obligaciones y responsabilidades de los «bancos secundarios» en las operaciones de crédito documentario (A. Díaz Moreno)
- El nuevo marco fiscal hispano-suizo: el protocolo del 2011 para el convenio de doble imposición España-Suiza (E. Martínez-Matosas, I. Durán Gispert y J. M. Calderón Carrero)
- Impacto de la nueva regulación de las infraestructuras de telecomunicaciones del interior de los edificios para los operadores de cable (A. I. Mendoza Losana)
- Novedades de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (Á. Carrasco Perera)
- La empresa familiar ante el nuevo derecho de separación por falta de reparto de dividendos (J. Juste Mencía)
- Medidas de agilización procesal civil en la Ley 37/2011 (F. Cerdón Moreno)

Introducción

Los *Comentarios Jurídicos de Gómez-Acebo & Pombo Abogados* pretenden proporcionar un panorama de las principales cuestiones jurídicas de interés para nuestros lectores, clientes y abogados en un formato que aúne tres objetivos: actualidad, claridad y calidad.

Actualidad en la información y en la selección de las materias que se comentan; claridad porque no se trata de hacer un análisis académico de ellas sino de presentarlas de forma sucinta y comprensible, y calidad porque los dos objetivos anteriores no están reñidos ni con la seriedad ni con el rigor del análisis.

El formato del boletín refleja los objetivos mencionados: la primera sección recoge una descripción de la

normativa más reciente en sectores seleccionados en función de las áreas de trabajo de la Firma; la segunda ofrece información y comentarios concernientes al derecho de la competencia estatal y comunitario, y la tercera aborda, con algo más de extensión y profundidad, análisis concretos de temas jurídicos relevantes relativos a realidades normativas o jurisprudenciales que inciden en sectores en los que el Despacho mantiene una asidua labor de asesoramiento jurídico.

Nuestro objetivo es mantener un nivel de concreción, de atractivo y de calidad que hagan de este boletín una publicación de interés para nuestros lectores y clientes. Para ello contamos con inmejorables profesionales, por lo que no dudamos de que así será.

Responsables

Actualidad Normativa

Rosana Hallett

Of counsel de Gómez-Acebo & Pombo

Notas de Competencia

Grupo de Competencia

de Gómez-Acebo & Pombo

& Análisis

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil

Director del Centro de Estudios de Consumo
de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo



Depósito legal: M-33658-2009
enero del 2012

Edición y corrección: Cristina Sierra de Grado

Diseño: Héctor Martín López

Maquetación: José Ángel Rodríguez León

Impreso en España

Impresión: Fundación Carmen Pardo-Valcarce

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2012. Todos los derechos reservados

Actualidad Normativa

I.	Medio ambiente	6	VIII.	Mercados financieros	11
II.	Agroalimentario	6	IX.	Mercados de valores	11
III.	Salud pública	7	X.	Derecho concursal	12
IV.	Propiedad industrial e intelectual	7	XI.	Energía	14
V.	Tributos	9	XII.	Audiovisual	15
VI.	Contabilidad	9	XIII.	Telecomunicaciones	15
VII.	Laboral	10			

Notas de Competencia

– Competencia desleal y precios	18
– MOSAICO	24
› Noticias	24
› Prácticas prohibidas	25
› Terminación convencional	29
› Control de operaciones de concentración	29
– BREVES POR SECTORES (Unión Europea)	30

& Análisis

– Los ERE en el sector público: notas para un debate	38
– Patentes y embriones humanos	41
– Funciones, obligaciones y responsabilidades de los «bancos secundarios» en las operaciones de crédito documentario	44
– El nuevo marco fiscal hispano-suizo: el protocolo del 2011 para el convenio de doble imposición España-Suiza	48
– Impacto de la nueva regulación de las infraestructuras de telecomunicaciones del interior de los edificios para los operadores de cable	50
– Novedades de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios	54
– La empresa familiar ante el nuevo derecho de separación por falta de reparto de dividendos	60
– Medidas de agilización procesal civil en la Ley 37/2011	63

GÓMEZ-ACEBO & POMBO

Sección coordinada por

Rosana Hallett

Of counsel de Gómez-Acebo & Pombo

Actualidad Normativa

I.	Medio ambiente	6
II.	Agroalimentario	6
III.	Salud pública	7
IV.	Propiedad industrial e intelectual	7
V.	Tributos	9
VI.	Contabilidad	9
VII.	Laboral	10
VIII.	Mercados financieros	11
IX.	Mercados de valores	11
X.	Derecho concursal	12
XI.	Energía	14
XII.	Audiovisual	15
XIII.	Telecomunicaciones	15

I. Medio ambiente

En el cuarto trimestre de esta edición legislativa destacamos las siguientes normas ambientales:

1. El **Plan Nacional de Mejora de la Calidad del Aire** fue aprobado el pasado 4 de noviembre del 2011 por el Consejo de Ministros para impulsar un modelo de desarrollo y bienestar sostenible y mejorar la calidad de la información recibida por gestores y ciudadanos. El plan tiene por objeto, además, fortalecer la coordinación de otros planes sectoriales de calidad del aire que las comunidades autónomas y las entidades locales tienen previsto adoptar.

El plan establece unas líneas de actuación concretas tendentes a asegurar el cumplimiento de los valores límite de material particulado y dióxido de nitrógeno, así como a reducir los precursores de ozono en zonas de aglomeración, creando a tal fin un sistema de información, vigilancia y prevención de la contaminación atmosférica para garantizar los mecanismos de intercambio de información ante situaciones de riesgo para la salud.

2. El **Real Decreto 1494/2011, de 24 de octubre, por el que se regula el Fondo de Carbono para una Economía Sostenible**, tiene por objeto regular la actividad y organización del fondo mencionado en el artículo 91 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Es un fondo de carácter público, carente de personalidad jurídica y adscrito a la Secretaría de Estado de Cambio Climático, que va a contribuir al cumplimiento de los objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero asumidos por España mediante la adquisición de créditos de carbono. Las operaciones de adquisición de créditos de carbono no estarán sujetas a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, sino a la ley que resulte aplicable, sea nacional o extranjera.

Los créditos de carbono adquiridos se constituirán en activos del Estado, y la administración, gestión y dirección del fondo se llevará a cabo por medio de un consejo rector y de su comisión ejecutiva.

II. Agroalimentario

En materia agroalimentaria también tenemos interesantes novedades:

1. La **Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias**, tiene por objeto la equiparación del hombre y de la mujer en el ámbito de la explotación familiar del medio rural. Para ello se crea la figura de la explotación agraria de titularidad compartida configurada como unidad económica —sin personalidad jurídica y susceptible de imposición a efectos fiscales—, siempre que esté constituida por un matrimonio o pareja de hecho para la gestión conjunta de la explotación agraria, diferenciando entre la titularidad de la explotación y la titularidad dominical de los bienes y sus derechos. Otra de las medidas para el logro de dicha igualdad es el establecimiento de una compensación económica a favor de las mujeres que efectivamente lleven a cabo tareas de explotación en los supuestos de transmisión de la explotación y de extinción del matrimonio o pareja de hecho si no se hubiese constituido previamente dicha titularidad compartida.
2. El **Real Decreto 1336/2011, de 3 de octubre, por el que se regula el contrato territorial como instrumento para promover el desarrollo sostenible del medio rural**, establece la regulación básica relativa a las finalidades, contenidos, condiciones y efectos principales de dicho instrumento, dejando a las comunidades autónomas su desarrollo normativo y aplicación efectiva. Asimismo, prevé que estos contratos podrán ser suscritos por los titulares de las explotaciones

agrarias, los titulares de la gestión y el aprovechamiento de montes o terrenos forestales, los titulares de terrenos cinegéticos y las agrupaciones y asociaciones de titulares, las comunidades de bienes y cualquier otro tipo de unidad económica.

3. El **Real Decreto 1547/2011, de 31 de octubre, por el que se regula la medida de inversiones recogida en el programa de apoyo al sector vitivinícola**, pretende contribuir a la mejora de las condiciones de comercialización y distribución de los vinos españoles como complemento de las acciones de promoción que se vienen desarrollando en el sector. Podrán ser beneficiarios de las ayudas —las cuales no tienen la condición de ayudas de Estado— aquellas microempresas y pequeñas y medianas empresas que produzcan o comercialicen los productos mencionados en el artículo primero de este real decreto y que tengan actividad en el momento de presentación de la solicitud. Asimismo, podrán beneficiarse de la medida las empresas con menos de 750 empleados o cuyo volumen de negocio sea inferior a 200 millones de euros que cumplan con los requisitos de producción y comercialización. Además, los beneficiarios deberán demostrar suficiente capacidad como para asegurar la adecuada ejecución de la inversión, no concediéndose la ayuda a las empresas en dificultades. En ningún caso estas ayudas podrán ser acumuladas a otras nacionales o de las comunidades autónomas dedicadas a la misma finalidad.
4. En el ámbito comunitario podemos destacar la publicación en el DOUE de 22 de noviembre del 2011

del **Reglamento (UE) núm. 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre del 2011 sobre la información alimentaria facilitada al consumidor y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 1924/2006 y (CE) núm. 1925/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, y por el que se derogan la Directiva 87/250/CEE de la Comisión, la Directiva 90/496/CEE del Consejo, la Directiva 1999/10/CE de la Comisión, la Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, las Directivas 2002/67/CE y 2008/5/CE de la Comisión, y el Reglamento (CE) núm. 608/2004 de la**

Comisión, que busca garantizar un alto nivel de protección de los consumidores con respecto a la información alimentaria teniendo en cuenta las diferencias en la percepción de los consumidores y su necesidad de información. El reglamento se aplicará a todos los operadores de empresas de alimentación de todas las fases de la cadena alimentaria obligados a facilitar información sobre la identidad y la composición u otras propiedades de los alimentos y sobre la protección de la salud de los consumidores y el uso seguro de aquéllos. Se evitará proporcionar información errónea sobre ellos o dotar a los alimentos o productos de propiedades curativas o científicas de las que carezcan.

III. Salud pública

1. En la nueva **Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública**, se establecen, tal como dispone su artículo 1, las bases para que la población alcance y mantenga el mayor nivel de salud posible mediante las políticas, programas, servicios y, en general, actuaciones de cualquier índole desarrolladas por los poderes públicos, empresas y organizaciones ciudadanas sobre los procesos y factores que más influyen en la salud para prevenir la enfermedad y proteger y promover la salud de las personas, tanto en la esfera individual como en la colectiva.

La ley (que se aplica a las Administraciones Públicas con carácter general y a los sujetos privados cuando específicamente así se disponga), define la salud pública como el conjunto de actividades organizadas por las Administraciones Públicas, con la participación de la sociedad, para prevenir la enfermedad así como para proteger, promover y recuperar la salud de las personas tanto en el ámbito individual como en el colectivo y mediante acciones sanitarias, sectoriales y transversales.

Del contenido de la ley cabe destacar la definición de salud pública; la enumeración de sus principios generales; la regulación de los derechos y deberes de los ciudadanos, de las obligaciones de las Administraciones Públicas y de la vigilancia en salud pública; la promoción de la salud; la

prevención de problemas de salud y sus determinantes, la coordinación de la promoción de la salud y la prevención de enfermedades y lesiones en el Sistema Nacional de Salud, la gestión sanitaria como acción de salud pública, la protección de la salud de la población, la evaluación del impacto en salud de otras políticas, la sanidad exterior y salud internacional, el sistema de información en salud pública, la planificación y coordinación de la salud pública, el personal profesional y la investigación en la salud pública, la autoridad sanitaria estatal, y la vigilancia y control y las infracciones y sanciones.

2. El **Real Decreto 1275/2011, de 16 de septiembre, por el que se crea la agencia estatal «Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios» y se aprueba su estatuto**, suprime el organismo autónomo Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, quedando la agencia estatal que se crea subrogada en la totalidad de bienes, derechos y obligaciones del organismo autónomo suprimido y sucediéndole en todas sus competencias y funciones.

En consecuencia, todas las menciones que la normativa vigente haga del organismo autónomo Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios se entenderán hechas a la nueva agencia estatal que se crea.

IV. Propiedad industrial e intelectual

Lo más relevante de estos últimos meses es lo siguiente:

1. El **Real Decreto 1335/2011, de 3 de octubre, por el que se regula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes de inscripción de las denominaciones de origen protegidas y de las indicaciones geográficas protegidas en el registro comunitario y la oposición a ellas**, tiene por objeto

establecer el procedimiento nacional para la tramitación de las solicitudes de inscripción en los respectivos registros comunitarios de las denominaciones de origen y de las indicaciones geográficas de los productos agrícolas y alimenticios, incluidos los productos vinícolas, y de las indicaciones geográficas de bebidas espirituosas, así como el de las solicitudes de modificación del pliego de condiciones de las ya inscritas en los mencionados registros.

De este modo se da una regulación uniforme aplicable a las distintas denominaciones de origen, es decir a las reguladas: 1) por el Reglamento (CE) núm. 510/2006 del Consejo, de 20 de marzo del 2006, sobre la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios; 2) por el Reglamento (CE) núm. 110/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero del 2008, relativo a la definición, designación, presentación, etiquetado y protección de las indicaciones geográficas de bebidas espirituosas, y 3) por el Reglamento (CE) núm. 1234/2007 del Consejo, de 22 de octubre del 2007, por el que se crea una organización común de mercados (OCM) agrícolas y se establecen disposiciones específicas para determinados productos agrícolas (Reglamento único para las OCM), de acuerdo con la redacción dada a dichos artículos por el Reglamento (CE) núm. 491/2009 del Consejo, de 25 de mayo del 2009, por el que se incorpora en el contenido de la OCM vitivinícola adoptado por el Reglamento (CE) núm. 479/2008, dedicados a denominaciones de origen, indicaciones geográficas y términos tradicionales, y aplicables desde el 1 de agosto del 2009.

Hasta ahora la cuestión venía regulada únicamente en relación con las indicaciones geográficas y las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios en el Real Decreto 1069/2007, de 27 de julio.

La nueva normativa establece, con carácter general, el procedimiento para la tramitación de las solicitudes de inscripción en el Registro Comunitario de las Denominaciones de Origen Protegidas y de las Indicaciones Geográficas Protegidas. De igual modo, el nuevo real decreto también establece el procedimiento nacional de oposición a dichas solicitudes, con carácter previo a la remisión de éstas a la Comisión Europea, y crea la Mesa de coordinación de la calidad diferenciada como órgano colegiado de coordinación de las autoridades competentes en materia de calidad diferenciada.

2. En materia de marcas rige el principio de territorialidad. Quiere esto decir que el derecho de exclusividad que se otorga sobre una marca sólo tiene vigencia en el ámbito espacial del Estado que la concede (o, tratándose de una marca comunitaria, en el ámbito de la Unión Europea). De acuerdo con este principio, si una persona quiere ser titular de una misma marca en diferentes países, deberá registrarla en cada una de las oficinas de propiedad industrial de estos Estados. Pese a todo, para aminorar los inconvenientes y los costes que presenta el tener que realizar por separado cada uno de esos registros, se han firmado diversos acuerdos internacionales tendientes a solucionar este problema. Se trata del Arreglo de Madrid sobre el Registro Internacional de Marcas, firmado en Madrid el año 1891 y revisado posteriormente en diversas ocasiones, la última en Estocolmo el año 1967, y del Protocolo hecho en Madrid el 28 de junio de 1989.

Pues bien, el BOE del viernes 22 de julio del 2011 publica el **Texto consolidado del Reglamento Común al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas así como del Protocolo relativo a este arreglo, hecho en Ginebra el 1 de septiembre del 2009.**

3. La Comisión Europea ha presentado una **Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se encomiendan a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) ciertas funciones conexas a la protección de los derechos de propiedad intelectual, entre otras, la de congregar a representantes de los sectores público y privado en un Observatorio Europeo de la Falsificación y la Piratería** (COM [2011] 288, de 24 de mayo del 2011). La finalidad perseguida es encomendar a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI) las funciones y actividades propias de la gestión del Observatorio Europeo de la Falsificación y la Piratería, como son las que atañen a los derechos de autor y derechos afines y a las patentes.
4. La Comisión ha presentado su **Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación, funcionamiento y eficacia del dominio de primer nivel «.eu»** (COM [2011] 616 final, de 5 de octubre del 2011). El Informe concluye que el modelo del TLD «.eu» ha sido implantado con éxito y funciona con eficacia. A lo largo de los dos últimos años, el TLD «.eu» reforzó su posición entre los dominios de primer nivel más voluminosos y populares de Europa y del mundo. Su éxito se mantiene, pese al crecimiento continuado de los veintisiete TLD de código de país nacionales en los Estados miembros y a la existencia de TLD genéricos como «.com» y «.org».
5. El depósito legal ha venido rigiéndose en nuestro país, de manera principal, por las órdenes del Ministerio de Educación y Ciencia de 30 de octubre de 1971 y 20 de febrero de 1973. Con la **Ley 23/2011, de 29 de julio, de Depósito Legal**, se ha procedido a una profunda reordenación de esta materia derogando expresamente dichas órdenes. Los objetivos del depósito legal son, según el artículo 2 de esa misma ley: recopilar, almacenar y conservar, en los centros de conservación de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas, las publicaciones que constituyen el patrimonio bibliográfico, sonoro, visual, audiovisual y digital español con objeto de preservarlo y legarlo a las generaciones futuras, velar por su difusión y permitir el acceso a él para garantizar el derecho de acceso a la cultura, a la información y a la investigación; recoger la información precisa para confeccionar las estadísticas oficiales sobre el patrimonio de referencia; describir el conjunto de la producción bibliográfica, sonora, visual, audiovisual y digital española con el fin de difundirla y posibilitar el intercambio de datos con otras

agencias o instituciones bibliotecarias españolas y extranjeras, y permitir el acceso y la consulta de las publicaciones almacenadas, bien en las instalaciones de los propios centros de conservación, bien a través de bases de datos en línea de acceso

restringido, asegurando su correcta conservación y respetando en todo caso la legislación sobre propiedad intelectual, protección de datos, la lectura, el libro, las bibliotecas y la accesibilidad, así como lo dispuesto en esta ley.

V. Tributos

Ha habido, igualmente, interesantes modificaciones en el ámbito tributario:

1. La **Ley 31/2011, de 4 de octubre, por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva**, modifica el artículo 12.5 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Tras haber excluido a las entidades residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea, esta ley establece que no será deducible el fondo de comercio resultante de adquisiciones de entidades residentes fuera de la Unión con efectos para los periodos impositivos concluidos a partir del 21 de diciembre del 2007, aplicando una excepción para aquellas adquisiciones realizadas entre dicha fecha y el 21 de mayo del 2011 cuando se hubiera adquirido la mayoría de los fondos propios y hubieran existido obstáculos a las fusiones transfronterizas.
2. La **Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal**, establece en esta materia que en los procesos concursales los créditos tributarios quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal.

Asimismo, se regula la coordinación de la actuación de la Administración tributaria en caso de concurso y se modifica la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, estableciendo que la enajenación de bienes inmuebles realizada en el concurso sea liquidada a efectos de dicho tributo por su adquirente aplicando el mecanismo de inversión del sujeto pasivo.

3. El 26 de noviembre se publicó en el BOE el **Real Decreto 1615/2011, de 14 de noviembre, por el que se introducen modificaciones en materia de obligaciones formales en el Reglamento general de las actuaciones y los**

procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, y se modifica el Real Decreto 1363/2010, de 29 de octubre, por el que se regulan supuestos de notificaciones y comunicaciones administrativas obligatorias por medios electrónicos en el ámbito de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Respecto al sistema de «dirección electrónica habilitada» (notificaciones electrónicas), permite a los obligados tributarios escoger un máximo de treinta días naturales en los que la agencia no podrá realizar notificaciones en dicha dirección electrónica (los llamados «días de cortesía»), computando esos días como dilaciones no imputables a la Administración. Por otro lado se establece la posibilidad de notificar por los medios tradicionales si fuera necesario.

Respecto al modelo 347 de operaciones con terceros: 1) permite que la declaración anual desglose la información por trimestres; 2) establece el criterio general de imputación temporal de la fecha en la que se deben registrar las facturas o documentos sustitutivos, y 3) exonera de la obligación de hacer esta declaración a quienes deban presentar la declaración de operaciones en libros registro (modelo 340), que habrán de declarar en dicho modelo determinadas operaciones que antes se incluían como excepción en la declaración de operaciones con terceras personas.

Finalmente, establece que los pagos de cantidades a devolver por parte de la Administración tributaria se efectuarán a la cuenta bancaria que el obligado tributario o su representante hayan indicado como de su titularidad en la autoliquidación tributaria, comunicación de datos o en la solicitud correspondiente.

VI. Contabilidad

En materia de derecho contable, destacamos las siguientes novedades:

1. El **Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y el modelo de plan de actuación de las entidades sin fines lucrativos**, actualiza las normas de adaptación del

Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos. Aprueba también el formato del plan de actuación de tales entidades y los modelos para cumplir con las exigencias de información en materia de destino de rentas e ingresos establecidas por la regulación sustantiva.

2. El 4 de noviembre de 2011 se publicó en el BOE el **Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre,**

por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio.

El reglamento tiene por finalidad completar los aspectos de la ley que lo requieren e introducir mejoras técnicas, de supervisión o que eviten ambigüedades.

3. El **Reglamento (UE) núm. 1205/2011, de 22 de noviembre del 2011 de la Comisión, que modifica el Reglamento (CE)**

VII. Laboral

En este trimestre también se han producido novedades laborales muy importantes:

1. El **Real Decreto Ley 14/2011, de 16 de septiembre, de medidas complementarias en materia de políticas de empleo y de regulación del régimen de actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado**, que modifica varios preceptos de la Ley de Empleo del 2003 y añade una nueva disposición adicional (la 19.^a) en el Estatuto de los Trabajadores con el fin de resolver los problemas de transitoriedad generados por el nuevo contrato para la formación y el aprendizaje.
2. La ya mencionada **Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública**, establece en materia laboral que sólo se podrán llevar a cabo reconocimientos sanitarios previos a la incorporación laboral cuando así lo disponga la normativa vigente. Además, cuando se requiera la práctica de pruebas de detección precoz de enfermedad, aquélla debe ser justificada explícitamente basándose en los riesgos laborales específicos y debe atenderse a un conjunto de principios que la propia ley establece en el artículo 3 y a los criterios científicos que fundamenten el cribado. Por otro lado, del artículo 32 al 34 y en el 46 se establecen reglas de coordinación entre la autoridad sanitaria y la autoridad laboral, así como la obligación de empresarios y trabajadores de participar, por medio de sus organizaciones representativas, en la planificación, programación, organización y control de la gestión relacionada con la salud laboral en los diferentes niveles territoriales.
3. La anteriormente citada **Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal**, también modifica numerosos preceptos con relevancia jurídica-laboral; entre ellos, de manera especial el artículo 64, que trata sobre aspectos colectivos: modificación de condiciones laborales, traslados, suspensiones y extinciones de contratos.
4. La **Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social**, deroga y sustituye

núm. 1226/2008 por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la Norma Internacional de Información Financiera (NIIF) 7, modifica la información revelable en relación con transferencias de instrumentos financieros. Su objetivo es favorecer la transparencia en la información sobre operaciones de transferencia, especialmente aquellas que comportan la titulización de activos financieros.

íntegramente la Ley de Procedimiento Laboral, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/1995.

5. Sobre los becarios ha habido varias disposiciones:
 - El **Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación**, que obliga a incorporar a estos becarios al sistema de Seguridad Social mediante su inclusión en el régimen general.
 - El **Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, sobre prácticas no laborales en empresas**.
 - La **Orden TIN/3356/2011, de 30 de noviembre, 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**, que normaliza la suscripción de convenio especial con la Seguridad Social por parte de aquellos españoles que, sin haber estado previamente afiliados al sistema de la Seguridad Social, participen en el extranjero, de forma remunerada, en programas formativos o de investigación sin quedar vinculados por una relación laboral.
 - El **Real Decreto 1707/2011, de 18 de noviembre, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios**.
6. Sobre trabajadores autónomos, el **Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, desarrolla la Ley 32/2010, de 5 de agosto, sobre prestación por cese de actividad (desempleo) de trabajadores autónomos**.
7. En materia de relaciones laborales especiales, el **Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar**.

8. El **Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre por el que se aprueba**, en un auténtico brindis al sol, **la Estrategia Española de Empleo 2012-2014**.
9. El **Real Decreto 1630/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las mutuas de accidentes de trabajo y en-**

fermedades profesionales de la Seguridad Social.

10. El **Real Decreto 1698/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.**

VIII. Mercados financieros

En esta sección tenemos las siguientes novedades:

1. El **Real Decreto Ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito**, convalidado por la **Resolución de 20 de octubre del 2011, del Congreso de los Diputados**. El fondo que ahora se crea, con personalidad jurídica propia, unifica los tres fondos de garantía de depósitos existentes hasta el momento, esto es, el Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorro, el Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios y el Fondo de Garantía de Depósitos en Cooperativas de Crédito, que se disuelven, pasando sus patrimonios a integrarse en el nuevo fondo, que se subroga en todos sus derechos y obligaciones.

El patrimonio del nuevo fondo, al margen del patrimonio heredado de los fondos disueltos, se compondría, conforme a la norma, de las aportaciones anuales de las entidades de crédito integradas en él por un importe de hasta un máximo del 2 ‰ de los depósitos a los que se extiende su garantía. Se advierte que, cuando el patrimonio no comprometido del fondo alcance valores negativos, la Comisión Gestora del fondo podrá acordar derramas entre las entidades adheridas; igualmente, se establece que las aportaciones se suspenderán cuando el fondo patrimonial no comprometido en

operaciones propias del objeto del fondo iguale o supere el 1% de los depósitos de las entidades adscritas.

2. El Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito creado en virtud del real decreto detallado en el apartado anterior ya ha sido objeto de una primera modificación formulada mediante el **Real Decreto Ley 19/2011, de 2 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto Ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito**, en la que:

- Se revisa el tope legalmente fijado para las aportaciones anuales que las entidades deben hacer al fondo. A estos efectos, las aportaciones se elevan del 2 ‰ hasta el 3 ‰ con el fin de garantizar que se dota al fondo de su máxima capacidad operativa para culminar el proceso de recapitalización y reestructuración del sistema financiero.
- Se aclara y sistematiza el conjunto de los recursos de los que se puede nutrir el fondo para el pleno cumplimiento de sus funciones.
- Igualmente, se aclaran los instrumentos de apoyo que puede utilizar el fondo para hacer frente a las pérdidas sobrevenidas en las actuaciones de reestructuración bancaria.

IX. Mercados de valores

1. La ya mencionada **Ley 31/2011, de 4 de octubre, por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (ICC)**, también introduce una serie de modificaciones en la normativa de las IIC para «reforzar la competitividad de nuestra industria en un contexto de mayor integración y competencia, y para establecer medidas en aras de una mejora de la supervisión de las IIC y de las sociedades gestoras por parte de la CNMV». Así, cabe destacar los siguientes puntos de la reforma:

- Pasaporte de la sociedad gestora para la gestión de fondos: a partir del momento de la

entrada en vigor de la reforma (6 de octubre del 2011), las sociedades gestoras españolas podrán gestionar fondos domiciliados en otros Estados miembros y las sociedades gestoras de otros Estados miembros podrán gestionar fondos españoles. La novedad consiste en que se introduce el pasaporte para la propia gestión transfronteriza de fondos, a cuyos efectos se simplifica el régimen de comercialización transfronteriza de fondos o sociedades de inversión, lo que da lugar a la notificación entre autoridades competentes de la solicitud de la sociedad gestora y de la comprobación exclusivamente por parte de la autoridad competente

del Estado miembro de origen del cumplimiento de los requisitos necesarios para vender acciones o participaciones de IIC a inversores de Estados miembros distintos de aquel en el que se encuentre domiciliado el fondo o sociedad.

- Refuerzo de la protección del inversor: las nuevas medidas que se adoptan consisten, por un lado, en el fortalecimiento de los mecanismos de cooperación, consulta e intercambio de información entre las autoridades supervisoras competentes y, por otro, en el incremento del derecho de información, que incluye un nuevo documento informativo («documento con los datos fundamentales para el inversor»), equiparable al de otros países de la UE y sustitutivo del folleto simplificado, que deberá ayudar al inversor a adoptar sus decisiones con mayor fundamento.
 - Aumento de la competitividad del sector: para lograr este objetivo se adoptan reformas tendientes a utilizar «cuentas globales» para la comercialización en España de fondos domiciliados en nuestro país, como ya ocurre con las IIC extranjeras. Del mismo modo, se facilita que las IIC puedan ceder en garantía parte de los activos incluidos en su patrimonio, con lo que se mejoran sus posibilidades de financiación, especialmente mediante acuerdos marco de compensación contractual.
 - Actividad supervisora de la CNMV: se facilita y refuerza la actividad supervisora de la comisión, para lo que, entre otras circunstancias, podrá adoptar las medidas preventivas que considere necesarias para proteger los intereses de los inversores y cooperará con las autoridades competentes de los Estados de la UE cuando fuere necesario para cumplir las funciones que la reforma le encomienda. Todo ello en el marco de la configuración de la Autoridad Europea de Valores y Mercados como autoridad a la que la CNMV deberá remitir información, tanto en el ámbito de la cooperación entre supervisores como respecto a las posibles denegaciones de autorizaciones de determinadas IIC y autorizaciones concedidas a sociedades gestoras.
2. La **Ley 32/2011, de 4 de octubre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores**, tiene por objeto la adaptación de la estructura de la compensación, liquidación y registro de operaciones sobre valores a los estándares de los países europeos de nuestro entorno, pues ello contribuirá —en un

futuro próximo— a la consecución de un mercado de valores único integrado para los servicios financieros.

El propio preámbulo de la ley advierte que se trata de una reforma compleja que atañe a una importante variedad de textos normativos y que se materializará en distintas fases, siendo ésta la primera de ellas, y anuncia cuáles son los ejes que soportan la reforma.

- El primero de ellos establece la introducción en los servicios de postcontratación de la figura de las entidades de contrapartida central, las cuales ejercerán funciones de interposición por cuenta propia entre compradores y vendedores de las transacciones efectuadas sobre valores, asumiendo el riesgo de contrapartida, así como llevando a cabo la compensación de valores y efectivo que se derive de aquéllas.
 - El segundo de los ejes se centra, precisamente, en la eliminación de los actuales mecanismos de aseguramiento en la entrega en el ámbito de la sociedad de sistemas, lo cual no irá en detrimento del alto nivel de protección actual de los inversores, sino que se mejora la estabilidad del sistema porque de este modo se permitirá la resolución de incidencias mediante compensaciones en efectivo si resulta imposible acceder a los valores. El inversor se relacionará ahora «únicamente con la entidad de contrapartida central que minimiza, aunque no elimina, el riesgo de fallo en la entrega».
 - Por último, el tercer eje de la reforma pretende eliminar el actual sistema de control fundado en las referencias de registro para pasar a un sistema basado exclusivamente en saldos, para lo que se establecen procedimientos alternativos de control, de responsabilidad y de resolución de incidencias para asegurar, al menos, las mismas garantías que el inversor poseía en el sistema actual de registro.
3. La **Resolución de 16 de noviembre del 2011, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se crea y regula el Registro Electrónico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores** culmina el proceso de utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas en el ámbito competencial de la comisión y establece el servicio del registro electrónico para la recepción y remisión de documentos, así como las condiciones generales para la presentación de documentos electrónicos normalizados.

X. Derecho concursal

Como ya ha quedado indicado para áreas concretas (como la laboral o la fiscal) es especialmente relevante en este trimestre la **Ley 38/2011, de**

10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC). Nos plantea en el ámbito específicamente concursal una reforma

global que, aun manteniendo los principios esenciales de la ley del 2003, introduce importantes modificaciones en materia de simplificación del procedimiento concursal, con la inclusión del procedimiento abreviado; la instauración de los acuerdos sobre refinanciación de deuda como solución alternativa al concurso y la posibilidad de acudir al *fresh money* o dinero nuevo; la responsabilidad de los administradores societarios durante el concurso, así como lo ya adelantado en cuanto al procedimiento previsto por el artículo 64 LC para los contratos de trabajo. Además de estas modificaciones que, por su complejidad, son objeto de tratamiento singular y separado de este documento, la reforma afecta también a los siguientes elementos:

- Concursos conexos: bajo este nuevo rótulo se regula ahora la acumulación de concursos de varios deudores. El texto de este capítulo está dirigido básicamente a los grupos de sociedades para facilitar que se tramite por medio de una única solicitud de declaración conjunta o bien acumulando los concursos ya declarados, aunque lo hayan sido por juzgados diferentes.
- Modificaciones estructurales durante el concurso de acreedores con el fin de favorecer la conservación de la empresa en lugar de su liquidación.
- Régimen jurídico de la administración concursal: en este ámbito también se produce una importante modificación que afecta tanto a los requisitos para el nombramiento de administrador, como al abanico de sus funciones y su grado de responsabilidad.
- Inhabilitación para el ejercicio del comercio: la reforma consiste en dulcificar la prohibición, de manera que el inhabilitado por sentencia firme podrá continuar el ejercicio del comercio —si se le autoriza para ello—, bien al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada, dentro de los límites que establezca la resolución judicial que contenga la autorización.
- Entidades deportivas: se añade una Disposición adicional segunda *bis* a la Ley Concursal para establecer que a las entidades deportivas que se encuentren en concurso y participen en competiciones oficiales les serán de aplicación las especialidades en esta materia previstas por la legislación del deporte y, además, se hace compatible la aplicación de la normativa concursal a la correspondiente entidad con su participación en las oportunas competiciones.
- Paralización de ejecuciones de garantías reales: se reconoce la capacidad del juez del concurso para determinar si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
- Clasificación de créditos: a estos efectos, la ley modifica los artículos 90 a 93 de la Ley Concursal, incluyendo, en relación con los créditos privilegiados especiales, no sólo bienes hipotecados o pignorados, sino también derechos, mientras que la prenda en garantía de créditos futuros sólo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso. Respecto a los créditos con privilegio general, se incorporan algunos nuevos tales como los que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa, y se incrementan hasta el 50 % de su importe los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso y que no tuvieren el carácter de subordinados. Por último, respecto a los créditos subordinados, se excluyen del contenido actual del apartado primero del artículo 92 de la Ley Concursal los créditos comunicados tardíamente cuya existencia resulte de la documentación del deudor, así como aquellos otros que consten de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial y aquellos para cuya determinación sea precisa la actuación de comprobación de las Administraciones públicas.
- Personas especialmente relacionadas con el concursado: se consideran especialmente relacionadas con el concursado-persona jurídica las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes siempre que se trate de socios que respondan personal e ilimitadamente de las deudas sociales, o bien que sean titulares de un mínimo del 5 % del capital social si la sociedad declarada en concurso tuviera valores cotizados, incrementándose la cuantía al 10 % para las no cotizadas.
- Pago de créditos con privilegio especial: se modifica el contenido del cuarto apartado del artículo 155 de la Ley Concursal, estableciéndose que la realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial. En cambio, si la realización se efectúa fuera del convenio, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado.
- Publicidad registral del concurso: para finalizar este breve repaso a las novedades de la Ley 38/2011, es preciso hacer referencia al incremento de la publicidad registral del concurso y al Registro Público Concursal, que se reestructuran para lograr mayor transparencia y garantía para todos los afectados por el concurso.

XI. Energía

1. El **Real Decreto 1307/2011, de 26 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 437/2010, de 9 de abril, por el que se desarrolla la regulación del proceso de titulización del déficit del sistema eléctrico**, introduce en la regulación del proceso de titulización los nuevos techos de déficit aprobados mediante el Real Decreto Ley 14/2010, de 23 de diciembre, que amplía los límites máximos de titulización de déficit de tarifa. También flexibiliza el procedimiento para llevar a cabo la emisión de instrumentos financieros de forma competitiva, introduciendo la posibilidad de venta simple de valores. Para garantizar el doble objetivo de minimización de precios y de emisión competitiva, se establece que en las operaciones de venta simple se seleccionarán una o varias entidades suscriptoras de forma individual mediante un procedimiento competitivo basado en criterios tales como plazo, precio y el volumen que se vaya a suscribir.
2. El **Real Decreto 1390/2011, de 14 de octubre, por el que se regula la indicación del consumo de energía y otros recursos por parte de los productos relacionados con la energía, mediante el etiquetado y una información normalizada**, tiene como objeto regular la información dirigida al usuario final, particularmente por medio del etiquetado y la información normalizada del producto ofrecida en la publicidad, sobre el consumo de energía y, cuando corresponda, de otros recursos esenciales, a fin de incentivar la elección por los usuarios finales de productos más eficientes. Quedan excluidos de su aplicación los productos de segunda mano y los medios de transporte para personas o mercancías. Corresponde a la administración de consumo (estatal o autonómica) vigilar el cumplimiento de lo establecido en el real decreto.

También contiene disposiciones en materia de incentivos en la contratación pública en las que se insta a las entidades contratantes a incluir criterios medioambientales como criterios de adjudicación para determinar la oferta económicamente más ventajosa a fin de adquirir productos de la clase de eficiencia energética más elevada.

Se incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 2010/30/UE y se deroga el Real Decreto 124/1994, de 28 de enero, por el que se regula el etiquetado y la información referente al consumo de energía y de otros recursos de los aparatos de uso doméstico.

3. La **Orden ITC/2914/2011, de 27 de octubre, por la que se modifica la Orden ITC/1522/2007, de 24 de mayo, por la que se establece la regulación de la garantía del origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia**, incorpora al derecho español el contenido del artículo 15 de la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril del 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables en lo relativo al sistema de garantía de origen de la

electricidad procedente de fuentes de energía renovables.

4. El **Real Decreto 1544/2011, de 31 de octubre, por el que se establecen los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución que deben satisfacer los productores de energía eléctrica**, desarrolla la obligación de todos los productores de energía eléctrica, ya sean en régimen ordinario (centrales tradicionales) o especial (renovables y cogeneración), de abonar un peaje por el uso de las redes de transporte y distribución en función de la energía vertida a las redes impuesta por el Real Decreto Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico.
5. El **Real Decreto 1699/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula la conexión a red de instalaciones de producción de energía eléctrica de pequeña potencia**, establece las condiciones administrativas, contractuales, económicas y técnicas básicas para la conexión a la red de baja y alta tensión hasta 36 kV de las instalaciones de energías renovables y de cogeneración de pequeña potencia teniendo en cuenta sus especiales características.
6. El **Reglamento (UE) núm. 1227/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía**. El regulador comunitario pretende dar mayor transparencia a los mercados mayoristas del gas y la electricidad con el objetivo de estimular la competencia en beneficio de los consumidores finales (especialmente residenciales y pequeñas empresas). El eje central de la nueva normativa es la atribución a la Agencia Europea para la Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER) de una función de supervisión del mercado a nivel europeo y la prohibición de uso de información confidencial para manipular los precios en el mercado al por mayor.
7. La **Planificación Energética Indicativa con el horizonte del 2020 y el Plan de Energías Renovables 2011-2020 (PER)** prevén diversas medidas para que España supere el objetivo de la Unión Europea de que un 20 % del consumo de energía sea de origen renovable en el 2020 y para aminorar nuestras importaciones de energías fósiles (carbón, petróleo y gas) a fin de reducir la dependencia energética del exterior. Tales medidas coadyuvarán además a evitar la emisión durante ese periodo de 171 millones de toneladas de CO₂.

Conforme al PER, se consolida la posición de la energía eólica, que representará la mayor aportación renovable al consumo de energía eléctrica en España, seguida del grupo de biomasa, biogás y residuos, con participaciones importantes de la energía de origen hidráulico, de los biocarburantes sostenibles y de las energías solares.

XII. Audiovisual

El **Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva**, desarrolla diversos contenidos del título II de la Ley 7/2010 a fin de delimitar el alcance de los derechos y obligaciones de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva cuando emiten en su programación autopromo-

ciones y determinadas formas de comunicación comercial tales como telepromociones o patrocinios, así como cuando emiten dichas comunicaciones durante la retransmisión de acontecimientos deportivos. Cada una de estas modalidades de comunicación publicitaria está sometida a particulares limitaciones temporales y de cómputo, quedando excluidas del límite general de doce minutos por hora de reloj siempre que se cumplan los requisitos establecidos por el reglamento.

XIII. Telecomunicaciones

Para finalizar, como es habitual, también hay interesantes novedades que comentar en el sector de las telecomunicaciones:

1. La **Resolución de 13 de octubre del 2011, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se publica la Resolución de 6 de octubre del 2011, por la que se establece la relación de operadores que, a los efectos de lo previsto en el artículo 34 del Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio, tienen la consideración de principales en los mercados nacionales de telefonía fija y móvil**. Son «operadores principales» en el mercado de telefonía fija: Telefónica de España, S. A. U.; Cableuropa, S. A. U.; Vodafone España, S. A. U.; France Telecom España, S. A., y Jazz Telecom, S. A. U. Son operadores principales en el mercado nacional de telefonía móvil: Telefónica Móviles España, S. A. U.; Vodafone España, S. A. U.; France Telecom España, S. A.; Xfera Móviles, S. A., y Lebara Limited U. K.
2. Resultan especialmente significativas las novedades (o, mejor dicho, no novedades) relativas al servicio universal de telecomunicaciones. En España se ha renovado la designación de Telefónica de España, S. A. U., como operador encargado de prestar el servicio universal en sus diversos contenidos para todo el territorio nacional y por un periodo de cinco años (desde el 1 de enero del 2012 al 31 de diciembre del 2017). La designación se efectúa mediante las siguientes órdenes ministeriales, todas ellas de 17 de noviembre: **Orden ITC/3231/2011** (suministro de la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas y prestación del servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija), **Orden ITC/3232/2011** (oferta suficiente de teléfonos públicos de pago) y **Orden ITC/3233/2011** (elaboración y entrega de la guía telefónica a los abonados al servicio telefónico disponible al público).

A diferencia del régimen de otros Estados miembros de la Unión Europea, en España, la designación como operador obligado a suministrar una conexión a la red pública de comunicaciones

electrónicas y la prestación del servicio telefónico disponible al público desde una conexión fija conlleva la obligación de garantizar que dicha conexión permita establecer comunicaciones de datos en banda ancha a una velocidad en sentido descendente no inferior a 1 Mbit por segundo. En otros términos, la banda ancha a un mega se incluye como prestación del servicio universal.

Por el contrario, en su **Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada «El servicio universal en el ámbito de las comunicaciones electrónicas: informe sobre el resultado de la consulta pública y de la tercera revisión periódica del alcance de ese servicio conforme al artículo 15 de la Directiva 2002/22/CE» (Bruselas, 23.11.2011, COM [2011] 795 final)**, la Comisión Europea ha considerado que, en la situación actual del mercado de las comunicaciones electrónicas y en particular de los servicios de banda ancha, caracterizada por la existencia de grandes diferencias entre Estados e incluso, dentro de éstos, entre zonas urbanas y rurales, la inclusión de la banda ancha como prestación de servicio universal en el ámbito de la Unión Europea no resulta viable. Cada Estado, en función de las circunstancias de su mercado nacional, podrá incluir la conexión de banda ancha como prestación del servicio universal, si bien ante el riesgo de distorsiones del mercado, la Comisión recomienda la adopción de planes conjuntos.

3. El Consejo de Ministros aprobó el pasado 18 de noviembre un **Plan Marco de Actuaciones para la Liberación del Dividendo Digital**. El plan detalla las acciones técnicas, sociales y transversales necesarias para la liberación de las frecuencias radioeléctricas que constituyen el llamado dividendo digital. El objetivo es que la banda de frecuencias 790-862 MHz (canales radioeléctricos 61 a 69), actualmente utilizadas por la televisión (TDT), quede libre antes del 1 de enero del 2015 para que los operadores de telecomunicaciones puedan prestar servicios de banda ancha de carácter paneuropeo, según establece la Ley de Economía Sostenible.

Sección elaborada por

el Grupo de Competencia
de Gómez-Acebo & Pombo

Notas de Competencia

– Competencia desleal y precios	18
– MOSAICO	24
▶ Noticias	24
▶ Prácticas prohibidas	25
▶ Terminación convencional	29
▶ Control de operaciones de concentración	29
– BREVES POR SECTORES (Unión Europea)	30

Competencia desleal y precios

Ricardo Alonso Soto

Catedrático de Derecho Mercantil
de la Universidad Autónoma de Madrid
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Los actos de competencia desleal relacionados directamente con los precios

La Ley 3/1991, de Competencia Desleal (LDC) establece tres tipos de ilícitos concurrenciales directamente relacionados con los precios: discriminación, explotación de la situación de dependencia económica y venta con pérdida.

1.1. Discriminación

Los actos de discriminación se regulan en el artículo 16.1 en los siguientes términos: «... el tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada».

La discriminación consiste en tratar de manera diferente a quienes se encuentran en igualdad de condiciones. La discriminación encierra en sí misma un elemento de injusticia que es el que determina su calificación como acto de competencia desleal, por lo que sorprende que la norma legal establezca que la discriminación sólo será desleal cuando no medie una causa que la justifique. Con esta redacción el legislador probablemente ha querido disipar cierta confusión existente en el mundo comercial que se traduce en considerar como discriminatoria la simple aplicación de precios diferentes, sin tener en cuenta que dicha calificación sólo podrá darse cuando los destinatarios de la conducta se encuentren en situaciones equivalentes (así, por ejemplo, no será discriminatorio aplicar distintos precios en función de los plazos de pago o del pago al contado y el pago con tarjeta de crédito).

Por otra parte, hay que señalar que la norma limita la ilicitud a las relaciones comerciales con los consumidores, lo que induce a pensar que, cuando los actos de discriminación se dirijan contra determinados empresarios u otro tipo de operadores económicos, deberán ser enjuiciados con arreglo a la cláusula general de la buena fe contenida en el artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal o a las normas de la Ley de Defensa de la Competencia. Alguna jurisprudencia, sin embargo, ha considerado aplicable esta norma a situaciones en las que los discriminados eran empresarios (la STS de 14 de marzo del 2007 se refiere a un distribuidor no exclusivo y la SAP de Gerona de 10 de febrero del 2005, a la contratación de servicios funerarios por una compañía aseguradora).

1.2. Explotación de la situación de dependencia económica

El citado artículo 16 tiene en cuenta también los actos de explotación de una situación de dependencia económica que, a diferencia de los anteriores, se refieren fundamentalmente a las relaciones comerciales entre pequeñas y grandes empresas. Supone, de un lado, la existencia de una situación de dependencia o subordinación de los clientes o de los proveedores de una empresa con respecto a ella, situación que se da cuando no tienen en ese mercado una alternativa equivalente hacia la que poder canalizar sus pedidos o sus suministros (citamos, como ejemplos ilustrativos de esta situación, el reparador de aparatos frente al proveedor de recambios o componentes, el distribuidor en régimen de exclusividad frente al fabricante o concedente de la exclusividad y el empresario que fabrica sus productos con marca blanca con respecto a la gran superficie o cadena de distribución titular de dicha marca), y exige, de otro, una explotación abusiva de esa situación, es decir, una actuación contraria a derecho como sucedería, por ejemplo, en el caso de la exigencia de una reducción de los precios pactados, el requerimiento de prestaciones gratuitas o la dilación excesiva de los plazos de pago (*vide* la STS de 27 de julio del 2003 y, entre otras, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona de 24 de julio del 2001, de 15 de septiembre del 2005 y de 14 de mayo del 2007; de Castellón de 1 de junio del 2006, y de Madrid de 22 de julio del 2007. Las STS de 30 de noviembre de 1999 y de 14 de marzo del 2007 consideran que esta norma no puede aplicarse a los contratos de distribución porque el distribuidor no es cliente ni proveedor).

La Ley 52/1999 ha añadido un tercer apartado a esta norma que viene a calificar de desleales otros dos tipos de comportamientos —el segundo de ellos con incidencia en los precios— que tienen la misma justificación que la figura de la explotación de la situación de dependencia económica y que deben considerarse relacionados con ella: la ruptura de una relación comercial sin preaviso escrito con una antelación de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o a fuerza mayor (art. 16.3a), y la obtención de ventajas económicas adicionales a las pactadas en las condiciones generales

de venta bajo amenaza de ruptura de las relaciones comerciales (art. 16.3b), tal sería el caso de una empresa fabricante de automóviles que exigiera a su suministrador de piezas y componentes una reducción en los precios para seguir abasteciéndolo bajo la amenaza de desviar sus pedidos a otro proveedor que ofreciera precios equivalentes a los exigidos. La jurisprudencia, sin embargo, se encuentra dividida en este punto, ya que, mientras que algunas sentencias consideran necesario el requisito de la dependencia económica para la configuración del tipo de comportamiento desleal (SAP de Granada de 10 de noviembre del 2004, de Alicante de 30 de noviembre del 2005, de Madrid de 30 de marzo del 2006 y de 22 de febrero del 2007), otras no lo exigen al estimar que son tipos de comportamientos diferentes (SAP de Barcelona de 18 de mayo del 2005 y de Madrid de 23 de noviembre del 2005).

1.3. *Venta con pérdida*

Es la venta de mercancías o servicios llevada a cabo por un operador económico a un precio que se sitúa por debajo del coste de producción o de adquisición.

La venta con pérdida no siempre constituye un acto de competencia desleal. En efecto, la norma que regula esta modalidad de actos comienza con una declaración positiva que sanciona el principio de la libertad de precios: «Salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre» (art. 17.1 LCD; una norma similar se contiene en el artículo 13 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, que además establece los supuestos excepcionales en los que el Gobierno puede fijar los precios y los márgenes comerciales o someterlos a autorización previa). Este texto debe ser interpretado, a nuestro juicio, como una aplicación o desarrollo práctico del derecho de libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución Española, que, en principio, sólo estaría limitado por la existencia de regulaciones administrativas en materia de precios (precios intervenidos o controlados) y por el propio abuso de ese derecho consistente en utilizar esa libertad para menoscabar la competencia o los mecanismos del mercado. Fuera de estos límites existe una completa libertad para el establecimiento de los precios que se extiende más allá incluso de los criterios de la pura racionalidad económica.

Por otra parte, aunque no es lógico pensar que un empresario venda sistemáticamente con pérdida, en aplicación del derecho de libertad de empresa, tampoco se le puede privar, sin más, de su derecho a ser dadivoso (si su intención es beneficiar a la humanidad o a los

consumidores) o a arruinarse (si ésta es su voluntad o desconoce las reglas más elementales de la profesión), siempre, claro está, que su comportamiento no perjudique a los demás operadores económicos o al propio mercado. En definitiva, la conclusión que se extrae de esta primera reflexión es que el sistema legal no debe penalizar, con carácter general, las políticas comerciales en materia de precios.

Hay que señalar, sin embargo a este respecto, que tradicionalmente la venta bajo coste o venta a pérdida ha venido siendo considerada como un acto típico de competencia desleal, contrario pues a los buenos usos mercantiles o a un comportamiento honesto en materia comercial o industrial. Esta concepción, sin embargo, no es compartida por la nueva Ley de Competencia Desleal, que claramente se separa de ella, por lo que no debe extrañarnos que la regulación actual de la venta con pérdida se presente como polémica. En efecto, en la Ley 3/1991 tan importantes como los actos que se prohíben son los comportamientos que se declaran lícitos desde un punto de vista competitivo, es decir, que no se consideran desleales ni se sancionan como tales. El legislador, con singular acierto, ha pretendido en este caso, como ha puesto de relieve la Exposición de motivos de la propia ley, evitar que determinadas prácticas comerciales que resultan incómodas para los competidores se califiquen exclusivamente por esa razón de desleales; sirvan de ejemplo a este respecto la comparación, la imitación, las importaciones paralelas o la propia venta con pérdida.

Así pues, la fijación de precios anormalmente bajos o la venta con pérdida es un comportamiento empresarial que únicamente será sancionable, como acto de competencia desleal, cuando induzca a error a los consumidores sobre el nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento, cuando trate de deteriorar la imagen de calidad de un producto o de un establecimiento o cuando constituya una política comercial tendente a eliminar a los competidores o impedirles asentarse en un mercado (STS de 24 de noviembre del 2006 y SAP de Barcelona de 24 de diciembre de 1998, de 22 de noviembre del 2002 y 1 de diciembre del 2004 y de Madrid de 30 de septiembre del 2004). En estos casos la prohibición de la venta con pérdida se justifica además porque sólo transitoriamente puede considerarse ventajosa para los consumidores o la economía nacional (SAP de Cádiz de 12 de junio de 1992, de Santander de 12 de mayo de 1993 y de Alicante de 26 de diciembre de 1996).

En estos términos se expresa el artículo 17 LCD que, como vemos, exige además la concurrencia de dos requisitos para que

estemos en presencia de un acto de competencia desleal: de un lado, la existencia de una venta a precio inferior al de coste o de adquisición; de otro, la presencia de una intencionalidad o bien la producción de un resultado anticompetitivo (STS de 21 de febrero del 2003, SAP de Asturias de 4 de octubre de 1995, de Barcelona de 14 de enero de 1998 y 1 de diciembre del 2004, de Baleares de 18 de noviembre del 2003, de Castellón de 15 de abril del 2004 y 15 de mayo del 2004, de La Coruña de 25 de mayo del 2004). El primero de los requisitos integrantes del tipo se establece con carácter general para todos los supuestos y opera como un presupuesto objetivo. El segundo de ellos, en cambio, es doble y se exige con carácter alternativo según los casos. Así en los supuestos de inducción al error en materia de precios o de descrédito del producto o del establecimiento del competidor no se tiene en cuenta la intencionalidad o el propósito directo de causar dichos efectos, sino el resultado lesivo para la competencia, mientras que en el supuesto de un política comercial de precios predatorios prevalece el elemento subjetivo o la intención de eliminar a los competidores del mercado.

En el primer supuesto la deslealtad deriva de la aptitud del acto para producir el resultado anticompetitivo previsto por el legislador. En este sentido, la norma considera acto de competencia desleal la venta a pérdida solamente cuando sea capaz o susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento. Con respecto a esta norma conviene hacer las siguientes precisiones: 1) No se trata de una norma cuyo único objetivo es la protección del consumidor, sino que persigue también la defensa del mercado. Su propósito es que el precio opere como mecanismo de selección en beneficio del consumidor y del propio mercado. 2) En ella no está presente el elemento subjetivo de la intencionalidad, quizá porque el legislador ha pensado que, cuando la práctica tiene como finalidad directa el inducir a error, puede ser sancionada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5 LCD (actos de engaño). 3) Tampoco se exige un resultado concreto comprobable de manera objetiva, esto es, que se haya producido una equivocación de los consumidores, sino que bastará con que el precio ofertado sea apto para producirla (SAP de Cantabria de 12 de mayo de 1993, de Barcelona de 14 de enero de 1998 y de 24 de diciembre de 1998 y de Alicante de 5 de noviembre del 2007). En definitiva, se vienen a sancionar también los actos potencialmente dañinos, lo que complica extraordinariamente la labor de los órganos llamados a enjuiciar este tipo de comportamientos.

El segundo supuesto se refiere a aquellas ventas a pérdida que producen el efecto de desacreditar la imagen de un producto o un establecimiento ajeno. Con respecto a este supuesto diremos lo siguiente: 1) Que no se trata de una norma dirigida exclusivamente a la tutela del consumidor. 2) Que, al igual que en el supuesto anterior, tampoco se exige la presencia de un elemento intencional que, de darse, permitiría que la conducta pudiera calificarse como un acto de denigración y ser sancionada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9 LCD. Lo esencial para que un comportamiento de tal naturaleza pueda calificarse de desleal será el que se haya producido un determinado resultado: el descrédito del competidor. Así pues, la libertad de fijación de precios presenta como límite el hecho objetivo de que, al rebajarse por debajo del coste, se dañe la imagen de calidad o de marca de un producto que en el mercado se presenta aparentemente como de un precio muy superior (producto de lujo) o se produzca el descrédito o desvío de clientela de un establecimiento mercantil que falsamente va cobrando fama de vender a unos precios más elevados que los del competidor (SAP de Cantabria de 12 de mayo de 1993 y de Barcelona de 14 de enero de 1998 y de 24 de diciembre del 2008).

El tercer supuesto se refiere a la llamada política de precios predatorios y es, sin duda, el más polémico de los regulados en este precepto. Consiste en utilizar la técnica de la venta a pérdida para tratar de expulsar a los competidores del mercado o impedir que entren o se asienten en él. A diferencia de los anteriores, este supuesto exige una intencionalidad anticompetitiva específica y no precisa de la producción efectiva del resultado (STS de 30 de mayo del 2005 y de 11 de julio del 2006 y SAP de Alicante de 5 de noviembre del 2007, de Barcelona de 22 de noviembre del 2002, de 1 de diciembre del 2004 y de 10 de mayo del 2005, de Castellón de 4 de mayo del 2004, de 15 de abril del 2004 y de 15 de mayo del 2004 y de Orense de 10 de mayo del 2004). En este sentido se viene a reputar desleal la mera estrategia empresarial o política comercial de precios predatorios por sus efectos nocivos sobre el mercado aun cuando no llegue a producir el resultado de la eliminación de los competidores. Hay que señalar a este respecto, por otra parte, que en este tercer apartado del artículo 17.2 LCD se regula un comportamiento anticompetitivo típico de los prohibidos por la legislación de defensa de la competencia o derecho antitrust, que consiste fundamentalmente en utilizar la estrategia del precio predatorio para dominar un mercado y asegurarse unas futuras rentas de monopolio que le compensen crecidamente de las pérdidas sufridas durante la campaña. En este sentido no hay que

olvidarse tampoco de la figura del precio predatorio al alza que se utiliza para acaparar las existencias de un determinado producto o monopolizar un determinado servicio. Digamos, por último, que una política de esta naturaleza no es fácil de desarrollar en la práctica, pues requiere que concurren unas determinadas características en el mercado, que no siempre se dan, tales como un cierto grado de concentración empresarial, la existencia de determinadas barreras a la entrada en dicho mercado (por ejemplo, que el reiniciar la producción por parte de la empresa que la haya abandonado conlleve un alto coste o que haya dificultades para la importación de productos sustitutivos), la inexistencia de clientes o usuarios con poder de mercado y, por supuesto, que la empresa en cuestión esté dotada de poder económico y tenga grandes recursos financieros.

En conclusión, es muy complejo determinar cuándo estamos realmente frente a una política de precio predatorio que pueda calificarse de desleal o anticompetitiva y por tanto es prácticamente imposible establecer reglas ciertas para la valoración de este tipo de comportamientos. Por todo ello, quizá resulte conveniente dejar que sea la jurisprudencia la que tras un análisis del caso determine la naturaleza de la conducta enjuiciada. En este sentido, y no como reglas fijas o soluciones predeterminadas, sino más bien como parámetros orientativos que pueden servir de referencia al juzgador, citaremos dos muy distintos, tomados de las jurisprudencias americana y comunitaria, que se refieren a la existencia de un precio predatorio y al juego de las presunciones y consiguiente reparto de la carga probatoria: así, en el derecho comunitario europeo, el establecimiento de un precio que sea inferior al coste variable medio se considera predatorio *per se*; en cambio, la fijación de precios inferiores a los costes totales medios pero superiores a los variables medios sólo se calificará de predatoria si dicha conducta se enmarca en una estrategia tendente a eliminar a un competidor del mercado (Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 3 de julio de 1991, caso Akzo). En el derecho americano, si el precio es superior al coste marginal, se presume que está dentro de la legalidad, correspondiendo por tanto al denunciante la prueba de su carácter predatorio; por el contrario, si dicho precio resultara inferior, se presumirá su naturaleza predatoria y será entonces el denunciado quien deberá probar que no lo es (Sentencia del Tribunal Federal 2.C, 1982, caso Northern Telephone Co. v. A. T. T. Co.).

Finalmente señalaremos que la figura de la venta con pérdida no debe confundirse con los supuestos de venta por debajo del coste

de fabricación o del precio de adquisición que se dan en casos de lanzamiento de nuevos productos (promoción), liquidación por exceso de *stocks* o cierre del negocio (liquidación), ventas de mercancía defectuosa u obsoleta (saldos) o fuera de temporada (rebajas), en las que concurren circunstancias objetivas que las sustraen de la calificación de desleales (la mayoría de estos supuestos, así como también la venta con pérdida han sido regulados en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y en las leyes de ordenación del comercio de las distintas comunidades autónomas).

2. La venta con pérdida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista

La Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) ha regulado también la venta con pérdida en los siguientes términos:

- 2.1. Se define la citada venta como aquella en la que el precio aplicado a un producto sea inferior al de adquisición según factura (deducida la parte proporcional de los descuentos que figuren en ella), al de reposición si éste fuese inferior a aquél, o al coste efectivo de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante (se trata de evitar, en este último supuesto, que el comerciante fije arbitrariamente los precios internos de transferencia desplazando de este modo la pérdida al precio de fabricación), incrementados en las cuotas de los impuestos indirectos que graven la operación (art. 14.2 LOCM). Se trata de un concepto —que podríamos denominar matemático—, al que se llega partiendo de un precio base: el precio de adquisición según factura o el coste de producción si la mercancía ha sido fabricada por el comerciante. Excepcionalmente se tomará como precio base el precio de reposición si éste es inferior al de adquisición o al coste de producción. A este precio base se le restan los descuentos efectuados por el vendedor con respecto a la mercancía en cuestión, pero únicamente si figuran en la factura y siempre que no sean consecuencia de una retribución o compensación por determinados servicios prestados por el comerciante (art. 14.3 LOCM), y finalmente se le suman los impuestos indirectos que graven la compraventa. Pues bien, si el precio resultante de estas operaciones matemáticas es superior al de venta aplicado al producto, existirá venta a pérdida.
- 2.2. Se prohíbe esta modalidad de venta salvo en los siguientes casos: ventas de saldos, ventas en liquidación, ventas de artículos perecederos en las fechas próximas a su inutilización y ventas llevadas a cabo con la finalidad de alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar, significativamente, a su negocio (art. 14.1 LOCM). Esta

última excepción, al introducir el elemento subjetivo de la intencionalidad en las ventas a pérdida y determinar, en consecuencia, que la prohibición no se aplica a aquellos casos en los que la actuación del comerciante no pretende alterar el mercado ni expulsar de él a los competidores, sino que se debe pura y simplemente a una pérdida de competitividad que le impide establecer un precio equivalente al de sus rivales, legítima la venta con pérdida como una estrategia competitiva más de las que dispone el empresario para hacer frente a sus competidores.

- 2.3. Se establece la prevalencia de la Ley de Competencia Desleal sobre la nueva regulación del comercio minorista (art. 14.1 *in fine* LOCM), lo cual no deja de resultar sorprendente ya que la única justificación que se ha dado a la reiteración de la regulación de la venta a pérdida en la nueva Ley de Ordenación del Comercio Minorista es precisamente la insuficiencia de la anterior legislación. Esta prevalencia significa, como ya se ha indicado, la licitud de la venta con pérdida salvo en los casos de precios predatorios.
- 2.4. Se prevé también, como cautela, que en ningún caso las ofertas conjuntas o los obsequios a los compradores podrán utilizarse para evitar la aplicación de lo dispuesto en el presente artículo (art. 14.4 LOCM).
- 2.5. Por último, es necesario señalar que el ámbito de aplicación de esta ley se circunscribe exclusivamente, tal y como señala su artículo 1, al comercio minorista, entendido como la actividad profesional de ofrecer la venta de bienes a sus destinatarios finales se utilice o no un establecimiento, por lo que quedarán al margen de la prohibición de las ventas con pérdida los fabricantes (salvo que sean comerciantes revendedores de su propia producción) y los mayoristas.

3. Otras conductas desleales en materia de precios

La Ley de Competencia Desleal prevé una figura que puede incardinarse también bajo el epígrafe de actos de competencia desleal relacionados con los precios. Se trata de la figura de la violación de normas.

- 3.1. La *violación de normas* se regula en el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal y consiste en la adquisición de ventajas competitivas por parte de un operador económico por medio de la infracción de normas de derecho público relevantes en el ámbito económico; sirva de ejemplo a este respecto la llamada economía sumergida (STS de 16 de junio del 2000, de 13 de marzo del 2000 y de 23 de mayo del 2003 y SAP de Albacete de 23 de marzo de 1993, de

Barcelona de 1 de septiembre de 1995 y de 26 de enero del 2000, de Baleares de 19 de julio del 2002, de Madrid de 18 de octubre del 2007 y de Zamora de 25 de octubre del 2007). La deslealtad en estos casos viene dada por la ruptura del principio de igualdad en las condiciones de acceso al mercado, que produce como consecuencia la posibilidad de que se generen importantes diferencias en la situación competitiva de las empresas concurrentes de las que podrá beneficiarse claramente el infractor.

- 3.2. La *infracción de normas reguladoras de la competencia*. El precepto citado se completa con una referencia a que la simple violación de normas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial tendrá también la consideración de desleal a los efectos de esta ley, lo que parece dar a entender que el legislador ha querido atribuir dicho carácter tanto a las infracciones de las normas sobre ordenación del comercio (como, por ejemplo, en cuanto a precios, horarios comerciales o rebajas; *vide* las STS de 13 de marzo del 2000 y de 16 de junio del 2000) o las que regulan sectores concretos de la actividad mercantil (banca, transporte, seguros, etc.; *vide*, sobre el precio de los libros, las STS de 31 de marzo de 1999, de 31 de marzo del 2000, de 30 de octubre del 2002 y de 6 de mayo del 2004), como a las específicas de defensa de la competencia.

De entre las normas a las que se hace referencia en el párrafo anterior, se podrían citar las siguientes: las que podríamos denominar de carácter general, tales como las reguladoras de los precios (medicamentos, transporte de viajeros, libros) o las normas penales relativas a la alteración de los precios en los concursos o subastas (art. 262 Código Penal) y a la maquinación para alterar el precio de las cosas (art. 281 y 284 Código Penal). Las de tipo concurrencial, entendiendo por tales en este contexto todas las conductas de fijación de precios prohibidas por los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia: acuerdos horizontales (entre competidores) de fijación de precios, de prohibición de descuentos o de limitación de la producción o el mercado; acuerdos verticales (entre no competidores) por medio de los cuales el fabricante o proveedor establece de forma directa o indirecta el precio al que el distribuidor deberá vender al público los productos o servicios, y abusos de posición dominante mediante el establecimiento de precios abusivos, la discriminación, los descuentos de fidelidad con efectos de exclusión del mercado o los precios predatorios.

4. Apostilla final

En el derecho español, los actos de discriminación, explotación de la situación de dependencia económica y venta con pérdida pueden generar también un ilícito de tipo administrativo, tipificado en la Ley de Defensa de la Competencia como *falseamiento de la libre competencia por actos desleales*, que será perseguible por las autoridades nacionales

y autonómicas de defensa de la competencia cuando revistan determinada importancia y afecten al interés público (art. 3 LDC) y será sancionado, en su caso, con una intimación al cese de la conducta anti-competitiva y una multa que puede alcanzar hasta el 10 % del volumen anual de negocios de los autores, así como también una multa de hasta 60 000 € a los representantes legales y a los directivos de la empresa que hubieran intervenido en su adopción.

MOSAICO

Noticias

Memoria de la actividad de la CNC durante el periodo 2010-2011

La Comisión Nacional de la Competencia (CNC) ha publicado la memoria de la actividad desarrollada durante el citado periodo.

Tercer informe de la CNC sobre ayudas públicas

La CNC, de conformidad con las funciones de seguimiento de la actividad de las Administraciones Públicas españolas en materia de ayudas públicas, ha publicado su tercer Informe Anual sobre las Ayudas Públicas concedidas en España.

El informe ofrece una panorámica general tanto del contexto estadístico de las ayudas públicas en España con arreglo a los últimos datos disponibles, como de las principales novedades normativas o resolutorias impulsadas por las autoridades comunitarias, y menciona las principales actuaciones llevadas a cabo por la CNC en materia de ayudas públicas en el 2010.

En este tercer informe se ha efectuado además un análisis descriptivo y crítico de diversas medidas, instrumentadas mediante contratos o convenios de colaboración entre distintas entidades vinculadas a las Administraciones Públicas y compañías aéreas, cuyo objeto es promocionar determinados destinos turísticos. Los resultados del análisis reflejan el impacto de estas actuaciones tanto sobre las infraestructuras como sobre los operadores del sector del transporte aéreo y muestran cómo determinadas actuaciones de los entes públicos pueden generar distorsiones de la competencia.

Programa de política de competencia de la CE para el 2012

El vicepresidente de la CE y comisario responsable de la política de competencia ha presentado el programa de trabajo de su área para el 2012, cuyos principales hitos pasamos a señalar. En materia de prácticas anticompetitivas: consolidar la normativa que está dispersa en regulaciones, marcos estructurales, directrices y comunicaciones; regular el derecho de las víctimas a recibir una compensación por los daños causados por las infracciones de las normas de competencia, y aclarar las relaciones entre la aplicación pública y la privada de dichas normas, especialmente por lo que se refiere al conflicto de intereses entre el mantenimiento de la confidencialidad de la información suministrada por las empresas que se acogen a los programas de clemencia y el derecho de las víctimas a una indemnización por los daños causados por aquéllas. En materia de ayudas públicas: reforzar y racionalizar los mecanismos de control; publicar nuevas directrices en los ámbitos del transporte

marítimo y aéreo, capital riesgo, redes de banda ancha, ayudas regionales y ayudas a la I+D+i; ampliar el periodo de aplicación a la banca de las reglas especiales de ayudas de Estado en situaciones de crisis; adoptar un nuevo régimen de rescate y reestructuración tanto para las empresas en dificultades —que se aplicará en el 2012— como para las entidades financieras —que se aplicará tras la superación de la actual crisis.

Buenas prácticas en materia de cooperación entre las autoridades nacionales de competencia de la Unión Europea en materia de control de concentraciones

Las autoridades nacionales de competencia han establecido un código de buenas prácticas que aplicarán, de conformidad con sus leyes nacionales, en los casos que tengan que examinar una misma operación transnacional de concentración de empresas. Dicho código va más allá de la mera obligación de remitir el formulario de notificación al resto de las autoridades nacionales de competencia y tiene como finalidad lograr una coordinación entre las autoridades que han de analizar y decidir sobre la citada operación de concentración.

Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario

La CNC ha hecho público un informe en el que analiza las relaciones entre fabricantes y distribuidores de productos alimentarios en función de su poder de negociación y los efectos que ello tiene sobre el funcionamiento del sector. Recomienda la eliminación de las restricciones legales a la competencia en la distribución minorista y la aplicación de medidas para minimizar el posible impacto negativo sobre la competencia de determinadas prácticas comerciales de los grandes distribuidores.

El informe enumera una serie de factores que aumentan el riesgo de que a largo plazo el mayor poder de negociación de los distribuidores tenga un efecto negativo para la competencia y el bienestar social: 1) Las prácticas ampliamente generalizadas de pagos comerciales del distribuidor al proveedor determinados unilateralmente por el distribuidor y desvinculados de la contraprestación efectiva que se ofrece al proveedor; las de falta de fijación por escrito de las condiciones contractuales que rigen la relación comercial entre fabricante y distribuidor; las de modificación imprevista de dichas condiciones, con frecuencia de forma retroactiva; las de exigencia a sus proveedores sobre los nuevos productos con excesiva antelación; las de imposición de cláusulas de cliente más favorecido, y las de requerimiento a los proveedores de información comercial sobre sus relaciones comerciales con terceros distribuidores. 2) La persistencia de una

serie de restricciones legales al establecimiento y al ejercicio de la actividad comercial en el marco normativo que regula el comercio minorista tales como las de autorización para la apertura de grandes superficies comerciales, las de apertura en días festivos y fuera de determinados horarios comerciales y la prohibición con carácter general de la venta a pérdida, las cuales dificultan la entrada de nuevos operadores con capacidad de incrementar la presión competitiva sobre los distribuidores ya establecidos y restringe la aparición de modelos de distribución alternativos.

Finalmente, la CNC formula las siguientes recomendaciones: En primer lugar insta a todas las Administraciones Públicas con competencias en regulación de la distribución minorista a eliminar las restricciones al establecimiento y al ejercicio de la actividad comercial que todavía persisten en el marco normativo, especialmente en lo que atañe a las licencias de apertura de establecimientos comerciales y a la libertad de horarios comerciales y los periodos de rebajas. En segundo lugar, considera necesario establecer los mecanismos adecuados para facilitar el conocimiento exacto de las características y el grado de incidencia de las prácticas comerciales en la distribución que pueden afectar negativamente a la competencia y al funcionamiento eficiente del mercado, y promover determinadas medidas encaminadas a limitar los efectos nocivos de las prácticas comerciales descritas anteriormente. Finalmente, advierte contra el riesgo de ruptura del mercado interior derivado de la proliferación de regulaciones y códigos de conducta diferentes

entre las comunidades autónomas para el tratamiento de determinadas prácticas comerciales, lo que puede reducir la intensidad de la competencia y restar eficiencia y competitividad al sector alimentario español.

Informe sobre la concesión de ayudas para el nacimiento y adopción de niños (cheque bebé)

La CNC ha hecho público su informe sobre un proyecto normativo del Gobierno del Principado de Asturias por el que se establecían las bases reguladoras de la concesión de ayudas para el nacimiento y adopción de niños, el cual contenía el siguiente precepto: «Las ayudas deberán ser empleadas en la adquisición de productos adquiridos en cualquier comercio ubicado en el territorio del Principado de Asturias».

La CNC considera que este tipo de exigencias territoriales condicionan la elección del establecimiento de compra por parte del adquirente, distorsionando su decisión al centrarla en el conjunto de oferentes que le permiten el acceso a la ayuda, lo que contribuye a fragmentar el mercado (*vide* en este sentido las STSJ del País Vasco de 8 de marzo del 2011 y de Cantabria de 24 de junio del 2011) y concluye que se trata de una restricción a la competencia que no se encuentra justificada ni en su necesidad ni en su proporcionalidad.

El informe es una actuación que se enmarca en el convenio de colaboración de la CNC con el Principado de Asturias.

Prácticas prohibidas

Cártel de fijación de precios y reparto del mercado de las licitaciones de obras de rehabilitación de carreteras

El Consejo de la CNC ha resuelto imponer multas por valor de más de 47 millones de euros a 47 empresas del sector de la construcción por haber constituido un cártel para repartirse y fijar los precios de las licitaciones de obras de rehabilitación de carreteras (Resolución de 19 de octubre del 2011).

La colusión afectaba fundamentalmente a licitaciones convocadas por las Administraciones Públicas por el procedimiento restringido, que consiste en que la Administración marca un presupuesto de referencia y las empresas seleccionadas por ella de acuerdo con criterios objetivos deben presentar sus ofertas indicando la baja que sobre ese presupuesto están dispuestas a realizar.

Por medio de la confesión de algunas empresas implicadas y de la documentación intervenida en los registros domiciliarios practicados en algunas de las empresas expedientadas se ha probado que las empresas seleccionadas en estos procedimientos mantenían contactos y se reunían para intercambiarse información sobre las bajas que tenían previstas y

para acordar seguidamente cuál sería el importe de la baja ganadora y del resto de las ofertas. De esta forma la empresa ganadora obtenía un mayor presupuesto para la obra y repartía la diferencia con el resto de los competidores partícipes del acuerdo. En total se han acreditado acuerdos para modificar las ofertas durante los años 2008 y 2009 en catorce licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas convocadas en todo el territorio nacional.

Colusión para la fijación de precios y reparto del mercado de asfaltos

La CNC ha impuesto multas por valor de más de 16 millones de euros a doce empresas por haber acordado un reparto del mercado de las mezclas bituminosas en caliente (MBC) y productos relacionados empleados fundamentalmente en la pavimentación de los firmes de carreteras, calzadas de vías urbanas, etc., que afecta a las provincias de León, Burgos y la Comunidad Autónoma del País Vasco (Resolución de 26 de octubre del 2011).

Los acuerdos de reparto del mercado se llevaban a efecto en las zonas analizadas mediante el

establecimiento de cupos —en toneladas de producción de MBC— entre los participantes en el cártel, el intercambio de información sensible sobre obras y clientes para su posterior reparto, el establecimiento de las tarifas base para los productos y los servicios necesarios para el asfaltado y el reparto de las obras atendiendo a los cupos de cada una de las empresas. Por otra parte, se trataba de un acuerdo estable, de forma que se respetaban las zonas sin que se produjeran movimientos de operadores de una zona a otra ni respuestas a peticiones de ofertas de demandantes de zonas limítrofes sin contar con el asentimiento y con los precios que imperaban en la zona del demandante.

En la imposición de la sanción a alguna de las empresas imputadas, el Consejo de la CNC ha tomado en consideración como circunstancia agravante el hecho de que hubieran sido sancionadas previamente por el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia por actuaciones similares.

Fijación de precios de productos agrícolas

La CNC ha resuelto que la Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores de Almería (ASAJA-Almería), la Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos de Almería (COAG-Almería) y la Asociación de Comercializadores Alhondiguistas de Frutas y Hortalizas de la Comunidad Autónoma de Andalucía (Alhóndigas) han incurrido en una práctica colusoria al acordar el establecimiento de precios mínimos para el pimiento, el calabacín, el pepino, la berenjena y el tomate y al constituir una mesa de trabajo para regular la variación de los precios (Resolución de 14 de diciembre del 2011).

En su resolución la CNC aclara que no se opone a que las organizaciones agrarias alcancen acuerdos de acción conjunta en defensa de los intereses de sus asociados, pero no puede aceptar que, bajo el título de acción sindical, se amparen conductas contrarias a las normas de competencia, como es el caso de los acuerdos de fijación de precios mínimos, que exceden de los límites de una acción sindical legítima. Además, recuerda que este tipo de acuerdos sobre precios mínimos no se han mostrado eficaces para resolver los problemas ni permite asegurar el objetivo buscado de una renta justa para los agricultores.

Cártel de fijación de precios y reparto de mercados en el sector de embalajes industriales

La CNC ha declarado la existencia de un cártel de precios y reparto de mercados —en la modalidad de asignación de clientes— en el que participaban diversas empresas españolas e italianas dedicadas a la fabricación y comercialización de envases de plástico destinados al envasado, protección y revalorización de productos hortofrutícolas (Resolución de 2 de diciembre del 2011).

El expediente se abrió por una solicitud de clemencia presentada por una de las empresas implicadas, que describió determinadas reuniones llevadas a cabo de

forma sistemática al comienzo de las campañas por algunas empresas fabricantes y distribuidoras de envases en las que se alcanzaron acuerdos de fijación de precios y de reparto de clientes. Asimismo se lograron acuerdos para la implementación, seguimiento y control de lo pactado mediante contactos bilaterales. La veracidad de la información aportada por la empresa denunciante fue corroborada por las investigaciones domiciliarias llevadas a cabo por la CNC en España y la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato en Italia.

El Consejo de la CNC declara acreditada la participación de las imputadas Infia, ILPA y Veripack en un cártel que ha operado en el mercado de los embalajes de plástico destinados al envasado y protección de productos hortofrutícolas desde 1999 hasta la campaña 2006/2007, con el objeto de limitar o falsear la competencia en este mercado y más concretamente en el de los envases monouso de polímeros de plástico para el envasado de frutas en la comarca de Huelva. En consecuencia, ha impuesto las siguientes multas: a Infia una multa de 8 371 740 €, de la que también resultaría responsable solidaria su matriz LINPAC por un importe de 7 709 070 €; a ILPA, una multa de 1 003 583 € y a Veripack, una multa de 2 850 790 €, de la que resultaría responsable de forma solidaria su matriz Grupo Guillin S. A. por un importe de 2 250 515 €. No obstante, como consecuencia de la aplicación del programa de clemencia, Infia y su matriz LINPAC quedan exentas del pago de la multa que les correspondería. Por otra parte, no se considera autora ni se sanciona a la empresa Agroenvas al considerar que actuaba en el cártel en nombre y representación de la filial de ILPA en España y formaba con ella una unidad económica en el mercado bajo el control de ésta.

Acuerdo de comercialización conjunta de publicidad

La Comisión Nacional de la Competencia ha impuesto sanciones a los grupos editoriales Prisa y Zeta por incluir restricciones a la competencia en sus acuerdos de comercialización conjunta de espacios publicitarios.

Este expediente sancionador tiene su origen en el expediente de control de concentraciones que fue archivado por el Consejo de la CNC en el 2010 por considerar que la operación notificada, consistente en la creación de una empresa en participación controlada conjuntamente por los grupos editoriales Prisa y Zeta, cuyo objeto social era la comercialización de espacios publicitarios en prensa escrita e internet, no era una concentración económica conforme a lo dispuesto en el artículo 7.1c de la LDC. No obstante, la Dirección de Investigación analizó la compatibilidad del acuerdo con la legislación de defensa de la competencia y apreció que había indicios racionales de que diversas empresas de los grupos Prisa y Zeta habían infringido el artículo 1 LDC al descubrir varios acuerdos entre competidores para comercializar conjuntamente los espacios publicitarios en prensa escrita que contenían cláusulas restrictivas de la competencia, como la fijación de tarifas y

descuentos, la obligación de comercialización conjunta de espacios publicitarios, el intercambio de los precios aplicados de forma individual por cada editor y el reparto de mercados.

En su Resolución de 24 de noviembre del 2011 el Consejo de la CNC considera que se trata de restricciones innecesarias para el desarrollo competitivo del acuerdo que pueden distorsionar las condiciones de competencia en el mercado. Además, los acuerdos incluyen la obligación para el cliente de insertar sus anuncios en ambas publicaciones, lo que restringe sus posibilidades de elección respecto a la situación previa al acuerdo y altera por tanto las condiciones competitivas del mercado. En consecuencia, la CNC resuelve instar a las empresas a que eliminen dichas cláusulas del acuerdo e imponer de forma solidaria a las empresas del Grupo Prisa una multa de 478 611 € y a las empresas del Grupo Zeta una multa de 75 931 €.

Fijación precios en transporte marítimo

Respecto al intercambio de billetes en la «operación paso del Estrecho», la Dirección de Investigación de la CNC tuvo acceso a una información de la que se podía deducir un acuerdo de fijación de precios en el servicio de transporte marítimo de pasajeros de la línea Algeciras-Ceuta-Algeciras y procedió a acordar la apertura del oportuno expediente sancionador contra las empresas Balearia Eurolíneas Marítimas S. A., Buquebus España S. A. U., Euromaroc 2000 S. L. (Grupo Balearia), Europa Ferrys S. A., Compañía Trasmediterránea S. A. Grupo Acciona y Förde Reederei Seetouristik Iberia S. L.

Tras el desarrollo de diversos registros domiciliarios en las empresas implicadas, Euromaroc 2000 S. L. (y con posterioridad su matriz Balearia y su filial Buquebus), acogándose al programa de clemencia, aportó documentación e información sobre las conductas investigadas, que complementaron con declaraciones verbales de sus directivos.

La Resolución de 10 de noviembre del 2011 declara acreditada la participación de las empresas imputadas en un cártel para repartir el mercado, fijar los precios y las cuotas de mercado, coordinar los horarios, fijar las condiciones comerciales para las agencias, eliminar y coordinar las ofertas y los mecanismos de compensación en caso de desviación de cuotas, así como para establecer procedimientos de seguimiento y vigilancia del cumplimiento de estos acuerdos en el mercado del transporte marítimo de pasajeros y vehículos en régimen de pasaje en la línea que une Algeciras y Ceuta; y, en consecuencia, impone las siguientes multas: 12 102 969 € a Compañía Trasmediterránea S. A. y Europa Ferrys S. A.; 2 351 689 € a Balearia Eurolíneas Marítimas S. A. y a sus filiales Buquebus España S. A. U. y Euromaroc 2000 S. L., que se benefician de una reducción del 50 % en aplicación del programa de clemencia, y 1 884 600 € a Förde Reederei Seetouristik Iberia S. L.

Cártel de fijación de precios en el transporte de mercancías en el puerto de Bilbao

En el mes de diciembre del 2001, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) sancionó a SINTRABI, a la Asociación de Consignatarios y a un gran número de empresas de transporte por formar parte de un cártel para la fijación de las tarifas, los descuentos y otras condiciones comerciales en el ámbito del transporte de mercancías por carretera. La resolución del TDC fue confirmada tanto por la Audiencia Nacional en febrero del 2005 como por el Tribunal Supremo en marzo del 2008. En el 2005, el Gobierno vasco, ante el aparente mantenimiento del citado cártel en el puerto de Bilbao, instó las actuaciones de la fiscalía que condujeron a la obtención de determinada documentación a la vista de la cual la Audiencia Nacional ordenó, por medio de un auto, su traslado a la Comisión Nacional de la Competencia, por entender que los anteriormente condenados continuaban desarrollando las citadas prácticas restrictivas de la competencia.

El sistema consistía en un cierre de mercado en virtud del cual los transportistas debían portar números identificativos previamente distribuidos entre los participantes en el cártel que les servían para poder franquear el acceso al puerto. Los participantes en el cártel se repartían los clientes, fijaban los precios en función de las distancias y el tipo de carga y controlaban y vigilaban el cumplimiento de los acuerdos. Existía también un articulado mecanismo de presión y retorsión para hacer cumplir dichos acuerdos, que era ejecutado y financiado por los propios participantes del cártel mediante la creación de la figura de los «vigilantes».

La Resolución de la CNC de 26 de octubre del 2011 sanciona con multas de más de 7 millones de euros al Sindicato de Transportistas Autónomos de Bizkaia (SINTRABI), a Bidetrans S. L., a C. B. Bilbao S. L. y a Transmeta S. L. como responsables del cártel en el transporte de mercancías por carretera en el puerto de Bilbao; asimismo declara no acreditada la participación de la empresa Transportes Uribe S. A. y prescritas las infracciones en el caso de veinte de las empresas implicadas.

Colusión para la fijación de los precios de la uva y el mosto de Jerez

La Resolución del Consejo de la CNC de 6 de octubre del 2011 considera acreditado que, durante el periodo que va desde abril de 1991 hasta marzo del 2009, en el Marco de Jerez y en el ámbito de acuerdos sobre planes de reconversión sectorial o planes estratégicos para el marco, los precios de la uva y del mosto de cada campaña fueron objeto de negociación y acuerdo entre las asociaciones de los productores (sociedades cooperativas y organizaciones profesionales agrarias) y las asociaciones empresariales de los transformadores o bodegueros. Por esta razón sanciona con multas a la Federación de Bodegas del Marco de Jerez (FEDEJEREZ), la Asociación de

Artesanos del Jerez y la Manzanilla (ARJEMAN), AECOVI, la Asociación de Empresarios Viticultores de Cádiz (ASEVI-ASAJA), la Unión de Agricultores y Ganaderos de Cádiz (UAGA-COAG CÁDIZ) y al Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen Jerez-Xérès-Sherry, Manzanilla de Sanlúcar de Barrameda y Vinagre de Jerez.

Además, declara que la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía es también responsable de una infracción de la normativa de competencia por su participación en los acuerdos de fijación de precios de la uva y el mosto de Jerez. La ausencia de pronunciamientos previos por parte del Consejo de la CNC en los que se reconociese la responsabilidad de una Administración Pública por una infracción de la normativa de defensa de la competencia supone un cambio de criterio que ha sido tomado en consideración a la hora de determinar la no imposición de una multa.

Abuso de posición dominante y pacto de no competencia en la actividad de televenta

La Resolución del Consejo de la CNC de 24 de octubre del 2011 declara que no ha quedado acreditada la existencia de una conducta de abuso de posición de dominio por parte de El Corte Inglés como tampoco de una infracción de la prohibición de conductas colusorias del artículo 1.1 de la LDC por parte de El Corte Inglés y los operadores de televisión Sogecable, Telecinco y Veo por la celebración de contratos de suministro en exclusiva de espacio televisivo para la emisión de mensajes y programas de televenta, todo ello en la medida en que los competidores de El Corte Inglés han contado con alternativas para la emisión de espacios televisivos de televenta, tanto a nivel nacional como autonómico y local.

No obstante, el Consejo de la CNC considera que el pacto de no competencia contenido en el contrato celebrado en el 2006 entre El Corte Inglés y Veo Televisión para la emisión de un canal 24 horas de televenta en TDT nacional en abierto es un acuerdo entre empresas restrictivo de la competencia prohibido por el artículo 1.1 de la LDC por cuanto tiene por objeto impedir que los competidores de El Corte Inglés pudieran hacer uso de la capacidad de emisión de Veo de canales 24 horas de televenta en TDT nacional mientras durase el referido pacto de no competencia y, por ello, impone a El Corte Inglés S. A. una multa de 50 000 € por esta conducta prohibida.

Abuso de posición dominante por una entidad de gestión de derechos de autor

La CNC ha impuesto a AISGE (Artistas e Intérpretes Sociedad de Gestión) una multa de 627 855 € por haber abusado de su posición de dominio en el

mercado al imponer tarifas no equitativas a distintas salas de cine por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales.

AISGE decidió, de forma unilateral, incrementar la tarifa general que aplica a los cines pasando de un 0,8 % a un 1,5 % de la recaudación de las salas. Además, mientras trataba de llegar a un acuerdo con la Federación de Cines de España (FECE), aplicó distintas tarifas a diferentes salas y diversas bonificaciones por el mismo servicio.

A la vista de estos hechos, el Consejo de la CNC considera que AISGE, al establecer unilateralmente unas tarifas no equitativas, ha incurrido en un abuso de posición de dominio en el mercado de gestión del derecho de remuneración por comunicación pública de las actuaciones de los artistas, intérpretes o ejecutantes en la forma de proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales, mercado en el que AISGE tendría una posición de dominio indiscutible dado que ejerce esta actividad en exclusiva desde el 2005.

Abuso de posición dominante en la distribución de electricidad

La Resolución de la CNC de 8 de noviembre del 2011 declara que la empresa E.On Distribución S. L. ha utilizado su posición de dominio en el mercado de la distribución en determinadas áreas geográficas para abusar en el mercado conexo de la instalación de redes eléctricas no reservadas al distribuidor de electricidad y le impone una multa de 607 728 €.

El mercado de instalaciones eléctricas comprende la ejecución de las obras necesarias (acometida, enganche, extensiones, etc.) para la conexión de la red de distribución con las instalaciones receptoras de los usuarios finales. La normativa distingue entre las actividades de instalación que están reservadas a los distribuidores y las que no. La ejecución de las instalaciones no reservadas al distribuidor puede llevarse a cabo en libre competencia por cualquier instalador autorizado. E.On se valía de la información sobre las solicitudes de suministro —a la que tenía acceso privilegiado por su condición de distribuidor— para ofertar la realización y el presupuesto de los trabajos de instalación de la parte no reservada, información a la que no tenía acceso ningún otro instalador. La oferta de E.On en los mercados en los que dispone de posición de dominio siempre era la primera que recibía el cliente, de modo que aprovechaba la remisión de una respuesta al cliente a la que estaba obligada por normativa para hacer ofertas comerciales que iban más allá de sus obligaciones como distribuidor. Esta conducta impedía al resto de los operadores presentes en el mercado de instalaciones competir con ella en situación de mínima igualdad de condiciones.

Terminación convencional

La CNC ha acordado la terminación convencional del expediente sancionador incoado contra Orona Sociedad Cooperativa y Omega Elevator S. A. por posibles prácticas restrictivas de la competencia consistentes en la existencia de un pacto de no competencia limitativo de la distribución y de las ventas en el mercado de fabricación y venta mayorista de aparatos elevadores (Resolución de 22 de septiembre del 2011).

Dicha posible restricción tenía su origen en la firma el 14 de abril del 2010 de una adenda modificativa del Convenio Marco de 20 de febrero del 2009, que había dado lugar a la concentración entre Orona y Omega, autorizada con condiciones por la CNC el 2 de julio del 2009. En concreto, la adenda modificativa contenía algunas cláusulas que tenían por objeto incluir en los pactos de no competencia no sólo el mercado minorista de la venta e instalación de elevadores,

objeto de la operación de concentración, sino también el mercado de aprovisionamiento mayorista de elevadores que había quedado excluido de tal operación al continuar Omega como operador independiente en dicho mercado a través de su fábrica de Vitoria.

Omega y Orona han presentado una propuesta de compromisos que reducen el alcance del pacto de no competencia al segmento minorista de la venta e instalación de aparatos elevadores y permiten que Omega lleve a cabo acciones publicitarias dirigidas a los operadores del mercado mayorista tendentes a potenciar las ventas en este segmento. Dichos compromisos resultan adecuados para remover los citados posibles efectos restrictivos sobre la competencia en el mercado afectado y satisfacen los requisitos establecidos en el artículo 52 de la LDC para la terminación convencional del expediente sancionador.

Control de operaciones de concentración

Durante este periodo se han notificado veintiséis operaciones de concentración cuya naturaleza es la siguiente: dieciséis de toma de control exclusivo, tres de toma de control conjunto, tres de adquisición de rama de actividad, dos de adquisición de activos, una fusión de sociedades y una empresa en participación. Todas han sido autorizadas en primera fase, una de ellas con condiciones.

Autorizada con condiciones la concentración Verifone/Hypercom

Por Resolución del Consejo de la CNC de 28 de diciembre del 2011 se autoriza en primera fase la operación de concentración económica consistente en la adquisición por Verifone del control exclusivo de Hypercom Corporation (Hypercom), subordinada al cumplimiento de los compromisos presentados por Verifone.

Esta concentración fue notificada por Verifone a la CNC el 10 de noviembre del 2011, a requerimiento de la Dirección de Investigación, por haberse efectuado previamente prescindiendo de la preceptiva notificación y sometimiento al procedimiento de control.

En el análisis de la operación se ha constatado que ésta genera problemas para la competencia efectiva en los mercados relacionados con el diseño y la comercialización de terminales de pago electrónico, entre otras razones por dar lugar a una estructura duopolística de mercado tanto en España como a nivel europeo. Para remediar estos problemas Verifone ha

presentado unos compromisos que tratan de reforzar la posición competitiva de Klein Partners en los mercados afectados. Aunque Verifone e Hypercom habían transferido a Klein Partners los activos de Hypercom relacionados con la comercialización de terminales de pago electrónico en España y el Reino Unido, la CNC estimaba que esta desinversión y los contratos de licencia que la acompañaban no eran suficientes para que Klein Partners pudiese replicar la presión competitiva que Hypercom ejercía en el mercado español, pues los contratos limitaban *de facto* la actuación de Klein Partners a España y el Reino Unido; esto le dificultaría obtener las economías de escala y alcance suficientes como para permanecer en los mercados afectados en calidad de operador competitivo e independiente de Verifone. Mediante los citados compromisos, Verifone asume como vinculantes ante la CNC los contratos de licencia y asistencia técnica ya firmados con Klein Partners y se compromete a suscribir un contrato de licencia adicional que permitirá a Klein Partners comercializar los productos de Hypercom durante un plazo de cinco años en un ámbito geográfico más amplio que España y el Reino Unido. Asimismo, Verifone se compromete a suministrar periódicamente a la CNC información sobre la implementación de los contratos firmados con Klein Partners. De esta manera, los compromisos presentados, con la supervisión de la CNC, servirán para garantizar el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados de terminales de pago electrónico al permitir que Klein Partners, mediante su filial Spire Payments, pueda configurarse como un operador competitivo e independiente.

BREVES POR SECTORES (UNIÓN EUROPEA)

Cárteles

Tabaco

El Tribunal General de la UE anula parcialmente, y por lo que respecta a Romana Tabacchi, la decisión de la Comisión sobre el cártel en el mercado italiano de tabaco crudo. Según una decisión de la Comisión Europea del año 2005, las italianas Romana Tabacchi, Mindo y Transcat tabacchi participaron, entre 1995 y el 2002, en acuerdos anticompetitivos en el mercado del tabaco crudo con el objetivo de fijar los precios pagados a los productores de tabaco y a los intermediarios, así como el de repartirse clientes. En esta decisión, la Comisión multó a Romana Tabacchi con 2,05 millones de euros. El Tribunal General ha considerado, y así lo hace constar en su sentencia del

pasado 5 de octubre, que la Comisión erró al calcular el importe de la multa, en la medida en que el peso de las empresas que participaron en el cártel se determinó, en todos los casos, en función de sus cuotas de mercado en el 2001 (último año completo en que se desarrolló la infracción). Sin embargo, el 2001 no fue el último año completo en el que Romana Tabacchi participó en el cártel. Como consecuencia de tal error, la sociedad fue clasificada erróneamente en una categoría de empresas que no le correspondía y fue sancionada con una multa desproporcionada. Teniendo en cuenta lo anterior, el tribunal consideró que el importe de la multa debía ser reducido y fijado en 1 millón de euros.

Químico

El Tribunal General de la UE anula la multa impuesta por la Comisión Europea a Aragonesas por su participación en un cártel en el mercado del clorato de sodio. Mediante sentencia de 25 de octubre, el Tribunal General de la UE ha anulado parcialmente la Decisión de la Comisión de 11 de junio del 2008 por la que sancionaba a la española Aragonesas y a su matriz en ese momento, Uralita, con el pago de una multa de 9,9 millones de euros. Las empresas sancionadas participaron en un cártel en el mercado del clorato de sodio consistente en el reparto de volúmenes de venta, la fijación de precios y el intercambio de información comercialmente sensible. Aragonesas y Uralita interpusieron sendos recursos de anulación contra la decisión de la Comisión ante el Tribunal General. Éste ha declarado en su sentencia que la Comisión únicamente probó la participación de la recurrente en el cártel durante el año 1998. Así, dado que el cálculo de la sanción se llevó a cabo considerando que la participación de Aragonesas en el cártel duró tres años en lugar de uno, el tribunal ha estimado que la Comisión incurrió en un error al calcular la sanción y, en consecuencia, ha anulado la multa de 9,9 millones de euros impuesta solidariamente a Aragonesas y a Uralita. Por otro lado, el tribunal ha desestimado los argumentos de Uralita tendentes a desvirtuar la presunción de responsabilidad de la matriz por actos de su filial.

El Tribunal de Justicia de la UE anula las multas impuestas a Solvay S. A. por su conducta anticompetitiva en el mercado de la ceniza de sosa. El Tribunal de Justicia de la UE ha anulado las sentencias del Tribunal de Primera Instancia que confirmaban las decisiones de la Comisión por las que se multó a Solvay S. A. con 23 millones de euros por abuso de posición dominante y supuesta participación en un cártel de fijación de precios en el mercado de la ceniza de sosa. El Tribunal de Justicia ha considerado que el hecho de que Solvay no tuviese acceso a todos los documentos del expediente en el curso de la investigación llevada a cabo por la Comisión constituye una violación de sus derechos de defensa, puesto que, de haber tenido acceso al expediente completo, cabe la posibilidad de que hubiese identificado información o documentación pertinente para su defensa. Por otro lado, el tribunal ha confirmado la argumentación de la Comisión conforme a la cual ésta no está obligada a celebrar una nueva audiencia cuando la decisión que vaya a adoptar tenga el mismo contenido y se base en las mismas objeciones que una anterior. Sin embargo ha señalado que en ese caso concreto la falta de audiencia está estrechamente conectada con el acceso irregular al expediente y que, en consecuencia, la Comisión debería haber celebrado dicha audiencia.

Metalúrgico

El Tribunal de Justicia de la UE confirma las sentencias del Tribunal General y las decisiones de la Comisión sobre el cártel de los tubos de cobre. La Comisión sancionó, mediante la Decisión de 16 de diciembre del 2003, a las empresas del grupo KME, entre otras, por su participación en dos cárteles, uno en el sector de los tubos de cobre industriales y otro en el de los tubos de cobre para fontanería. Las sancionadas recurrieron las

decisiones de la Comisión ante el Tribunal General de la UE, el cual desestimó los recursos. Por su parte, el grupo KME y Chalkor interpusieron sendos recursos de casación contra estas sentencias y las decisiones de la Comisión, en el entendimiento de que el Tribunal General no había ejercido un control suficiente de las decisiones impugnadas, vulnerando con ello el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH). Según las recurrentes, los

procedimientos en materia de competencia son penales a los efectos de la CEDH y, por tanto, el tribunal está obligado a efectuar un examen completo de hechos y de derecho. El Tribunal de Justicia ha declarado que debe ejercerse un control de los hechos y del derecho y ha reconocido la facultad del Tribunal General

para valorar las pruebas, anular las decisiones de la Comisión y modificar el importe de las multas. Así, ha considerado que tal control jurisdiccional no contradice el principio de tutela judicial efectiva y que, en el caso concreto, el Tribunal General ejerció el control pleno que está obligado a realizar.

Alimentación

Multa de 8,9 millones de euros para Pacific Fruit por su participación en el segundo cártel de los plátanos. Mediante la Decisión de 12 de octubre, la Comisión declaró culpables a los grupos Chiquita y Pacific Fruit de participación en un cártel de fijación de precios en los mercados de venta de plátanos en Italia, Grecia y Portugal los años 2004 y 2005. El

cártel consistió en la fijación semanal de precios, así como en el intercambio de información sensible. La Comisión ha multado a Pacific Fruit con 8,9 millones de euros, mientras que a Chiquita, sin embargo, le ha sido acordada la inmunidad para el pago de la multa por haber colaborado con la Comisión en el programa de clemencia.

Productos y servicios financieros

Inspecciones en el sector de productos financieros derivados como consecuencia de una presunta manipulación del euríbor. La Comisión Europea ha confirmado que, desde el 18 de octubre, sus funcionarios han llevado a cabo inspecciones por sorpresa en las sedes de varias empresas activas en

el sector de los productos financieros derivados en diversos Estados miembros. Según informó la Comisión, ante la existencia de indicios de infracciones de competencia en el proceso de fijación del euríbor, se comenzaron las inspecciones pertinentes para aclarar tales sospechas.

Vidrio

La Comisión adopta su cuarta decisión de transacción e impone una multa de más de 128 millones de euros a cuatro productores de vidrio para tubos de rayos catódicos por su participación en un cártel. En su Decisión de 19 de octubre del 2011, la Comisión multó con más de 128 millones de euros a las japonesas Asahi Glass y Nippon Electric Glass, así como a la alemana Schott AG, por su participación, entre febrero de 1999 y diciembre del 2004, en un cártel de fijación de precios en el mercado del vidrio para tubos de rayos catódicos. Tales tubos se

utilizan en la fabricación de televisores y pantallas de ordenadores. La decisión fue adoptada en el procedimiento de transacción; como las empresas afectadas colaboraron y reconocieron su participación en la infracción, el importe de todas las multas se ha reducido en un 10 %. Además Samsung Corning Precision Materials y Nippon Electric Glass se han beneficiado del programa de clemencia obteniendo sendas reducciones adicionales (del 100 % para la primera por haber sido la primera en informar a la Comisión sobre la existencia del cártel y del 50 % para la segunda).

Productos de consumo

La Comisión adopta su quinta decisión de transacción y multa con más de 161 millones de euros a cinco empresas productoras de compresores frigoríficos. La Comisión ha multado con 161,19 millones de euros a cinco fabricantes de compresores frigoríficos por su participación en un cártel en el mercado de compresores frigoríficos para uso doméstico y comercial en el Espacio Económico Europeo. ACC, Danfoss, Embraco, Panasonic y Tecumseh participaron en diversas reuniones en las que se discutieron

precios y se intercambiaron información sensible para coordinar sus políticas de precios en Europa y mantener las cuotas de mercado estables, recuperando así los incrementos de costes. Las multas calculadas por la Comisión se han visto reducidas como consecuencia de la cooperación de las empresas en el programa de clemencia y por efecto de la aplicación del procedimiento de transacción, en virtud del cual el reconocimiento de las empresas de su participación en la infracción es recompensado con una reducción de las sanciones.

Competencia

Venta por internet

El Tribunal de Justicia resuelve una cuestión prejudicial y declara que la prohibición a distribuidores de la venta por internet supone una restricción de la competencia por objeto. El 13 de octubre del 2011 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió la cuestión prejudicial planteada por

el Tribunal de Apelación de París en el asunto que enfrenta a Pierre Fabre Demo-Cosmétique SAS (PFDC) con la autoridad francesa de la competencia. PFDC fabrica y comercializa productos cosméticos y de higiene corporal bajo distintas marcas. En los contratos de distribución de algunas de sus marcas se indica que

las ventas deben efectuarse en un establecimiento físico y en presencia de un licenciado en Farmacia, lo que según la autoridad francesa es contrario a las normas francesas y europeas de competencia. En su sentencia, el Tribunal de Justicia recuerda que, a la hora de determinar si las restricciones en cuestión suponen una infracción por objeto, debe analizarse si la cláusula que prohíbe cualquier forma de venta por internet está justificada por un objetivo legítimo e indica algunos criterios de interpretación. En primer lugar, este tribunal recuerda que, de acuerdo con la jurisprudencia anterior, en el caso de los medicamentos

no sujetos a prescripción médica y en el de las lentes de contacto no se entiende como justificación suficiente la necesidad de un asesoramiento personalizado y de protección ante un uso indebido; tampoco por la necesidad de preservar la imagen de prestigio de los productos. Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha concluido que la prohibición de venta por internet no puede acogerse a una exención por categorías, en la medida en que con ello se restringen, como mínimo, las ventas pasivas a los usuarios de internet que no se encuentren en la zona física de influencia del distribuidor selectivo.

Telecomunicaciones

La Comisión Europea remite a Telefónica y a Portugal Telecom un pliego de cargos en relación con un pacto de no competencia. El pasado 25 de octubre, la Comisión envió un pliego de cargos a Telefónica y a Portugal Telecom en relación con un pacto de no competencia concluido en julio del 2010 que afectaba a los mercados de telecomunicaciones en la península ibérica. Dicho pacto se encuadró entre los acuerdos que dieron lugar a la adquisición por Telefónica del control exclusivo del operador brasileño de telefonía móvil Vivo,

controlado conjuntamente hasta entonces por la española y Portugal Telecom. La Comisión ha llegado a la conclusión preliminar de que dicho acuerdo infringe el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (prohibición de acuerdos anticompetitivos), dado que podría estar concebido para compartimentar los mercados. Aunque el acuerdo fue resuelto en febrero del 2011, ello no invalida su existencia. El pliego de cargos contiene una posición preliminar de la Comisión que no prejuzga el resultado del procedimiento.

Abuso de posición dominante

Productos y servicios financieros

La Comisión hace vinculantes los compromisos propuestos por Standard & Poor's de abolir las tasas por el uso de los códigos internacionales de identificación de valores americanos. La Comisión ha hecho vinculantes los compromisos presentados por Standard & Poor's (S&P) de abolir los derechos de licencia que los bancos satisfacían por el uso de los códigos internacionales de identificación de valores (ISIN) americanos dentro del Espacio Económico Europeo (EEE). Estos códigos, asignados y distribuidos por las agencias nacionales de codificación, sirven para la identificación de títulos y son esenciales para su gestión. S&P es la única de tales agencias que distribuye ISIN americanos a clientes directos (los proveedores de servicios de información

mayoritariamente) e indirectos y fue objeto de sospechas por parte de la Comisión, la cual consideró que podría haber cobrado precios demasiado altos por su uso y distribución en el Espacio Económico Europeo, infringiendo con ello la prohibición del abuso de posición de dominio en la Unión Europea. S&P se ha comprometido a abolir las tasas a cargo de los bancos por el uso de los ISIN americanos en Europa y a reducir significativamente su coste para los demás usuarios, así como a distribuirlos separados de otra información para los usuarios directos. La Comisión, tras la revisión de tales compromisos, ha entendido que con ellos se resolverán los problemas de competencia y se mejorará la eficiencia de los mercados financieros europeos.

Ayudas de Estado

Fiscalidad

El Tribunal de Justicia de la UE acoge el recurso interpuesto por España y la Comisión Europea y declara el proyecto de reforma fiscal de Gibraltar un régimen de ayudas de Estado incompatible con el mercado interior. En agosto del 2002, el Gobierno de Gibraltar notificó el texto de la reforma fiscal prevista por la que se modificaba el régimen para el impuesto de sociedades. Tras analizarlo, la Comisión entendió que el régimen propuesto establecía normas selectivas tanto desde un punto de vista material como regional y declaró que aquél constituía una ayuda de Estado ilegal. La decisión

de la Comisión fue recurrida por el Gobierno de Gibraltar y el Reino Unido ante el Tribunal de Primera Instancia de la UE. Éste resolvió mediante sentencia estimatoria, la cual fue a su vez recurrida por la Comisión y por España ante el Tribunal de Justicia, el cual resolvió el recurso el pasado 15 de noviembre anulando la sentencia del Tribunal de Primera Instancia por entender que éste había incurrido en un error de derecho al apreciar la «selectividad» del régimen sometido a examen. Así, el Tribunal de Justicia considera que la selectividad existe, aun tratándose de un régimen general, cuando los criterios de

imposición permiten identificar a las empresas beneficiarias como una categoría privilegiada de acuerdo con unas características específicas. En este caso concreto, el proyecto era materialmente selectivo en la medida en que la regulación del impuesto de sociedades que surgiría de la reforma —que hacía depender la imposición únicamente del número de trabajadores y del tamaño de los locales ocupados—

excluiría de cualquier imposición a las sociedades extraterritoriales, sin que tal falta de imposición fuese consecuencia aleatoria de la aplicación del régimen. En vista de todo ello, el Tribunal de Justicia ha considerado que el proyecto para el nuevo régimen fiscal sí constituye una ayuda de Estado ilegal y ha anulado la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, confirmando la decisión de la Comisión.

Banca

La Comisión Europea autoriza provisionalmente las ayudas de salvamento a favor de NCG Banco, Catalunya Banc y Unnim Banc. La Comisión ha aprobado de forma provisional y con arreglo a la normativa sobre ayudas de Estado las medidas de recapitalización a favor de NCG Banco, Catalunya Banc y Unnim Banc adoptadas por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB). La autorización definitiva está supeditada a la presentación, por parte de las autoridades españolas, de un plan de reestructuración que garantice 1) la viabilidad a largo plazo de las entidades beneficiarias de la ayuda; 2) la asunción por parte de sus accionistas de la parte que les corresponda de las cargas de la reestructuración, y 3) la limitación del falseamiento de la competencia. La Comisión ha reconocido la necesidad de las medidas de recapitalización para aumentar el coeficiente de solvencia de las entidades hasta el 10 % del capital principal, porcentaje fijado en el régimen de solvencia adoptado en España en febrero del 2011, y mantener la confianza en los mercados financieros españoles.

La Comisión prorroga el régimen de ayudas a los bancos en la coyuntura de crisis. Tras el inicio de la crisis financiera, la Comisión publicó cuatro comunicaciones (bancaria, de reestructuración, de activos deteriorados y de recapitalización) en las que se contienen las reglas para la aplicación de la normativa de control de ayudas de Estado en la crisis. Este régimen extraordinario ha sido actualizado y su implementación prorrogada con la finalidad de facilitar la aplicación del «paquete bancario» acordado el pasado octubre por los jefes de Estado y de Gobierno y, en definitiva, permitir que los Estados miembros sigan respaldando el sistema bancario durante la crisis. Mediante estas normas se pretende garantizar una remuneración adecuada de los Estados cuando éstos recapitalicen a los bancos por medio de acciones ordinarias, cuya remuneración en forma de dividendos y plusvalías es, por definición, incierta. Las normas también presentan orientaciones para el cálculo de las comisiones que deben abonar los bancos por las garantías, las cuales deben reflejar el riesgo para las haciendas públicas, de forma que la ayuda se vea limitada al mínimo necesario.

Concentraciones

Farmacéutico

La Comisión autoriza la adquisición de parte de la israelí Teva por Procter & Gamble. La Comisión centró su investigación en los mercados de laxantes en Holanda y antitusivos en Austria, en los que, tras la compra, la entidad resultante alcanzaría

cuotas de mercado significativas. No obstante, la Comisión ha autorizado la concentración al constatar que en los mencionados mercados la entidad concentrada se encontrará con competidores de gran talla.

Informática

La Comisión Europea autoriza la adquisición de Skype por Microsoft. La investigación de la Comisión se ha centrado en los mercados de las comunicaciones para consumidores y para empresas y, en particular, en los posibles efectos de conglomerado posteriores a la transacción. La Comisión ha descartado cualquier efecto negativo en la competencia y ha concluido que la concentración no impedirá la competencia efectiva en el Espacio Económico Europeo.

La Comisión aprueba la adquisición del negocio de discos duros de Samsung por Seagate Technology. Para analizar la operación, la Comisión ha tenido que recurrir a las dos fases de investigación disponibles en el régimen de control de concentraciones y ello porque los mercados principalmente afectados por la operación (fabricación y venta de discos duros para ordenadores

de sobremesa y para portátiles) están altamente concentrados. No obstante, la Comisión ha confirmado que Samsung no es un operador fuerte en dichos mercados y que la empresa resultante de la transacción deberá competir con operadores de talla significativa, entre los cuales no es probable que se produzca una coordinación de actuaciones. Por otro lado, la adquisición no pondrá en peligro el negocio de TDK (suministrador de cabezales para discos duros), que continuará proveyendo a la entidad resultante de un importante volumen de componentes. Finalmente, no se prevén efectos negativos en el mercado europeo de discos duros externos dado que los operadores no integrados verticalmente mantendrán suficientes fuentes de suministro alternativas. En virtud de todo ello la Comisión ha autorizado, con arreglo al Reglamento europeo de control de concentraciones, la adquisición notificada.

Iluminación

Autorizada la propuesta de adquisición por Philips de la española Industrias Derivadas del Aluminio S. A. (INDAL). La Comisión ha autorizado, con arreglo al Reglamento europeo de control de concentraciones, la adquisición de INDAL por la holandesa Philips. Las actividades de ambas empresas se solapan en el mercado de la iluminación profesional, en el que la entidad resultante de la operación se convertirá en una de las principales proveedoras del mercado europeo y en la líder en una serie de Estados miembros. A pesar de ello, la Comisión entiende que la entidad seguirá haciendo

frente a competidores consolidados. Por otro lado, la Comisión ha analizado los efectos verticales de la transacción, dado que Philips es suministradora en el mercado de la fabricación de aparatos de iluminación profesionales, y ha concluido que la operación no supondrá un problema puesto que en los mercados ascendentes existen proveedores alternativos y las compras de INDAL a Philips representan un porcentaje marginal respecto del total de las ventas de la holandesa. En vista de lo anterior, la Comisión ha considerado que la transacción notificada no planteará problemas de competencia y la ha autorizado.

Banca

Se aprueba la adquisición de activos bancarios minoristas y comerciales del Royal Bank of Scotland (RBS) por el Banco de Santander. La operación, que fue ideada para compensar el falseamiento de la competencia derivado de la concesión de ayudas por importe de más de 45 000 millones de euros, ya fue notificada y autorizada anteriormente. Como consecuencia de una modificación en el perímetro de la transacción, que ahora incluye las tarjetas de crédito y de cargo de los clientes transferidos, la operación ha sido nuevamente notificada y autorizada por la Comisión.

Así, el pasado 30 de noviembre y tras el análisis de los mercados de cuentas corrientes personales, hipotecas, crédito al consumo mediante tarjeta y servicios de manipulación de efectivo, la Comisión concluyó que la operación no generará distorsiones de competencia en la medida que los solapamientos entre las actividades de las partes son muy limitados y las cuotas de mercado del Banco de Santander en el Reino Unido continuarían siendo bajas. En virtud de ello, la Comisión ha autorizado, con arreglo al Reglamento europeo de control de concentraciones, la transacción modificada.

GÓMEZ-ACEBO & POMBO

Sección coordinada por

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil

Director del Centro de Estudios de Consumo
de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

& Análisis

– Los ERE en el sector público: notas para un debate	38
– Patentes y embriones humanos	41
– Funciones, obligaciones y responsabilidades de los «bancos secundarios» en las operaciones de crédito documentario	44
– El nuevo marco fiscal hispano-suizo: el protocolo del 2011 para el convenio de doble imposición España-Suiza	48
– Impacto de la nueva regulación de las infraestructuras de telecomunicaciones del interior de los edificios para los operadores de cable	50
– Novedades de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios	54
– La empresa familiar ante el nuevo derecho de separación por falta de reparto de dividendos	60
– Medidas de agilización procesal civil en la Ley 37/2011	63

Los ERE en el sector público: notas para un debate

Rodrigo Martín Jiménez

Profesor titular de Derecho del Trabajo
de la Universidad Rey Juan Carlos
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

En este artículo se analiza la viabilidad jurídica de los ERE y se aportan argumentos a favor y en contra. Se detectan asimismo aspectos relevantes de la regulación normativa (nacional y comunitaria) que exigen una adaptación al ámbito público, entre los que se encuentran el tipo de Administración que plantea el ERE y los empleados públicos potencialmente afectados.

Las medidas de ajuste y racionalización del gasto público están obligando a quienes dirigen y organizan los llamados «recursos humanos» a adoptar soluciones imaginativas dirigidas a la reducción de costes de personal. Experimentada ya la reducción salarial, la «congelación» de plazas de nuevo ingreso, la movilidad o las extinciones de contratos por llegada «natural» del término final, resta por plantear las dos soluciones más drásticas: la suspensión y la extinción del vínculo mediante procedimientos de regulación de empleo (ERE).

Pese a que ya existe alguna experiencia práctica en empresas públicas y en alguna corporación local, el planteamiento general de los despidos (o suspensiones) en el sector público requiere tener en cuenta algunas consideraciones:

1. Tipo de Administración Pública que plantea el ERE

No es lo mismo que el ERE se plantee en una Administración Pública «clásica», por ejemplo, la general del Estado, la autonómica o la local —incluidos los organismos autónomos y las agencias estatales— que en otro tipo de organismos administrativos como son las entidades públicas empresariales, porque mientras que las primeras se rigen por normas de derecho público (en algún caso con formalismos aligerados) estas últimas (las entidades públicas empresariales) «se rigen por el derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria» (art. 53.2 Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o LOFAGE).

2. Empleados públicos potencialmente afectados

El Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) del 2007 distingue entre funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral (trabajadores por cuenta ajena), personal eventual y personal directivo.

La normativa reguladora de los *funcionarios*, en concreto los artículos 63 y ss. del citado EBEP, *no prevé la posibilidad del despido*, por lo que su aplicación quedaría limitada al resto del personal, fundamentalmente al personal interino y al laboral:

- El cese del *personal interino* puede producirse, además de por las causas generales previstas en el artículo 63 del EBEP para los funcionarios de carrera, por amortización de la plaza y por finalización de la causa que dio lugar a su nombramiento (art. 10.3 EBEP).
- El cese del *personal laboral* es posible por esta vía porque presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas con arreglo a «cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral» (art. 11.1 EBEP).

El personal eventual y el directivo, en tanto que ajenos a la condición de funcionarios, podrían hipotéticamente verse afectados por un ERE, aunque en la práctica quedarían fuera de él:

- El *personal eventual* porque se fundamenta en una relación de confianza que justifica la extinción *ad nutum*, en tanto su cese será libre y «tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento» (art. 12.3 EBEP).
- El *personal directivo* porque sus condiciones de empleo no se ven afectadas por lo establecido en los convenios colectivos (art. 13.4 EBEP).

Debe tenerse en cuenta, en fin, que hay otros empleados públicos (funcionarios o no) con normativa propia que se aplica con carácter preferente a la general del EBEP: retribuidos por arancel, Centro Nacional de Inteligencia, Banco de España o fondos de garantía de depósitos en entidades de crédito y Correos y Telégrafos.

3. Normativa comunitaria

La Directiva 98/59/CE, sobre aproximación de legislaciones en materia de despidos colectivos,

excluye de la aplicación de éstos a los trabajadores de las Administraciones Públicas o de las instituciones de derecho público (art. 1.2*b*). Esta exclusión es signo inequívoco de que en Europa los despidos colectivos se quieren desvincular del ámbito público. Sin embargo, como hemos señalado ya, existen experiencias consolidadas ya en empresas públicas y en fase embrionaria en el ámbito local que han demostrado la viabilidad jurídica de los ERE.

4. Normativa nacional

El Estatuto de los Trabajadores (ET) no atiende a la naturaleza (pública o privada) del sujeto que plantea un ERE. Tanto el artículo 47 ET (ERE suspensivos) como el artículo 51 ET (ERE extintivos) se aplican, respectivamente, a la suspensión o extinción de contratos de trabajo por voluntad de la empresa con fundamento en causas económicas, técnicas, organizativas o productivas.

5. Argumentos a favor

- Desde luego, la ley no distingue, pero ni los preceptos legales referidos ni los más modernos del Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los ERE, establecen ninguna previsión para el caso de que el ERE lo plantee una Administración Pública.
- Las «especialidades» de los despidos en las Administraciones Públicas (por ejemplo, la obligatoria readmisión del trabajador en caso de que el despido disciplinario se declare improcedente) no son un obstáculo para la aplicación de la normativa laboral sobre los ERE.
- El ERE constituye un modo de extinción del contrato de trabajo por causas «objetivas» idénticas a las previstas en el artículo 52c del ET y ya existe una causa «objetiva» de extinción del contrato aplicable en exclusiva a las Administraciones Públicas: la pérdida de las dotaciones presupuestarias que financian programas de entidades públicas o sin ánimo de lucro (art. 52e ET).
- Las Administraciones están sujetas —dejando al margen el posible endeudamiento— al cumplimiento de normas presupuestarias, por lo que una reducción de las partidas y capítulos correspondientes al personal podrían justificar la decisión de acudir a un ERE.
- La actuación conforme al principio de eficacia y el pleno sometimiento de la Administración a la ley y al derecho (art. 103.1 CE) desemboca en una eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos (art. 3.2*b* LOFAGE) y en una mayor «responsabilidad por la gestión pública» (art. 3.2*d* LOFAGE).
- Más en concreto, el Plan de Ordenación de Recursos Humanos tiene una importancia trascendental. Su incumplimiento podría determinar la

nulidad de las decisiones adoptadas al margen de aquél, pero también hay que recordar que la reorganización y reestructuración de los recursos humanos ha de hacerse por medio de estos planes, dentro de los cuales «podría aceptarse la decisión extintiva» según las peculiaridades de los artículos 51 y 52 del ET, como ya recordó la vieja sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia del 26 de septiembre de 1997.

6. Argumentos en contra

- *Dificultades en la apreciación de la concurrencia de las causas*

Las Administraciones Públicas no están sometidas a las leyes del mercado sino al interés general (art. 103.1 CE); sus recursos no dependen directamente del mercado; la eficiencia, en el sentido de eficacia competitiva, no es mensurable.

Las causas invocadas para justificar los despidos han de ser de tipo económico, técnico, organizativo o productivo. Difícilmente puede apreciarse la concurrencia de la causa económica cuando son los Presupuestos Generales del Estado los que nutren de recursos las arcas de lo público: ¿bastaría con acreditar una menor recaudación o la asignación de partidas presupuestarias menores que en ejercicios anteriores para entender que es «razonable» —como exige hoy el art. 51 ET— la medida extintiva o suspensiva propuesta por la Administración? La exigencia conforme a la cual la decisión extintiva o suspensiva haya de ser razonable en tanto que sirva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado, ¿en qué medida puede aplicarse a las Administraciones distintas de las entidades públicas empresariales u otras análogas? Desde luego, a mayor autonomía presupuestaria y capacidad de gestión privada, más elevada será la viabilidad de un ERE en el sector público, pero, con carácter general, ¿sería exigible que la decisión viniera acompañada de la no convocatoria de plazas de nuevo ingreso? ¿Sería improcedente la causa justificativa del ERE si se contrataran empleados públicos?

- *Administración Pública como «juez y parte»*

Si las Administraciones Públicas son quienes proponen los despidos y quienes los autorizan, razonable es dudar —si la Administración Pública es conceptualmente unitaria— de que la decisión final pueda adoptarse con absoluta independencia de criterio.

- *Las normas de control del gasto público no prevén (de momento) una reducción de los gastos de personal que pase por la reducción de empleados más allá de la tasa de pérdidas de efectivos.*
- *¿Puede acordarse el abono de una indemnización superior a la mínima legal de veinte días por*

año? No hay que olvidar que se trata de dinero público...

- Si los *despidos* son declarados *improcedentes* por los tribunales, ¿sería posible ejercer la opción por la readmisión, como ocurre en el régimen común de las empresas?

7. Adaptaciones necesarias

La viabilidad jurídica de los ERE en el sector público presenta algunas objeciones y en todo caso exige adaptar la normativa laboral general aplicable a las empresas a un sector supeditado al cumplimiento de los intereses generales de la comunidad, aunque actúe con ánimo de lucro en régimen de concurrencia competitiva, como ocurre con las entidades públicas empresariales. Esta adaptación pasa por reinterpretar y adaptar la normativa legal (arts. 47 y 51 ET) y reglamentaria (RD 801/2011) a los supuestos que se vayan planteando,

particularmente en los asuntos que resulten más complejos y controvertidos: negociación, plan social, medidas alternativas a los despidos o suspensiones de contratos, demostración de la causa económica o de otro tipo invocada, determinación del número de trabajadores afectados, etc.

8. ¿ERE de funcionarios?

De momento no es una realidad y su implantación exigiría modificar previamente las principales leyes sobre función pública, pero el artículo 85.2 del EBEP prevé la posibilidad de que en el futuro se regulen «otras situaciones administrativas de los funcionarios de carrera, en los supuestos, en las condiciones y con los efectos que en las mismas se determinen, cuando [...] por razones organizativas, de reestructuración interna o exceso de personal, resulte una imposibilidad transitoria de asignar un puesto de trabajo o la conveniencia de incentivar la cesación en el servicio activo».

Patentes y embriones humanos

(Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de octubre del 2011)

Ángel García Vidal

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

El presente documento analiza el significado y las implicaciones de la sentencia del TJUE (Gran Sala) de 18 de octubre del 2011, dictada en el asunto C-34/10, Oliver Brüstle y Greenpeace eV, en relación con el problema de la patentabilidad de las invenciones relacionadas con embriones humanos.

La sentencia del TJUE (Gran Sala) de 18 de octubre del 2011, dictada en el asunto C-34/10, Oliver Brüstle y Greenpeace eV, ha afrontado la espinosa cuestión de la patentabilidad de las invenciones relacionadas con embriones humanos. Antes de examinar el alcance de este importante pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se hace preciso recordar los antecedentes y el marco en el que se sitúa.

Antecedentes

1. La Directiva relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas (Directiva 98/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998) contiene un artículo (el número 6) en el que expresamente se prohíbe patentar invenciones cuya explotación comercial sea contraria a la moral o al orden público. De este modo, se pretende conjurar los temores frente a la eventual manipulación de la vida humana, temores que habían llevado al fracaso de la primera propuesta de directiva del año 1988.

Pero la Directiva 98/44/CE no se limita a establecer la prohibición genérica de patentar invenciones cuya explotación comercial contravenga la moralidad o el orden público, sino que introduce una serie de supuestos específicos en los que se manifiesta esta prohibición, vetando la patentabilidad de los procedimientos de clonación de seres humanos, de los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano, de las utilidades de embriones humanos con fines industriales o comerciales, de los procedimientos de modificación de la identidad genética de los animales que supongan para éstos sufrimientos sin utilidad médica sustancial para el hombre o el animal, y de los animales resultantes de tales procedimientos. E igualmente se considera contrario al orden público, aunque figure en un artículo distinto de la directiva (art. 5), la patentabilidad del cuerpo humano en los diferentes estadios de su constitución y de su desarrollo.

2. Como se ha dicho, la directiva prohíbe expresamente la patentabilidad de invenciones que impliquen utilizar embriones humanos con fines industriales o comerciales (art. 6.2c). Pero el problema reside en que no existe unanimidad en los derechos nacionales sobre el concepto de *embrión*.

La cuestión de la interpretación del concepto de *embrión humano* se le planteó ya a la Alta Cámara de Recursos (ACR) de la Oficina Europea de Patentes en relación con la regla de ejecución del Convenio de la Patente Europea (CPE), inspirada en la Directiva de invenciones biotecnológicas, que establece la prohibición de patentar las invenciones que impliquen un uso industrial o comercial de embriones humanos. Así, en su Decisión de 18 de noviembre del 2005, caso *Wisconsin Alumni Research Foundation (WARF)*, la ACR rechaza la interpretación defendida por la parte apelante según la cual la regla de ejecución del CPE se refiere únicamente a los embriones de catorce días o más y destaca que no existe unanimidad en los Estados europeos a la hora de definir el término *embrión* y que el legislador comunitario (al elaborar la Directiva 98/44/CE) y el legislador europeo (al establecer las reglas de ejecución del CPE), conscientes de estas divergencias, han optado por dejar el término sin definir.

Así las cosas, y a efectos de proteger la dignidad humana y prevenir la comercialización de embriones, la ACR presume que no se debe dar una interpretación restrictiva al término *embrión* y que la determinación de lo que sea un embrión es una cuestión de hecho que debe ser analizada en el contexto de cada solicitud de patente. Según el apartado 20 de la Decisión G 2/06: «The EU and the EPC legislators must presumably have been aware of the definitions used in national laws on regulating embryos, and yet chose to leave the term undefined. Given the purpose to protect human dignity and prevent the commercialization of embryos, the Enlarged Board can only presume

that “embryo” was not to be given any restrictive meaning in Rule 28 (formerly 23d) EPC, as to do so would undermine the intention of the legislator, and that what is an embryo is a question of fact in the context of any particular patent application».

3. Con relación a este problema, el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*), en el asunto Oliver Brüstle/Greenpeace eV, presentó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que instaba a este tribunal a interpretar el concepto de *embrión humano* en el marco de la directiva de invenciones biotecnológicas. En el caso del que conoce el Tribunal Supremo alemán, Greenpeace mantiene que la vida humana comienza con la unión del espermatozoide y el óvulo, mientras que la parte contraria, titular de la patente controvertida, invoca la legislación del Reino Unido, Francia y España, en la que se entiende que el embrión comienza a partir del decimocuarto día después de la fecundación [En efecto, en España, la Ley de Investigación Biomédica (Ley 14/2007, de 3 de julio) habla de *preembrión*, que, según el artículo 3 de la ley es «el embrión constituido *in vitro* formado por el grupo de células resultante de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde»].

Además, el Tribunal Supremo alemán también formula otras cuestiones prejudiciales al TJUE para conocer si la prohibición se extiende también al uso de embriones con fines de investigación científica y a las invenciones que, sin tener por objeto la utilización de embriones humanos, se refieren a un producto cuya elaboración exige la previa destrucción de éstos o a un procedimiento que requiere una materia prima obtenida mediante su destrucción.

La interpretación del TJUE

1. El concepto de embrión humano

La sentencia del TJUE de 18 de octubre del 2011 destaca que el texto de la directiva no ofrece ninguna definición de embrión humano, sin que tampoco efectúe una remisión a los derechos nacionales. Esto implica, a juicio del TJUE, que la noción de *embrión* debe entenderse como un concepto autónomo del derecho de la Unión, que ha de interpretarse de manera uniforme en el territorio de ésta.

A estos efectos, el tribunal destaca que la interpretación uniforme del concepto de *embrión humano* es un requisito necesario para conseguir uno de los fines de la directiva, a saber: eliminar los obstáculos a los intercambios comerciales y al buen funcionamiento del mercado interior que constituyen las disparidades legales y jurisprudenciales entre Estados miembros y, de este modo, fomentar la investigación y el desarrollo industrial en el ámbito de la ingeniería genética. Porque, si los diferentes Estados de la Unión tuvieran concep-

ciones diferentes sobre el término *embrión*, podría haber Estados en los que fuese más fácil patentar determinadas invenciones biotecnológicas que en otros y ello afectaría al funcionamiento del mercado interior.

En definitiva, destaca el TJUE que el artículo 6.2 de la directiva no reserva a los Estados miembros ningún margen de apreciación en lo que atañe a la no patentabilidad de los procedimientos y utilizaciones que en él se enumeran.

Siendo por tanto el concepto de *embrión humano* un concepto necesitado de una interpretación uniforme, el TJUE efectúa dicha interpretación aclarando que sus consideraciones son meramente jurídicas y no morales.

Pues bien, según el tribunal, el contexto y la finalidad de la directiva revelan así que el legislador de la Unión quiso excluir toda posibilidad de patentar una invención biotecnológica que pudiera afectar al debido respeto de la dignidad humana. De ello resulta que el concepto de *embrión humano* recogido en el artículo 6, apartado 2, letra c, de la directiva debe entenderse en un sentido amplio. Por ese motivo, entiende el Tribunal de Justicia que dicho concepto comprende:

- a) Todo óvulo humano, a partir de la fecundación, porque la fecundación puede iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano.
- b) Un óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura.
- c) Un óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis. En este caso, como en el anterior, en rigor no existe fecundación, pero, como afirma el tribunal, «por efecto de la técnica utilizada para obtenerlos, son aptos para iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano, de la misma manera que el embrión creado por fecundación de un óvulo».

Ahora bien, queda por determinar qué sucede con las células madre obtenidas a partir de un embrión humano en el estadio de blastocisto. Es decir, se trata de decidir si estas células madre tienen o no la consideración de embrión.

Téngase en cuenta que estas células madre son pluripotentes, con susceptibilidad muy amplia de diferenciarse en otro tipo de células, aunque sin capacidad de generar un individuo completo. Estas células madre pluripotentes se caracterizan porque pueden generar células pertenecientes a cualquier tipo de estirpe celular y se encuentran fundamentalmente en los embriones humanos, razón por la cual reciben el nombre de *células madre embrionarias* (en inglés *human embryonic stem cells* o hESC). Más en concreto, se localizan en la

masa celular interna de los embriones en su fase de mórula o blastocisto (aproximadamente cuatro o cinco días después de la fecundación).

Con relación a estas células, el abogado general Yves Bot, en sus conclusiones del 10 de marzo del 2011, defendió que, tomadas individualmente, las células madre embrionarias pluripotenciales, habida cuenta de que no tienen por sí mismas la capacidad de desarrollarse hasta formar un ser humano, no se incluyen en este concepto.

Pues bien, el TJUE entiende que corresponde al juez nacional determinar, a la luz de los avances de la ciencia, si son aptas para iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano y si, por consiguiente, quedan incluidas en el concepto de *embrión humano* en el sentido y a los efectos de la aplicación del artículo 6, apartado 2, letra c, de la directiva.

2. *El uso de embriones con fines de investigación científica*

Otra de las cuestiones que ha afrontado el TJUE es la de determinar si la exclusión de la patentabilidad de las invenciones que implican la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales también se refiere a la utilización de embriones humanos con fines de investigación científica o si la investigación científica que implica la utilización de embriones humanos puede acceder a la protección del derecho de patentes.

La interpretación del TJUE es que «la exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el artículo 6, apartado 2, letra c, de la directiva también se refiere a la utilización con fines de investigación

científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil». Esta conclusión, idéntica a la de la Alta Cámara de Recursos de la OEP en su Decisión de 18 de noviembre del 2005, caso *Wisconsin Alumni Research Foundation (WARF)*, la fundamenta el TJUE en el hecho de que «aunque la finalidad de investigación científica debe distinguirse de los fines industriales o comerciales, la utilización de embriones humanos con fines de investigación, que constituye el objeto de la solicitud de patente, no puede separarse de la propia patente y de los derechos vinculados a ésta».

3. *Las invenciones que sin referirse a embriones requieren la previa destrucción de éstos*

Finalmente, afronta el Tribunal de Justicia la cuestión de la patentabilidad de una invención que, sin tener por objeto el empleo de embriones humanos, se refiera a un producto cuya elaboración exija la previa destrucción de éstos o a un procedimiento que requiera una materia prima obtenida mediante su destrucción. Como ya se ha dicho, ésta era la cuestión resuelta en el ámbito de la patente europea por parte de la resolución de la ACR.

Pues bien, el TJUE alcanza las mismas conclusiones que en su día defendieron la ACR de la OEP en el caso *WARF* y el abogado general Yves Bot. En efecto, según el Tribunal de Justicia, en estos supuestos existe utilización de embriones humanos, siendo indiferente que su destrucción se produzca, en su caso, tanto en un estadio muy anterior a la implementación de la invención como en el supuesto de la producción de células madre embrionarias a partir de una línea de células madre cuya mera constitución haya implicado la destrucción de embriones humanos.

Funciones, obligaciones y responsabilidades de los «bancos secundarios» en las operaciones de crédito documentario

Alberto Díaz Moreno

Catedrático de Derecho Mercantil
de la Universidad de Sevilla
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

La práctica comercial internacional demuestra que en las operaciones de crédito documentario intervienen muy frecuentemente, junto con el banco emisor, otras entidades de crédito (denominadas «bancos secundarios» o «bancos intermediarios»). Las funciones desarrolladas por estos segundos bancos, las obligaciones que asumen y las responsabilidades que pueden derivar de su actuación son muy diversas. En este estudio se analizan específicamente —siempre en el marco de las Reglas y Usos Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional— las figuras del banco avisador (*advising bank*), del banco designado (*nominated bank*) y del banco confirmador (*confirming bank*).

Ideas generales

En su configuración más sencilla las operaciones de crédito documentario responden a un esquema «triangular»: existirán un comprador/importador/dueño de la obra, un banco y un vendedor/exportador/contratista. El primero de estos sujetos es denominado «ordenante» (*applicant*), el segundo es el «emisor» (*issuing bank*) de la carta de crédito (*letter of credit*) y el tercero es el «beneficiario» (*beneficiary*).

Ahora bien, esta configuración triangular de las operaciones de crédito documentario, siendo la más sencilla y, por tanto, la que sirve como punto de partida de la exposición y comprensión de la figura, no es sin embargo la más frecuente en el tráfico internacional. Debe tenerse en cuenta que, por lo general, el banco emisor será un banco del país del ordenante, ya que éste tenderá a recurrir a una entidad de crédito con la que trabaje normalmente. La mecánica y agilidad de la operación exigirán sin embargo en muchos casos la intervención de un segundo banco, normalmente del país del beneficiario, que auxilie al banco emisor, que sea conocido por el beneficiario y en el cual pueda éste depositar plena confianza. Naturalmente, el carácter y las consecuencias de la intervención de este segundo banco pueden resultar muy diversos.

A continuación trataremos de exponer someramente las funciones, obligaciones y responsabilidades de los llamados «bancos secundarios» a la luz de la revisión del 2007 de las Reglas y Usos Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional relativos a los créditos documentarios (Pub CCI núm. 600; en adelante nos referiremos a este conjunto de normas como UCP-600).

El banco avisador

El banco avisador o notificador (*advising bank*) es el banco que notifica el crédito a petición del banco emisor (art. 2 UCP-600). Su función se circunscribe, de esta forma, a hacer llegar al beneficiario, por encargo del emisor, el aviso de la emisión del crédito o, en su caso, de sus modificaciones (art. 9a UCP-600). Debe tenerse en cuenta que, cuando un banco emisor utiliza un banco avisador para notificar el crédito, debe recurrir al mismo banco para notificar cualquier modificación de aquél (art. 9d UCP-600).

Según el artículo 9e UCP-600, si un banco es requerido para que notifique un crédito (o su modificación), pero decide *libremente* no hacerlo (esto es, si rehúsa desarrollar tal función), deberá informar de ello sin demora al banco que solicitó su colaboración. La efectividad de esta regla es muy discutible cuando el banco que recibe el encargo no se ha sometido previamente a las UCP. No obstante, en el caso concreto del ordenamiento español, tal deber podría hacerse derivar con carácter general del artículo 248 del Código de Comercio. Análogamente, si el banco que recibe la petición de notificar un crédito está dispuesto a hacerlo, pero es incapaz de establecer la autenticidad de aquél, debe informar de ello al banco del que, aparentemente, recibió las instrucciones.

Hay que resaltar que el banco avisador —salvo que sea al mismo tiempo un banco confirmador (*vide infra* IV)— no asume frente al beneficiario, por el mero hecho de notificar, obligación o compromiso alguno de «honrar»¹ o «negociar»² (es decir, no contrae la obligación de atender el crédito). Ahora bien, al

¹ *Honrar* significa: a) pagar a la vista si el crédito es disponible para pago a la vista; b) contraer un compromiso de pago diferido y pagar al vencimiento si el crédito es disponible para pago diferido, y c) aceptar una letra de cambio («giro») librado por el beneficiario y pagar al vencimiento si el crédito es disponible para aceptación.

notificar el crédito, el banco avisador indica lo siguiente: *a*) que ha establecido a su satisfacción la *aparente* autenticidad del crédito (o de su modificación) y *b*) que la notificación que él efectúa refleja fielmente los términos y condiciones del crédito o de la modificación recibidos (art. 9*b* UCP-600). Su obligación se contrae, por tanto, a cerciorarse de tales extremos. Y, aunque las UCP-600 no lo expresen ni lo regulen, el banco avisador quedará responsable frente al beneficiario por el incumplimiento negligente de tal obligación. Queda a salvo el supuesto de que el banco avisador que no haya podido asegurarse de la autenticidad del crédito (o de una modificación de éste) lo notifique informando al beneficiario de tal circunstancia (art. 9*f* UCP-600)³.

Finalmente, ha de advertirse que el banco avisador no asume, sólo por serlo, el carácter de banco designado (aunque nada impide que se acumulen ambas funciones en una misma entidad). Ello quiere decir que, en cuanto tal banco notificador, no está autorizado (por supuesto, tampoco está obligado) a recibir los documentos mencionados en el crédito ni, mucho menos, a examinarlos para determinar si constituyen una presentación conforme. Por ello, si de hecho las lleva a cabo, tales actuaciones no podrán ser imputadas al banco emisor. Y, si hace efectivo el crédito, no tendrá el derecho de reembolso reconocido en el artículo 7*c* UCP-600, sino el que le pueda corresponder en cuanto tercero que efectúa el pago (*cf.* art. 1158 CC). Cuestión distinta es que el beneficiario se sirva eventualmente del banco avisador para remitir los documentos al banco emisor: en tal caso, el primero (que se convierte en un banco cobrador si efectivamente acepta el encargo) actúa por cuenta del beneficiario presentando los documentos en nombre de éste en una operación que se conoce como «remesa documentaria». Así como también se genera una situación diferente cuando el banco avisador asume frente al emisor el compromiso adicional de actuar por cuenta de este último y recibir los documentos de manos del beneficiario para hacérselos llegar a éste.

El banco designado

Un banco designado (*nominated bank*) es un banco en el que el crédito está disponible, es decir, en el que el beneficiario puede presentar los documentos para su examen y, en su caso, obtener la «honra» (pago o aceptación) o «negociación» según se haya establecido en la carta de crédito (art. 2 UCP-600)⁴. De conformidad con el artículo 6*a* UCP-600, todo crédito debe indicar el banco en el que está disponible (es decir, el banco designado) o si se ha puesto a disposición en cualquier banco (crédito «libremente disponible», en cuyo caso cualquier banco puede actuar como banco designado)⁵.

El banco designado se caracteriza por estar autorizado por el emisor para efectuar el pago, para contraer un compromiso de pago diferido, para aceptar las letras emitidas o para negociar (es decir, para honrar o negociar, según la forma de disponibilidad del crédito)⁶. Su función consistirá, por tanto, en hacer efectivo el crédito de acuerdo con sus términos y condiciones en nombre y por cuenta del emisor. Así pues, estos bancos, en el desempeño de la función que les es propia, recibirán los documentos, los examinarán y, si la presentación es conforme⁷, procederán a pagar, a asumir un compromiso de pago aplazado, a aceptar o a negociar según sea el caso, siempre por cuenta del banco emisor.

Ahora bien, salvo en el caso de que el banco designado sea al mismo tiempo un banco confirmante, la designación por el banco emisor (y la aceptación de tal designación por el nombrado) no genera por sí misma para el banco designado ningún compromiso frente al beneficiario de honrar o negociar, excepto en la medida en que el banco designado asuma dicha obligación de forma expresa y lo comunique precisamente al beneficiario (art. 12*a* UCP-600)⁸. Ni siquiera la recepción, el examen y el envío al banco emisor de los documentos supondrá la asunción de una tal obligación (art. 12*c* UCP-600). Pero es más: en rigor, la mera designación ni siquiera genera para

² Por *negociación* se entiende la compra por el banco designado de giros (librados sobre un banco distinto del banco designado) o documentos o de ambos al amparo de una presentación conforme, anticipando o acordando anticipar fondos al beneficiario el día o antes del día hábil bancario en el que se deba hacer el reembolso al banco designado.

³ Las UCP-600 prevén, por lo demás, la figura del «segundo banco avisador» (*second advising bank*), entidad a la que puede recurrir el (primer) banco avisador para notificar el crédito al beneficiario. Este segundo banco avisador tampoco asume el compromiso de atender el crédito, pero sí queda obligado a asegurarse de la autenticidad de la notificación que ha recibido del banco avisador y de que la notificación que remite al beneficiario refleja fielmente los términos y condiciones del crédito o de la modificación recibidos (art. 9*c*).

⁴ En ocasiones se denomina banco pagador (*paying bank*) al banco designado. No obstante, el uso de esta terminología es susceptible de ocasionar cierta confusión puesto que la actuación del banco designado puede consistir, además de en pagar, en aceptar letras (en cuyo caso sería el «banco que acepta» —*accepting bank*—) o en negociarlas (hipótesis en las que debería hablarse del «banco negociador» —*negotiating bank*—).

⁵ Bien entendido que el crédito puede perfectamente emitirse como disponible únicamente en el banco emisor. Además, debe advertirse que, aun cuando se hubiere efectuado una designación, un crédito siempre será utilizable en el banco emisor, de tal suerte que el beneficiario podrá presentar los documentos directamente a este último.

⁶ El artículo 14*b* UCP-600, por su parte, dispone lo siguiente: «Al designar a un banco para que acepte un giro o adquiera un compromiso de pago diferido, el banco emisor autoriza a dicho banco designado a pagar anticipadamente o a comprar el giro aceptado o el compromiso de pago diferido adquirido por dicho banco designado».

⁷ Con arreglo al artículo 2 UCP-600, la presentación es conforme (*complying presentation*) cuando se efectúa de acuerdo (*in accordance*) con los términos y condiciones del crédito, con las disposiciones aplicables de las propias reglas y con la práctica bancaria internacional estándar.

⁸ Nótese, a este propósito, la diferente dicción de los apartados *a* y *b* del artículo 15 UCP-600, por un lado, y del apartado *c*, por otro. En los dos primeros (referidos respectivamente a los bancos emisor y confirmador) se dice que, si la

el banco designado la obligación de recibir los documentos y examinarlos. Para que tal cosa suceda será preciso que el banco afectado asuma el encargo, bien expresamente, bien por hechos concluyentes en el momento en que el beneficiario efectúa la presentación de los documentos. Ello sin perjuicio de que, a solicitud y por cuenta del propio beneficiario, decida remitir los documentos al banco emisor (o al confirmador) para que éste lleve a cabo el examen correspondiente.

Según se ha señalado anteriormente, aunque el beneficiario presente los documentos en las «ventanillas» del banco designado, éste no tiene la obligación (salvo que además haya confirmado el crédito) de pagar (a la vista o a plazo), de aceptar efectos o de negociarlos. Sin embargo, siempre que decida actuar efectivamente conforme a tal designación, el banco designado se somete en cuanto al examen de los documentos (criterios, plazos, notificaciones...) a las mismas reglas que el banco emisor y que el banco confirmador. Así, la presentación efectuada ante un banco designado surtirá efectos como si se hubiese realizado ante un banco emisor, de forma que la determinación de si los documentos se han entregado dentro de plazo se llevará a cabo por referencia al momento de su recepción por el banco designado y no a aquel en que finalmente llegan al emisor (o confirmador). En todo caso, cuando el banco designado procede al examen de la «presentación» cuenta con cinco días hábiles para decidir si ésta es conforme (art. 14b UCP-600).

Si el banco designado, actuando en tal condición, determina, después de examinarla, que una presentación no es conforme, debe notificarlo al presentador indicando que rechaza «honrar» o «negociar» y las discrepancias advertidas en cuya virtud se produce tal rechazo. Además, deberá señalar si conserva los documentos a la espera de instrucciones, los devuelve o procede según previas indicaciones del presentador (no obstante, en el primer caso, una vez efectuada la notificación, pueden devolverse los documentos en cualquier momento: art. 16e UCP-600). Esta notificación deberá llevarse a cabo no más tarde del cierre del quinto día hábil bancario posterior a la fecha de la presentación (art. 16d UCP-600).

Cuando el banco designado determina que la presentación es conforme, puede ser que decida honrar o negociar o que, a pesar de la conformidad de la documentación, opte por no hacerlo (recordemos que la recepción o el examen de los documentos no hace responsable al banco designado en virtud del crédito: art. 12c UCP-600). Naturalmente, en este segundo caso el beneficiario podrá siempre reclamar de los bancos emisor y confirmador el cumplimiento de sus compromisos (cfr. arts. 7a y 8a UCP-600).

Por el contrario, en la primera hipótesis (esto es, si el banco designado opta por «honrar» o «negociar» ante una presentación evaluada como conforme) *deberá* (art. 15c UCP-600) remitir los documentos al banco emisor (o al confirmador). Este último, a su vez, dispondrá de cinco días hábiles para examinarlos y notificar al banco designado («banco presentador», en este caso) las discrepancias, si existieran. Ello no será relevante con respecto al beneficiario (frente a quien lo actuado por el banco designado en su condición de tal resulta vinculante), sino únicamente a los efectos de determinar si el banco designado tiene o no derecho a que se le reembolse (cfr. art. 16g UCP-600, el cual prevé incluso el deber de restitución al banco emisor o al confirmador de cualquier cantidad ya reembolsada). De ahí que el artículo 14b UCP-600 precise que el plazo de que disponen para examinar los documentos se concede a «cada uno» de los bancos mencionados (banco emisor, confirmador y designado). Sin embargo, el hecho de que el banco designado no asuma la obligación de honrar o de negociar justifica que no entre en juego para él la denominada *preclusion rule* (art. 16f UCP-600) que, sin embargo, es aplicable a los bancos emisor y confirmador.

Como se ha apuntado, si el banco designado efectivamente honra o negocia, entonces deberá remitir los documentos al banco emisor o al confirmador (art. 15c UCP-600) y gozará del derecho a que se le reembolse (arts. 7c y 8c UCP-600), siempre, lógicamente, que hubiera cumplido contra una presentación conforme. El reembolso no tendrá que ser hecho efectivo antes del vencimiento del crédito, ni siquiera cuando el banco designado hubiere anticipado los fondos al beneficiario en caso de créditos disponibles mediante pago diferido o aceptación. En cualquier caso, debe recordarse que el compromiso del banco emisor (y el del confirmador) de reembolsar al banco designado es independiente del compromiso del banco emisor (o del confirmador) frente al beneficiario. Así pues, la excepción de fraude del beneficiario no podrá ser opuesta por el banco emisor (o el confirmador) al banco designado que, sin conocer tal circunstancia y actuando con la diligencia debida, haya honrado o negociado de acuerdo con lo previsto en el crédito al haberse realizado una presentación conforme.

El banco confirmador

En otras ocasiones la participación del segundo banco que interviene en la operación consiste en confirmar el crédito emitido. Se habla entonces de crédito confirmado. Mediante la declaración de confirmación, el «banco confirmante» o «confirmador» (*confirming bank*) adquiere una obligación firme —que se añade y no sustituye a la propia del banco emisor— de pagar

presentación es conforme, se *debe* (*must*) «honrar» (en el caso del emisor) u «honrar o negociar» (en el caso del confirmador). Por el contrario, en el artículo 15c, concerniente a los bancos designados, se especifica que, si la presentación es conforme y el banco decide «honrar» o «negociar» (lo cual no tiene por qué suceder), su obligación consiste en remitir los documentos al banco confirmador o al banco emisor.

al contado o a plazo (o de aceptar letras o negociarlas) contra la presentación de los documentos requeridos (art. 8a UCP-600). De hecho, el beneficiario de un crédito confirmado tiene la opción de presentar los documentos ante el banco emisor o ante el banco confirmador y reclamar el pago de cualquiera de ellos.

Como es obvio, la intervención en la operación de un banco confirmador proporciona una mayor seguridad al beneficiario. Probablemente no tanto porque esté en duda la solvencia del emisor como por el hecho de contar con un sujeto responsable ubicado en su propio país, sometido a las leyes y a los tribunales propios y con el que normalmente mantendrá relaciones de negocios.

El banco confirmador es un tipo particular de banco designado, puesto que el crédito está disponible en él⁹. Naturalmente hay preceptos de las UCP-600 que son aplicables sólo a los bancos confirmadores y no a todos los designados (señaladamente el art. 8). De la misma manera, hay reglas que son aplicables únicamente a los bancos designados que no son al mismo tiempo confirmadores (por ejemplo, las establecidas en los arts. 12a y 12c). Y, finalmente, hay normas que son aplicables a todos los bancos designados, incluidos los confirmadores (así, el art. 7c, relativo al derecho de reembolso, o el concepto de *negociación* contenido en el art. 2).

Por lo demás, normalmente el banco confirmador es también el banco encargado de notificar el crédito. De hecho, es habitual que el banco avisador lleve a cabo su declaración de confirmación con ocasión precisamente de la notificación del crédito al beneficiario, acumulando así las dos condiciones (la de banco avisador y la de banco confirmador). Ello explica también el contenido del art. 8d UCP-600, de acuerdo con el cual, si un banco ha sido autorizado o requerido para confirmar pero decide no hacerlo, debe informar de ello sin demora al banco emisor, pero podrá notificar el crédito sin su confirmación.

El banco que añade su confirmación actúa autorizado o requerido —según sea el caso— por el banco emisor (los supuestos de *silent confirmation*, en los que un banco añade su confirmación sin contar con la autorización o la solicitud del emisor, no están previstos en las UCP-600). De esta manera, asume un compromiso *en nombre propio frente al beneficiario* (esto es, *añade una obligación nueva e independiente a la que contrajo el banco emisor*), pero por cuenta

precisamente del banco emisor. De ahí que tenga un derecho de reembolso si finalmente el banco confirmador honra o negocia.

Analíticamente puede decirse que las obligaciones del banco confirmador son las siguientes: a) El banco confirmador ha de honrar el crédito 1) si éste está disponible en el banco confirmador mediante pago a la vista, pago diferido o aceptación y el beneficiario le presenta a él directamente los documentos; 2) si es un crédito disponible para pago a la vista por otro banco designado y éste no paga; 3) si es un crédito disponible para pago diferido con otro banco designado y dicho banco no contrae un compromiso de este tipo o, habiéndolo contraído, no cumple al vencimiento; 4) si es un crédito disponible mediante aceptación por otro banco designado y éste no acepta las letras libradas a su cargo o, habiéndolas aceptado, no las paga a su vencimiento; 5) si es un crédito disponible mediante negociación en otro banco designado y éste no negocia los giros del beneficiario. b) Además, deberá negociar, sin posibilidad de regresar (*without recourse*) contra el beneficiario (librador o endosante) si el crédito se emitió como disponible mediante negociación por el propio banco confirmador.

La obligación asumida por el banco confirmante frente al beneficiario es de naturaleza similar a la del banco emisor y, por tanto, *independiente* de las relaciones subyacentes, incluidas la que lo vincula con el banco emisor y la que vincula a este último con el beneficiario. En efecto, tal y como expresan, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1996 (RJ 1996\3912) y 5 de junio del 2001 (RJ 2001\6668), «cuando el banco emisor autoriza, o pide a otro banco que confirme su crédito irrevocable, y éste presta su confirmación, el banco confirmante adquiere un compromiso firme, añadido al del banco emisor, siempre y cuando los documentos estipulados sean presentados en los términos y condiciones del crédito».

En cuanto el banco confirmador es un banco designado, le es aplicable lo previsto en el artículo 7c UCP-600 en relación con su derecho a recibir el reembolso por el banco emisor. Pero, al mismo tiempo, específicamente en cuanto banco confirmador, debe reembolsar con arreglo al artículo 8c UCP-600 al banco designado que, después de haber honrado o negociado, reclame.

⁹ De ahí, por ejemplo, que en el artículo 9 UCP-600 se haga mención del banco confirmador y, al mismo tiempo, de «otro» banco designado. Con todo, puede ser que un banco no designado en el crédito lo «confirme», asumiendo por su propia cuenta un compromiso frente al beneficiario sin estar autorizado para ello por el banco emisor. Sin embargo, no se trataría de un verdadero banco confirmador en el sentido de las UCP-600, puesto que la presentación a él de los documentos no surtiría por sí misma efectos frente al banco emisor.

El nuevo marco fiscal hispano-suizo: el protocolo del 2011 para el convenio de doble imposición España-Suiza

Eduardo Martínez-Matosas e Irene Durán Gispert

Abogados del Área de Fiscal de Gómez-Acebo & Pombo

José Manuel Calderón Carrero

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
de la Universidad de La Coruña

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Las autoridades fiscales españolas y helvéticas han firmado un nuevo protocolo del 2011 que modifica sustancialmente el marco de las relaciones fiscales entre los dos países y ejerce un gran impacto en las estructuras de planificación patrimonial y familiar.

El pasado 27 de julio del 2011 se firmó un protocolo entre España y Suiza que modificó el vigente Convenio de Doble Imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio (1966) y su protocolo (2006).

El nuevo protocolo del 2011 introduce modificaciones muy relevantes que pueden afectar tanto a las estructuras de grupos empresariales españoles en Suiza como a la planificación fiscal y a la situación de las inversiones financieras e inmobiliarias que se hacen a través del referido país. Los cambios introducidos implican en cierta medida una pérdida de competitividad internacional de Suiza como jurisdicción plataforma de planificación fiscal. No obstante, no puede perderse de vista que el nuevo protocolo permite a Suiza alinearse con los estándares internacionales en materia de transparencia e intercambio de información y recuperar reputación como centro financiero.

Las principales modificaciones introducidas por el nuevo protocolo son las siguientes:

- *Cláusula de intercambio de información*

El protocolo del 2011 modifica y expande la cláusula de intercambio de información introducida por el protocolo del 2006, alineándola con lo establecido en el Modelo de Convenio de la OCDE (2003-2011), con el objetivo de evitar la eventual calificación de Suiza como «centro financiero no cooperativo» sujeto a contramedidas coordinadas por el resto de los países de la OCDE. Una vez que resulte aplicable esta cláusula, el intercambio de información será mucho más fluido entre las autoridades fiscales de ambos países, al facilitarse el acceso de las autoridades fiscales españolas a datos relativos a los contribuyentes de impuestos españoles (IRPF, IS, IRNR, IP) a los que pudieran tener acceso las autoridades fiscales suizas. Dicho intercambio, sin embargo, no será automático,

sino que las autoridades fiscales deberán justificar el cumplimiento de determinados requisitos:

- agotamiento de fuentes internas o nacionales de obtención de información (cláusula de subsidiariedad);
- identificación del contribuyente investigado y datos de la inspección fiscal;
- concreción de los datos solicitados y la forma en que deben remitirse;
- motivación del propósito fiscal que fundamenta el requerimiento;
- en la medida de lo posible, identificación del nombre y dirección de la persona o entidad que se considera que está en poder de la información.

Quedan excluidas las «expediciones de pesca» (requerimientos de información para detectar bolsas de fraude) y los intercambios automáticos y espontáneos. Nótese en todo caso que, como advertimos más abajo, el protocolo prevé la eficacia retroactiva de la nueva cláusula de intercambio de información.

- *Ganancias de capital*

Se establece que las ganancias de capital que se originen como consecuencia de la transmisión de participaciones en sociedades suizas cuyo activo esté compuesto al menos en un 50 % por bienes inmuebles situados en España puedan ser sometidas a tributación en este país.

Esta modificación probablemente implicará cambios reorganizativos en las estructuras de inversión de sociedades suizas en sociedades inmobiliarias españolas, que hasta la fecha eran fiscalmente eficientes.



Se han establecido, sin embargo, dos puertos seguros, a saber:

- a) transmisión de acciones de entidades cotizadas en la bolsa española o suiza, o en cualquier otra bolsa que puedan acordar las autoridades competentes;
- b) o transmisión de acciones de una entidad si la propiedad inmobiliaria es usada por aquélla para su actividad industrial.

- *Dividendos*

Se introduce en el convenio de doble imposición una cláusula de corte similar a la Directiva Matriz-Filial (90/435/CEE), de manera que las distribuciones de dividendos estarán exentas si la entidad receptora posee una participación en la distribuidora de al menos un 10 % de su capital durante un año y la participada está sujeta al impuesto de sociedades y no exenta de él.

La introducción de esta nueva exención debe ser bienvenida en la medida en que elimina un obstáculo fiscal a la inversión directa que mejora el marco aplicable a la inversión transfronteriza entre ambos países.

- *Métodos para evitar la doble imposición*

Se modifica sustantivamente la cláusula reguladora de los métodos para eliminar la doble imposición al anular la cláusula que obligaba a España a equiparar los dividendos distribuidos por una sociedad suiza a aquellos distribuidos por una sociedad española. De acuerdo con la nueva redacción, la doble imposición se eliminará en España aplicando a elección del contribuyente, ya la normativa del convenio (método de imputación) en combinación con la legislación interna, ya el método de exención previsto en la legislación española (arts. 21 y 22 del Texto Refundido de la Ley sobre el Impuesto sobre Sociedades).

Esta modificación también podría motivar la revisión de estructuras societarias existentes (*i. e.*, sociedad española con filial suiza) que vinieran sirviéndose de tal ventajosa disposición a los efectos de articular la repatriación de dividendos a territorio español.

- *Arbitraje*

Se introduce una cláusula de resolución de conflictos mediante arbitraje. La incorporación de este mecanismo arbitral aporta seguridad jurídica y garantía para eliminar la doble imposición o conflictos en la aplicación de los convenios para evitar la doble imposición (CDI), aunque su empleo e interrelación con las vías de recurso internas deben analizarse con cuidado.

- *Entrada en vigor*

El protocolo, que ha sido firmado por las autoridades competentes de los dos Estados, todavía necesita superar los trámites parlamentarios en los dos países. Cabe esperar que tal ratificación, por lo menos en lo que afecta a Suiza, pueda demorarse hasta el año 2012.

En un escenario donde tal protocolo se publicara en el BOE en el 2012, la eficacia de sus disposiciones sería la siguiente:

- Retenciones en la fuente: eficacia del protocolo a partir de su entrada en vigor (2012).
- Otros impuestos: eficacia de las disposiciones del protocolo en relación con los periodos impositivos que comiencen en tal fecha de entrada en vigor o con posterioridad. Es decir, en relación con los impuestos sobre la renta de las personas físicas, sobre el patrimonio y el de sociedades, las disposiciones del protocolo surtirán efectos, en principio, a partir del 1 de enero del 2013, salvo con respecto a los ejercicios que empiecen con anterioridad al 1 de enero y con posterioridad a la fecha de entrada en vigor.
- Nueva cláusula de intercambio de información: se aplica a partir del 1 de enero del 2010 respecto de periodos impositivos o impuestos devengados a partir de tal fecha. Asimismo, será aplicable a los casos de fraude fiscal o similares cometidos con posterioridad al 29 de junio del 2006, hasta la fecha en que el protocolo del 2011 tenga eficacia.
- Nueva cláusula de arbitraje: para procedimientos amistosos iniciados con posterioridad a la entrada en vigor del protocolo.

Impacto de la nueva regulación de las infraestructuras de telecomunicaciones del interior de los edificios para los operadores de cable

Ana I. Mendoza Losana

Profesora contratada doctora de Derecho Civil
de la Universidad de Castilla-La Mancha
Departamento de Gestión de Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo

El Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones (ICT) y la Orden ITC/1644/2011, de 10 de junio, para su desarrollo, suponen una ampliación de las oportunidades de negocio de los operadores de cable en cuanto imponen medidas para garantizar que el cableado interior de los edificios no se convierta en un obstáculo para la prestación de servicios de telecomunicaciones de banda ancha ni para los usuarios ni para los operadores. Se exige que las ICT que se construyan tras la entrada en vigor del reglamento contengan por defecto redes de fibra óptica y se prevé un novedoso procedimiento para facilitar la participación de los operadores en el diseño de las ICT.

1. La fibra óptica hasta el hogar como potencial de crecimiento para Europa. En particular, «el hogar digital»

Las infraestructuras de acceso a los servicios de telecomunicaciones ubicadas en el interior de los edificios han constituido un auténtico cuello de botella para la expansión de nuevas redes de telecomunicaciones que ha afectado especialmente a los operadores de cable, lo que ha provocado que el acercamiento de la fibra óptica hasta el hogar sea una asignatura pendiente en la Unión Europea. Como indicador significativo, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 19 de mayo del 2010, titulada «Una agenda digital para Europa», destaca la escasa penetración en los países de este continente de la fibra óptica hasta el hogar en comparación con otros países importantes del G20. Por ello, entre los campos de actuación de la agenda digital, se destacan el acceso rápido y ultrarrápido a internet y el fomento del despliegue de las denominadas redes de nueva generación o NGA (*Next Generation Access*) con el fin de conseguir que, para el 2020, todos los europeos tengan acceso a unas velocidades de internet muy superiores, por encima de los 30 Mbps, y que el 50 % o más de los hogares europeos estén abonados a conexiones de internet por encima de los 100 Mbps.

Las autoridades comunitarias impulsan medidas tendentes a evitar que el cableado interior de los edificios se convierta en un obstáculo para la prestación de servicios de telecomunicaciones de banda ancha tanto para los usuarios como para los operadores y a potenciar el despliegue de redes

de nueva generación que permitan a los europeos acceder a servicios de banda ancha e implantar el «hogar digital», que se presenta como una de las aplicaciones de las redes de banda ancha más atractiva para potenciales clientes, pues, gracias a las tecnologías de la información y de las comunicaciones, ofrece servicios en las áreas de comunicaciones, eficiencia energética (diversificación y ahorro energético), seguridad, control del entorno, acceso interactivo a contenidos multimedia (teleformación, teletrabajo, teleasistencia, etc.) y ocio y entretenimiento.

Para conseguir los objetivos expuestos, la agenda digital identifica como una de las tareas de los Estados miembros la de «poner al día el cableado dentro de los edificios».

2. Nueva regulación de las infraestructuras de telecomunicaciones del interior de los edificios (ICT)

En el contexto descrito, el Reglamento aprobado por el Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones (ICT) (BOE núm. 78, del 1 de abril del 2011) y la Orden ITC/1644/2011, de 10 de junio, para su desarrollo (BOE núm. 143, del 16 de junio del 2011) pretenden garantizar el derecho de los ciudadanos a acceder a las diferentes ofertas de nuevos servicios de telecomunicaciones eliminando los obstáculos que les impidan contratar libremente con cualquier operador y garantizar asimismo la competencia efectiva entre los operadores asegurándose de que disponen de igualdad de

oportunidades para hacer llegar sus servicios hasta los clientes. Para ello, entre otras medidas, establecen las especificaciones técnicas de las infraestructuras comunes de acceso a los servicios de telecomunicaciones del interior de los edificios ampliándolas a la fibra óptica y uniendo a los servicios tradicionales (radio, televisión, telefonía) los servicios de banda ancha (anexos I y II); determinan las características técnicas de la infraestructura de obra civil que deberá especificar la normativa técnica básica de la edificación, de modo que se garantice su utilización por parte de cualquier operador (anexo III) y establecen un procedimiento de comunicación entre promotores y operadores para que éstos puedan pronunciarse sobre la ICT proyectada y, en su caso, proponer mejoras (arts. 8 RD 346/2011 y 3 Orden ITC/1644/2011). Además, con la finalidad de potenciar la implantación de instalaciones que permitan el acceso a las prestaciones del hogar digital y de poner en valor las edificaciones provistas de ellas, el nuevo reglamento estandariza tres niveles de hogar digital (alto, medio o básico) atendiendo a los equipamientos y tecnologías de las que se pretenda dotar a las edificaciones y los servicios de hogar digital disponibles (anexo V).

3. Edificios afectados

Las normas contenidas en el reglamento relativas a las ICT se aplicarán a edificios en régimen de propiedad horizontal y a los arrendados por tiempo superior a un año.

- *Inmuebles en régimen de propiedad horizontal.* Se aplicará a todos los edificios y conjuntos inmobiliarios en los que exista continuidad en la edificación, de uso residencial o no, sean o no de nueva construcción, que estén acogidos o deban acogerse al régimen de propiedad horizontal regulado por la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal.
- *Inmuebles arrendados.* Se aplicará a los edificios que, en todo o en parte, hayan sido o sean objeto de arrendamiento por plazo superior a un año, salvo los que alberguen una sola vivienda.

Las medidas previstas en el reglamento comentado no sólo se aplican a edificios de nueva construcción, sino también a aquellas actuaciones de rehabilitación integral.

A fin de impulsar este sector, la instalación o mejora de infraestructuras comunes de acceso a los servicios de telecomunicaciones en edificaciones ya existentes que permitan el acceso a internet y al servicio de televisión digital o las facilidades asociadas al hogar digital constituyen una «rehabilitación de vivienda» a los efectos del Real Decreto Ley 6/2010, de 6 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, de modo que los propietarios podrán beneficiarse de ventajas fiscales.

4. Redes de acceso de fibra óptica incorporadas por defecto a las ICT

El Real Decreto 346/2011 deroga el anterior Real Decreto 401/2003 para incluir la fibra óptica y el cable coaxial (además del tradicional par de cobre) entre las redes de acceso a los edificios, en línea con los objetivos de la agenda digital para Europa. Se adoptan medidas para garantizar que el cableado interior de los edificios no se convierta en un obstáculo para la prestación de servicios de telecomunicaciones de banda ancha ni para los usuarios ni para los operadores.

Sin perjuicio de las preferencias de los operadores manifestadas en un proceso de consulta sobre los proyectos de ICT —que después se expondrá—, el proyecto técnico de ejecución de las ICT incorporará tecnologías de acceso basadas en cables de fibra óptica en todas las poblaciones y, además, basadas en cables coaxiales en aquellas poblaciones en las que estén presentes los operadores de cable en el momento de la entrada en vigor del reglamento, el 2 de abril del 2011. En otros términos, las ICT que se construyan a partir de esa fecha deben contener, por defecto, redes de fibra óptica y, adicionalmente, cable coaxial en las poblaciones donde existan cableoperadores.

El nuevo reglamento supone una ampliación de las oportunidades de negocio de los operadores de cable en la medida en que se incrementa el número de potenciales clientes, se eliminan obstáculos y se reducen los costes para llegar a ellos. El problema de los edificios «pasados» pero no conectados, por las reticencias de la comunidad de vecinos o por la escasa rentabilidad derivada de la necesidad de cablear el edificio para dar servicios sólo a unos pocos usuarios interesados, queda superado si el propio edificio dispone ya de la infraestructura adecuada. El edificio dotado de la infraestructura necesaria para acceder a los servicios prestados por los operadores de cable es un nicho de potenciales clientes a los que el operador puede llegar a un coste mínimo al utilizar la infraestructura de la que ya está provisto el propio edificio: la fibra óptica, de la que han de disponer las nuevas edificaciones en todas las poblaciones; el cable coaxial —en aquellas poblaciones en las que estén presentes los operadores de cable— o las infraestructuras que se propongan en el proceso de consulta, que después se expondrá, en otras poblaciones.

Las expectativas se incrementan si se tiene en cuenta que estas exigencias respecto a las ICT no sólo se aplican a los edificios de nueva construcción, sino también a aquellos objeto de rehabilitación integral y a la adaptación de las infraestructuras preexistentes.

5. Participación de los operadores en el diseño de ICT

El artículo 8 del reglamento comentado, desarrollado por el artículo 3 de la mencionada orden, prevé un novedoso procedimiento con la pretensión de abrir una vía de comunicación entre los proyectistas de las ICT y los operadores de telecomunicaciones que despliegan red en la zona en la que se va a construir la edificación. Este procedimiento constituye una oportunidad para los operadores, que podrán manifestar sus preferencias respecto al diseño de las ICT en atención a las redes que proyectan desplegar y a los servicios que pretenden ofrecer. Se persigue que estos operadores tengan ocasión de pronunciarse sobre la infraestructura proyectada y, en su caso, proponer su modificación.

5.1. Convenios de colaboración entre Administración y operadores

La participación de los operadores interesados en el proceso de consultas es voluntaria y será efectiva a partir de la firma de un convenio con la Administración en el que quedarán reflejados sus derechos y sus obligaciones, así como las consecuencias del incumplimiento. Tanto la falta de respuesta a la consulta de forma reiterada y sin justificación por parte de alguno de los operadores de red como el incumplimiento de las obligaciones fijadas en el convenio podrán concluir con la exclusión de éste de la lista de operadores de red susceptibles de consulta.

Los convenios se celebrarán entre los operadores con red y la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI) o los correspondientes órganos y, en su caso, unidades de aquellas comunidades autónomas que tengan transferidas competencias en materia de infraestructuras comunes de telecomunicaciones en el interior de las edificaciones (DA 1.ª RD 346/2011).

Los convenios deberán contener: a) el compromiso del operador de responder en el tiempo y forma establecidos a cuantas consultas les sean remitidas por la Administración de telecomunicaciones; b) el compromiso de respetar la respuesta anterior, desplegando la red que fuere necesaria, para prestar servicio a los usuarios de las ICT que se lo soliciten, y c) el suministro de algunos datos relevantes, como las áreas geográficas de interés para efectuar despliegues de red y para ofrecer la prestación de servicios de telecomunicación o en el caso de operadores que utilizan tecnologías de acceso basadas en cable coaxial, la lista de municipios donde están presentes con despliegue efectivo.

Actualmente han suscrito convenio con la SETSI los siguientes operadores: Euskaltel, S. A. (Euskaltel), Telefónica de España, S. A. U. (Telefónica), R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S. A. (R); Telecable de Asturias, S. A. U. (Telecable) y Cableuropa, S. A. U. (ONO).

5.2. Operadores consultados

Las diversas expresiones empleadas por el regulador (*cf.* arts. 1.2c, 3.1, 3.1a, 3.2b de la orden citada) suscitan algunas dudas de interpretación: ¿quiénes son los «operadores con red»?; ¿es necesario que ya hayan desplegado red o basta que estén interesados en un despliegue futuro?; ¿es preciso que la red se despliegue «hasta las edificaciones» o basta que tengan algún tramo?

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) ha interpretado que el proceso de consulta está dirigido a operadores que construyan red en la zona, debiendo ser dicha red de acceso, es decir, desplegada hasta las propias edificaciones, aun cuando en el momento en que se efectúe la consulta no dispongan de red hasta la localización concreta de la edificación [Informe del 24 de marzo del 2011 a la SETSI sobre el proyecto de Orden por la que se desarrolla el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones (DT 2011\209)]. En la práctica, este criterio abarca principalmente, a Telefónica, a operadores de cable y a operadores que desplieguen fibra óptica hasta el hogar (FTTH), quedando excluidos los operadores que prestan servicios mediante el acceso a la red del operador incumbente. Por tanto, no constituye un requisito necesario para participar en el proceso de consulta que, en el momento en que se efectúe, el operador disponga de red de acceso en la zona afectada. Según la CMT, los operadores tendrán derecho a manifestarse en las consultas correspondientes a cualquier zona con independencia de su presencia en ella, puesto que los compromisos que deben suscribir con la administración de telecomunicaciones en relación con la obligación de disponer de red de acceso en el edificio en el momento en que un cliente lo requiera resultan garantía suficiente para evitar solicitudes de despliegue arbitrarias por parte de operadores sin posibilidades realistas de prestar los servicios correspondientes.

5.3. Tramitación de la consulta e intercambio de información

El proceso será gestionado de forma transparente por la SETSI u órgano equivalente de la comunidad autónoma mediante procedimientos electrónicos.

Con el fin de dotarlo de las mayores garantías de certeza posible, el intercambio de información o consulta se efectuará inmediatamente antes del momento de comienzo de las obras de ejecución de la edificación proyectada, haciéndolo coincidir con el proceso de replanteo de la obra. El proyectista de la ICT enviará de forma electrónica una petición de información dirigida a los operadores con despliegue de red en la zona geográfica en que esté prevista la construcción de la edificación; en función de la localización de la edificación, la SETSI reenviará, de forma electrónica, la consulta a todos los operadores con red que, habiéndose adherido al proceso, hayan declarado su interés por la zona geográfica donde se prevea la localización de la edificación; los operadores de red involucrados en la consulta dispondrán de un plazo máximo de treinta días naturales a partir del momento en que se realice la consulta para responder a ella de forma igualmente electrónica; la SETSI reenviará, por vía electrónica, las respuestas recibidas al proyectista autor de la consulta. Transcurrido el plazo sin haber recibido respuesta alguna, comunicará esta circunstancia al autor de la consulta, que procederá a ejecutar el proyecto de la ICT de acuerdo con las disposiciones del reglamento.

En la solicitud de información se han de aportar los datos esenciales y precisos de configuración y localización geográfica de la ICT (incluido un fichero con el plano de la situación propuesta de la arqueta de entrada), los datos del promotor y los datos del proyectista autor de la consulta. Además, la consulta del proyectista de la ICT hacia los operadores de telecomunicación pertinentes en la zona donde se va a construir la edificación ha de incluir una pregunta relativa a los tipos de redes que, formando parte del proyecto técnico original de la ICT, no tienen previsto utilizar para proporcionar servicios de telecomunicación a sus potenciales usuarios. En función de las respuestas a la consulta, sólo se incorporarán a la ICT de la edificación las redes que realmente vayan a tener utilidad por haber operadores en la zona interesados en emplear dichas redes para ofrecer y proporcionar servicios a los usuarios.

Los operadores habrán de confirmar o, en su caso, proponer la ubicación más idónea de la arqueta de entrada de la ICT.

5.4. Utilidad del proceso de consulta

Al valorar la utilidad del proceso de consulta, se plantea el interrogante sobre el carácter vinculante o no de las propuestas de los operadores sobre el proyecto de la ICT. El reglamento no responde con suficiente nitidez a esta cuestión. Prevé que «bajo criterios de eficiencia económica y técnica y de previsión de futuro, y en función de las respuestas a la consulta, sólo se incorporarán a la ICT de la edificación las redes que realmente vayan a tener utilidad, por haber operadores de telecomunicación en la zona interesados en utilizar dichas redes para ofrecer y proporcionar servicios a los usuarios» (art. 8.1a del reglamento citado); exige que el resultado de la consulta se refleje obligatoriamente en la correspondiente acta de replanteo, pero sólo «*si procede*, en función de las respuestas de los operadores, provocará que se realicen las modificaciones oportunas en el proyecto técnico, mediante el anexo correspondiente» (art. 8.4 del reglamento). Ni el reglamento ni la orden para su desarrollo especifican cómo serán valoradas o tenidas en cuenta las respuestas que los distintos operadores den en el proceso de consulta.

No obstante, el problema tiene una trascendencia menor si se tiene en cuenta que el reglamento prevé los recursos disponibles por defecto. Así, en el caso de que no existiere respuesta por parte de los operadores de telecomunicación, el proyecto técnico de ejecución incorporará tecnologías de acceso basadas en cables de fibra óptica en todas las poblaciones y tecnologías de acceso basadas en cables coaxiales en aquellas poblaciones en las que estén presentes los operadores de cable en el momento de la entrada en vigor del reglamento.

En este escenario, la intervención de cada tipo de operador en el proceso de consulta tiene diversa relevancia. Únicamente resultará indispensable la intervención activa en el proceso de consulta cuando: *a)* un operador requiera la instalación de una red de cable coaxial en una ICT ubicada en una población donde no se encuentre presente, y *b)* un operador requiera el tendido de una red interna basada en par de cobre.

Novedades de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

En este documento se comenta el régimen jurídico de transparencia y protección del cliente bancario contenido en la reciente Orden de 28 de octubre del 2011, del Ministerio de Economía y Hacienda, que deroga el régimen previo establecido por normativa consolidada en 1989 y 1994. El escaso rango normativo de la disposición no oculta que contiene prácticamente todo el régimen jurídico financiero de los préstamos hipotecarios y no hipotecarios al consumo.

El pasado 29 de octubre del 2011 se publicó en el BOE la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Dicha orden, salvo dos excepciones, entrará en vigor a los seis meses de su publicación y deroga: a) la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito; b) la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios; c) la Orden PRE/1019/2003, de 24 de abril, sobre transparencia de los precios de los servicios bancarios prestados mediante cajeros automáticos; d) la Orden de 27 de octubre de 1962 por la que se regula provisionalmente la tramitación de los expedientes y asuntos en materia de banca oficial y privada y cajas de ahorro.

Las novedades más importantes de la norma son las siguientes:

A) Disposiciones generales aplicables a todos los servicios bancarios

- Comisiones

Se mantiene el sistema de libertad de pacto. Sin embargo, no se prevé la obligación de los bancos de registrar previamente sus comisiones en el Banco de España ni que tengan carácter máximo. Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos.

Las entidades de crédito deberán poner a disposición de los clientes, debidamente actualizadas, las comisiones habitualmente percibidas por los servicios que prestan con mayor

frecuencia, así como los gastos repercutidos en dichos servicios, todo ello en un formato unificado. Esta información incluirá, de manera sencilla y que facilite la comparación entre entidades, los conceptos que devenguen comisiones, la periodicidad con que se aplican y el importe de aquéllas de manera desagregada por periodo en que se apliquen. Estará disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España, y deberá estar a disposición de los clientes en cualquier momento y de forma gratuita.

Inmediatamente antes de que un servicio bancario vaya a ser prestado a un cliente por un medio de comunicación a distancia o un cajero automático, se deberá indicar mediante un mensaje claro, perfectamente perceptible y gratuito, la comisión aplicable por cualquier concepto y los gastos repercutibles. Una vez proporcionada dicha información, se ofrecerá al cliente, de forma igualmente gratuita, la posibilidad de desistir de la operación solicitada.

Cuando el servicio bancario se preste a través de un cajero automático o de un dispositivo similar y la entidad emisora del medio de pago sea diferente de la titular de aquél, se podrá sustituir la información señalada por el valor máximo de la comisión y demás gastos adicionales a que pueda quedar sujeta la operación solicitada. En este supuesto deberá informarse de que el importe finalmente cargado podrá ser inferior, dependiendo en su caso de las condiciones estipuladas en el contrato celebrado entre el cliente y la entidad emisora del medio de pago. En lugar visible figurará un número de teléfono para incidencias.

- Tipos de interés

Se mantiene la libertad para el establecimiento de los tipos de interés, cualquiera que sea la modalidad y el plazo de la operación, con la obligación de su anuncio. Esta información incluirá, en todo caso, de manera sencilla y que facilite la comparación entre entidades, la tasa anual equivalente (TAE) u otra expresión equivalente y estará disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la del Banco de España, y deberá estar a disposición de los clientes en cualquier momento y gratuitamente.

En caso de descubiertos tácitos en las cuentas de depósito o excedidos tácitos en las de crédito, deberán publicar las comisiones, los tipos de interés o los recargos aplicables a esos supuestos. Esos tipos serán de obligada aplicación a todas las operaciones de esa naturaleza que no tuvieran fijados contractualmente otros inferiores. En particular, harán constar separadamente los tipos aplicables a los descubiertos tácitos a los que se refiere el artículo 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

- Información contractual

Las entidades de crédito deberán entregar al cliente el correspondiente ejemplar del contrato en que se formalice el servicio recibido. Tal obligación se refiere a todo servicio y sin necesidad de solicitud por parte de aquél. Asimismo deberán conservar el documento contractual y poner a disposición del cliente una copia siempre que éste lo solicite. No dice la norma si tal puesta a disposición tiene o no carácter gratuito. En las operaciones formalizadas en documento notarial se estará, en cuanto a la obtención de copias por los clientes, a lo dispuesto en la normativa notarial.

Los contratos de depósitos y de concesión de crédito y préstamo deberán recoger de forma explícita y clara el siguiente contenido: *a)* el tipo de interés nominal, la TAE u otra expresión equivalente del coste o remuneración total efectivos en términos de intereses anuales; *b)* la periodicidad con que se producirá el devengo de intereses, las fechas de devengo y liquidación de aquéllos y la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés nominal o de los otros factores del coste o la remuneración que resulten pertinentes, el importe de los intereses devengados; *c)* las comisiones y gastos repercutibles que sean de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación; *d)* la duración del depósito o préstamo o crédito y, en su caso, la condiciones para su prórroga; *e)* las normas relativas a las fechas valor aplicables; *f)* los derechos y obligaciones que correspondan a la entidad de crédito

para la modificación del tipo de interés pactado o para la modificación de las comisiones o gastos repercutibles aplicados y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación; *g)* los derechos y obligaciones del cliente en cuanto a la cancelación del depósito o préstamo o a su reembolso anticipado y el coste total que el uso de tales facultades supondrían; *h)* las consecuencias para el cliente del incumplimiento de sus obligaciones, especialmente del impago en caso de crédito o préstamo, e *i)* lo demás que establezca el Banco de España.

- Comunicaciones al cliente

Toda comunicación deberá: *a)* reflejar de manera clara y fiel los términos en que se desarrollan los servicios; *b)* no destacar ningún beneficio potencial del servicio ocultando expresamente los riesgos inherentes a él; *c)* resultar suficiente para que el destinatario más habitual comprenda adecuadamente los términos esenciales del servicio, y *d)* no omitir ni desnaturalizar ninguna información relevante.

La modificación unilateral de cualquier término de un contrato deberá comunicarse al cliente con una antelación no inferior a un mes, siempre que la duración inicial del contrato exceda de este plazo; habrán de comunicarse asimismo los términos exactos de tal modificación o prórroga y los derechos de que, en su caso, goce el cliente en relación con ellas. En los supuestos de modificaciones de límites o capacidad de disposición de nuevas cantidades, cuando exista un incumplimiento previo por parte del cliente, la comunicación se producirá con una antelación no inferior a diez días. No obstante, las modificaciones que fuesen más favorables para el cliente podrán aplicarse inmediatamente.

En cada liquidación de intereses o comisiones que practiquen se facilitará un documento de liquidación en el que se expresarán con claridad y exactitud: *a)* el tipo de interés nominal aplicado en el periodo ya devengado y, en su caso, el que se vaya a aplicar en el periodo que se inicia; *b)* las comisiones aplicadas, con indicación concreta de su concepto, base y periodo de devengo; *c)* cualquier otro gasto incluido en la liquidación; *d)* los impuestos retenidos, y *e)* en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste del servicio.

Las entidades de crédito remitirán a sus clientes anualmente —durante el mes de enero de cada año— una comunicación en la que, de manera completa y detallada, se recoja la información prevista sobre comisiones y gastos devengados y tipos de interés efectivamente aplicados a cada servicio bancario prestado al cliente durante el año anterior.

- Asesoramiento bancario

Cuando las entidades de crédito y los clientes decidan suscribir un contrato de servicio bancario de asesoramiento deberán informar expresamente a los clientes de esta circunstancia y, salvo que el servicio sea gratuito y así se les haga saber, habrán de recibir una remuneración independiente por este concepto.

- Requisitos de forma

La información, la documentación y las comunicaciones se proporcionarán en papel, en formato electrónico o en otro soporte duradero, y estarán redactadas en términos fácilmente comprensibles, de manera claramente legible, en castellano o en cualquiera de las demás lenguas españolas oficiales de las respectivas comunidades autónomas en las que se preste el servicio o en cualquier otra lengua acordada entre las partes.

- Servicios bancarios vinculados

Las entidades de crédito deberán informar al cliente, de manera expresa y comprensible, sobre la posibilidad o no de contratar cada servicio de manera independiente y en qué condiciones. En caso de que sólo resulte posible la contratación del servicio bancario vinculado a la contratación de otros en las condiciones ofertadas, se informará al cliente de la parte del coste total que corresponde a cada uno de los servicios, en la medida en que dicho coste esté disponible para la entidad, y de los efectos que su no contratación individual o cancelación anticipada produciría sobre el coste total de los servicios bancarios.

B) Depósitos y préstamos

- Depósitos a la vista

Deberá comunicarse de forma gratuita al cliente, al menos mensualmente, el extracto de todos los movimientos producidos en su cuenta corriente, si los hubiere, con información relativa a la fecha, concepto e importe de la operación. En todo caso, se le deberá proporcionar una copia de la información relativa a cualquier operación realizada por medio de cualquier depósito a la vista.

- Depósitos a plazo con garantía del principal

Los documentos contractuales deberán recoger de forma explícita y clara la obligación de la entidad de reembolsar el principal del depósito al vencimiento, así como el tipo de interés nominal, la TAE u otra expresión equivalente de la remuneración total efectiva en términos de intereses anuales, conforme a lo que establezca el Banco de España teniendo en cuenta los efectos sobre

la remuneración tanto del contrato principal como del derivado implícito.

- Publicidad

Deberá incluir una referencia al fondo de garantía de depósitos al que se encuentre adherida la entidad cuando éste sea diferente de los previstos en el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre Fondos de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito. Esta obligación también es exigible a los documentos contractuales relativos a servicios bancarios de depósito.

- Préstamo responsable

Deberá evaluarse la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del préstamo sobre la base de la información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el propio cliente a solicitud de la entidad. Para ello las entidades deberán contar con procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo la evaluación de solvencia. Dichos procedimientos, además de ajustarse a la normativa específica sobre gestión de riesgos y control interno, deberán tener en cuenta, al menos, los siguientes aspectos:

- a) La adecuada evaluación de la situación de empleo, de ingresos, patrimonial y financiera del cliente, para lo cual: 1.º Se exigirá cuanta documentación sea adecuada para evaluar la variabilidad de los ingresos del cliente. 2.º Se consultará el historial crediticio del cliente, para lo cual se podrá acudir a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a los ficheros de solvencia patrimonial y crédito (art. 29 LOPDCP). 3.º Se tendrá en cuenta el nivel previsible de ingresos que se percibirá tras la jubilación en el caso de que se presuma que una parte sustancial del crédito o préstamo se continuará reembolsando una vez finalizada la vida laboral.
- b) La valoración de la capacidad del cliente y de los garantes de cumplir con sus obligaciones de pago derivadas del crédito o préstamo, para lo que se contará, además de con sus ingresos, con sus activos en propiedad, sus ahorros, sus obligaciones derivadas de otras deudas o compromisos, sus gastos fijos y con la existencia de otras posibles garantías.
- c) En el caso de créditos o préstamos a tipo de interés variable, se deberá valorar cómo afectaría esta circunstancia a la capacidad del cliente de cumplir con sus obligaciones.
- d) En el caso de créditos o préstamos hipotecarios o con otras garantías reales, la valoración prudente de tales garantías

mediante procedimientos que eviten influencias o conflictos de intereses que puedan menoscabar la calidad de la valoración.

En el supuesto de créditos o préstamos con garantía real, los criterios para determinar la concesión o no del crédito o préstamo, su cuantía máxima y las características de su tipo de interés y de su sistema de amortización deben fundamentarse preferentemente en la capacidad estimada del cliente para hacer frente a sus obligaciones de pago previstas a lo largo de la vida del crédito o préstamo, y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía.

En el caso de la suscripción de seguros de amortización de créditos o préstamos, tal suscripción no podrá sustituir en ningún caso a la necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente y de su capacidad para cumplir con sus obligaciones de pago por sus propios medios.

En el supuesto de que una entidad rechace la concesión de un crédito o préstamo por considerar insuficiente la solvencia del cliente basándose en la consulta de los ficheros de morosos, la entidad informará al cliente del resultado de dicha consulta.

La evaluación de la solvencia se efectuará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes.

- Información precontractual

1. *Guía de acceso al préstamo hipotecario.* El Banco de España elaborará esta guía para que quienes demanden servicios bancarios de préstamo hipotecario dispongan, con carácter previo a la formalización de aquéllos, de información adecuada para adoptar sus decisiones de financiación. La guía estará disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España y deberá hallarse a disposición de los clientes en cualquier momento y gratuitamente.
2. *Ficha de información precontractual.* Las entidades de crédito deberán proporcionar a los clientes que soliciten cualquiera de estos servicios información clara y suficiente sobre los préstamos que ofertan. Esta información, que será gratuita y tendrá carácter orientativo, se facilitará mediante la ficha de información precontractual (FIPRE) que figura en

el anexo I. Esta ficha estará a disposición de los clientes de préstamos, de forma gratuita, en todos los canales de comercialización utilizados por la entidad.

3. *Ficha de información personalizada.* Las entidades de crédito, una vez que el cliente haya facilitado la información que se precise sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias, proporcionarán a aquél la información personalizada que resulte necesaria para dar respuesta a su demanda de crédito, de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no suscribir el contrato. Esta información se facilitará mediante la ficha de información personalizada (FIPER) que figura en el anexo II y se entregará a todos los clientes de préstamos de forma gratuita con la debida antelación y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por cualquier contrato u oferta. Toda información adicional que la entidad facilite al cliente figurará en un documento separado que deberá adjuntarse a la ficha de información personalizada.
4. *Oferta vinculante.* Una vez que el cliente y la entidad hayan mostrado su voluntad de contratar un préstamo hipotecario, se disponga de la tasación correspondiente del inmueble y se hayan efectuado las oportunas comprobaciones sobre su situación registral y sobre la capacidad financiera del cliente (art. 18), éste podrá solicitar a la entidad la entrega de una oferta vinculante. Dicha oferta se facilitará mediante una ficha de información personalizada como la que figura en el anexo II, en la que, adicionalmente, se especificará a) que se trata de una oferta vinculante y b) el plazo de vigencia de dicha oferta.

Toda información adicional que la entidad facilite al cliente en la oferta vinculante figurará en un documento separado que deberá adjuntarse a la ficha de información personalizada. Si la oferta vinculante se hace al mismo tiempo que se entrega esta ficha y ambas coinciden íntegramente en cuanto al contenido, podrá facilitarse al cliente en un único documento. Salvo circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, la oferta vinculante tendrá un plazo de validez no inferior a catorce días naturales desde su fecha de entrega.
5. *Información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés.* Se informará al cliente de lo siguiente:
 - a) La naturaleza del instrumento de cobertura si se trata de un límite al alza del

tipo de interés o si se trata de otro tipo de instrumento de cobertura ya sea porque el límite al alza vaya acompañado de un límite a la baja o por cualquier otra característica, en cuyo caso se indicará expresamente que el producto no se limita a proteger al cliente frente al alza de tipos.

- b) Su duración y, en su caso, las condiciones para su prórroga o renovación.
- c) En función de la naturaleza del instrumento, si fuera el caso: 1.º la obligatoriedad del pago de una prima y su importe; 2.º las potenciales liquidaciones periódicas del instrumento, producto o sistema de cobertura, teniendo en cuenta diversos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia, destacando la posibilidad de que aquéllas pueden ser negativas; 3.º la metodología del cálculo del coste asociado a una cancelación anticipada con referencia a distintos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia.
- d) Y otras características del instrumento, producto o sistema de cobertura que pudiera establecer el Banco de España.

La información anterior se recogerá en un anexo de la ficha de información personalizada.

No será necesario que en la contratación del sistema de cobertura se produzca una vinculación expresa y formal con el préstamo, siendo suficiente que las partes reconozcan expresamente en dicha contratación que el sistema de cobertura se contrata con esa finalidad. Dicha finalidad no podrá observarse en ningún caso cuando el importe nominal de la cobertura supere al del préstamo que pretende cubrir. Por el contrario, sí será posible observarla, aun cuando el plazo del sistema de cobertura sea superior al del préstamo, siempre que éste sea renovable y su no renovación suponga la cancelación del sistema de cobertura sin coste para el cliente.

6. *Información adicional sobre cláusulas de suelo y techo.* En el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas de suelo o techo, se recogerá en un anexo de la ficha de información personalizada el tipo de interés mínimo y máximo aplicables y la cuota de amortización máxima y mínima.

- Préstamos concedidos a tipo de interés variable

Las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos

que cumplan las siguientes condiciones: a) que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de prácticas conscientemente paralelas a las de otras entidades o de acuerdos con ellas; y b) que los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados conforme a un procedimiento matemático objetivo.

En el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, se adjuntará a la ficha de información personalizada, en un documento separado, una referencia especial a las cuotas periódicas que habrá de satisfacer el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. A estos efectos se presentarán al menos tres cuotas de amortización calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que los tipos de referencia hayan presentado durante los últimos quince años o el plazo máximo disponible si es menor.

- Tipos de interés oficiales

Se publicarán mensualmente los siguientes tipos: a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las entidades de crédito en España. b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años para adquisición de vivienda libre concedidos por las entidades de crédito en la zona euro. c) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años. d) Referencia interbancaria a un año (Euribor). e) Permuta de intereses/*Interest Rate Swap (IRS)* al plazo de cinco años. f) El Mibor, exclusivamente para los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1 de enero del 2000.

- Documento contractual

Los documentos contractuales y las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras cuyo contenido mínimo se ajustará a la información personalizada prevista en la ficha de información personalizada. En particular, salvo peculiaridades, se fijará el tipo de interés aplicable, así como la obligación de notificar al cliente las variaciones experimentadas en ese tipo de interés.

- Acto de otorgamiento

El cliente tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. El cliente podrá renunciar expresamente, ante el notario autorizante, al señalado plazo siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia

notaría. Los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando éste no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente. Asimismo, informarán al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, deberán:

- a) Comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la ficha de información personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la ficha mencionada, como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia.
- b) En el caso de préstamos a tipo de interés variable, comprobar si el cliente ha recibido la información prevista y advertirle expresamente cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: 1.º Que el tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales. 2.º Que el tipo de interés aplicable durante el periodo inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho periodo el tipo de interés variable pactado para periodos posteriores. 3.º Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas de suelo o techo. En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiendo expresamente de ello al cliente e informándolo, en todo caso, de: 1) los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia, y 2) las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés.
- c) Informar al cliente de cualquier aumento relevante que pudiera producirse en las cuotas como consecuencia de la aplicación de las cláusulas financieras pactadas, en particular, de los efectos que la existencia, en su caso, de periodos de carencia tendría en el importe de las cuotas una vez finalizados tales periodos. Asimismo, advertirán de la previsible evolución de éstas cuando se hubieran pactado cuotas crecientes o cuando

se hubiera previsto la posibilidad de interrumpir o posponer la amortización del préstamo.

- d) Informar al cliente de la eventual obligación de satisfacer a la entidad ciertas cantidades en concepto de compensación por desistimiento o por riesgo de tipo de interés.
- e) En el caso de que el préstamo no esté denominado en euros, advertir al cliente sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.
- f) Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el cliente comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.
- g) En el caso de hipoteca inversa, deberán verificar la existencia del correspondiente asesoramiento independiente. En caso de que la formalización de la hipoteca inversa se efectúe en contra de la recomendación hecha por el asesoramiento independiente, se deberá advertir de ello al cliente.
- h) Informar al cliente de los costes exactos de su intervención.

La decisión del funcionario por la que deniegue la autorización del préstamo o la inscripción de alguna de sus cláusulas deberá efectuarse mediante escrito motivado. Dicha decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los plazos y forma previstos para el recurso de alzada.

● Hipoteca inversa

Se aplicará a las hipotecas inversas comercializadas en España conforme a lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, con las siguientes especificidades: a) será obligatoria la entrega de la oferta vinculante; b) será obligatoria la prestación, a más tardar con motivo de la entrega de la oferta vinculante, de un servicio de asesoramiento independiente y previo; c) las fichas a las que se refieren los artículos 21 y 22 se ajustarán a lo previsto en los anexos III y IV y, adicionalmente, el Banco de España y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones elaborarán conjuntamente una guía de acceso a la hipoteca inversa.

La empresa familiar ante el nuevo derecho de separación por falta de reparto de dividendos

Javier Juste Mencía

Catedrático de Derecho Mercantil
de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

El nuevo artículo 348 *bis* LSC, al reconocer un derecho de separación al socio cuando, pudiendo distribuirse, no se reparten dividendos, parece ofrecer una respuesta a los casos, frecuentes, de abuso de la mayoría. Sin embargo, su tenor literal no se ajusta a estos supuestos, sino que eleva la expectativa de beneficio a condición esencial para la participación en la sociedad. Los problemas que plantea la excesiva dicción de la norma no resultan sencillos de resolver.

1. Finalidad teórica de la norma: evitar los supuestos de abuso de la mayoría

Entre las novedades introducidas por la Ley 25/1011 de 1 de agosto en el vigente texto de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), alcanza una gran relevancia para las sociedades no cotizadas la contenida en el artículo 348 *bis*. Tal y como ha sido redactada finalmente (llevando la letra de la ley más allá de su probable y bienintencionada finalidad), la disposición altera la naturaleza del derecho al dividendo de un modo que puede afectar a la situación patrimonial de gran número de sociedades, en particular las de carácter familiar y, sobre todo, teniendo en cuenta que el recurrir a la financiación ajena no resulta fácil en las actuales circunstancias.

El tenor de la norma es el siguiente:

«Artículo 348 *bis*. Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos.

1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.
2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.

3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas.»

La norma se aplica a todas las sociedades de capital, tanto limitadas como anónimas, con excepción de las sociedades cotizadas. La finalidad que persigue es la de evitar el abuso en el que con frecuencia incurren los socios mayoritarios de estas sociedades cerradas en perjuicio del minoritario. La jurisprudencia ha abordado en no pocas ocasiones supuestos en los que, sin justificación económica —valga, de momento, esta expresión, por las razones que luego apuntaremos—, el grupo mayoritario persiste durante una serie de ejercicios en una política de incremento de las reservas, no obstante la existencia de beneficios, privando a los demás del reparto de dividendos. El cuadro del abuso suele completarse con el aseguramiento, por parte de la mayoría, de una retribución por una vía distinta a la del derecho al dividendo, como puede ser la retribución que perciben por formar parte del órgano de administración, o mediante la celebración de otros contratos con la sociedad de sociedades vinculadas al grupo mayoritario.

Hay que tener en cuenta que el derecho al dividendo no nace técnicamente hasta que la junta general decide concederlo. En ocasiones se ha calificado la situación anterior a ese momento como un «derecho abstracto» al dividendo, más parecido a una mera expectativa de los socios. Es decir, según la ley societaria, la decisión de reservar la totalidad de las ganancias resulta perfectamente legítima, motivo por el que los tribunales han de acudir al expediente, siempre incierto, del abuso del propio derecho, cuando la reiteración de esa política permite sospechar la presencia de una maniobra dirigida a perjudicar a los socios minoritarios. Por lo demás, el proceso al que puede acudir el socio afectado es el de la impugnación del acuerdo social, que no garantiza —incluso cuando

se estima— el resultado de obtener una determinada ganancia: son pocas las resoluciones que, más allá de la anulación del acuerdo, condenan a un determinado reparto. De hecho, resulta discutible que los tribunales puedan, incluso en este caso, no sólo anular, sino imponer una determinada voluntad social.

La ley del 2011 representa el segundo intento, por parte del legislador, de establecer un límite al poder mayoritario. En el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1994 se planeó un derecho de minoría cualificada (disponible por los estatutos) para que se solicitara eficazmente el reparto de dividendos. La norma no quedó incorporada al derecho societario.

La vía escogida ahora por la ley es de naturaleza distinta y coincide en sus efectos con los remedios contra la «opresión de la minoría» que conocen otros ordenamientos, que facilitan la salida de la sociedad del socio cautivo de su propia participación. La norma no pone al servicio del minoritario un derecho de corte societario, sino que lo habilita para considerar frustrado el contrato de sociedad hasta el punto de resolverlo.

Sin embargo, plantea un problema que puede ser grave en las sociedades, por una defectuosa definición —a nuestro juicio— del supuesto de hecho, que literalmente no tiene por qué coincidir con el de los abusos que han preocupado a doctrina y jurisprudencia. De esta manera queda sobredimensionada la causa lucrativa del contrato de sociedad y limitada la libertad de la mayoría para tomar las decisiones más acordes con lo que considere legítimamente el interés social. A partir de ahora, cuando se verifiquen las condiciones objetivas para obtener el lucro que típicamente persiguen quienes participan en una sociedad de capitales, el no obtenerlo permite resolver el contrato.

2. La técnica empleada por el legislador: resolución contractual

El artículo 348 *bis* permite ejercer el derecho de separación. Este derecho supone la ruptura del vínculo contractual entre el socio y la sociedad; es una resolución parcial del contrato que el ordenamiento sólo reconoce por razones muy justificadas que convierten en insoportable para un socio su permanencia en la sociedad. Lógicamente, si existe un mercado en el que liquidar la posición de socio (caso típico de las sociedades cotizadas y, teóricamente, del resto de las anónimas), se prefiere el mantenimiento de la sociedad con la salida del socio descontento mediante la enajenación de sus acciones y dejar indemne el patrimonio social, ajeno a esta operación de compra. Hasta tiempos recientes, y por ello, el derecho de separación sólo tenía virtualidad práctica en las sociedades limitadas. En las anónimas, sólo el traslado del domicilio al extranjero y la sustitución del objeto social figuraban como supuestos de hecho des-

encadenantes de la separación. Por esta razón, la «opresión del minoritario» no tiene lugar en las sociedades cotizadas.

Sustancialmente, el derecho de separación constituye una liquidación parcial del contrato de sociedad, que otorga a su titular el derecho a percibir de la sociedad misma —no de otros socios o terceros eventualmente interesados en la participación— el importe del valor razonable de sus participaciones o acciones. La separación supone, por lo tanto, un coste económico para la sociedad, que en el extremo podría suponer la ruptura del vínculo societario correspondiente a titulares cercanos al 50 % (piénsese en el acuerdo de reservar adoptado por una cifra ligeramente superior al 50 %, en contra del voto del resto de los socios o accionistas). Esta conclusión no varía por la circunstancia de que el ordenamiento permita, junto con la amortización del capital, la compra de las propias acciones o participaciones.

Hay que reconocer que el mecanismo ideado por el legislador resulta particularmente sencillo de llevar a la práctica (a salvo algunas descoordinaciones con el resto de la ley, de carácter menor) y, por esta misma razón, puede resultar peligroso para la pervivencia de las sociedades si se aplica literalmente el supuesto de hecho previsto por aquél. Cuando se verifique, el socio que haya votado a favor del reparto de dividendos, si éstos no alcanzan la cuantía mínima prevista en la ley, podrá notificar a la sociedad el ejercicio del derecho de separación en el plazo de un mes. A partir de ese momento, el procedimiento es el común para la separación y exclusión de socios. Cabe recordar que, en caso de falta de acuerdo entre la sociedad y los socios excluidos, un auditor de cuentas distinto del de la sociedad y nombrado por el registrador mercantil deberá obtener ese valor razonable. El plazo para la emisión del informe es de dos meses, a los que han de sumarse otros dos (o tres, según se reconozca o no el derecho de oposición de acreedores) para el pago. En los supuestos de separación previstos hasta ahora, el plazo para ejercer el derecho comenzaba con la publicación del acuerdo correspondiente en el BORME. Para aplicar la nueva norma, como el acuerdo no es inscribible, puede surgir alguna duda sobre cuál es ese día. Hay que suponer que se abrirá desde que se adopta el acuerdo, ya que el socio necesariamente debe estar presente en la junta.

3. Defectuosa definición del supuesto de hecho

El principal defecto de la norma comentada consiste en que su tenor literal no alude a un supuesto de abuso mayoritario, sino que se limita a describir la situación de la mayor parte de las sociedades españolas.

- a) La norma se aplica a todas las compañías, a *partir del quinto ejercicio desde su constitución*. Ésta es la disposición más sorprendente, porque parece obvio que nada tiene que ver con

el supuesto de abuso que se pretende atajar. La lógica de la norma, atendiendo a los antecedentes, exigiría que se refiriera, con mayor precisión, al número de ejercicios en los que, existiendo beneficios, la mayoría no hubiera repartido dividendos. El margen temporal es próximo, además, al señalado indiciariamente por alguna jurisprudencia (tres o cinco años). Lamentablemente, una interpretación correctora del precepto no es segura. En la actualidad, una sociedad que haya repartido dividendo en los cuatro ejercicios primeros de su existencia habrá de soportar el ejercicio del derecho de separación en la primera ocasión en que decida reservar sus beneficios.

Por lo demás, en las sociedades constituidas en fechas próximas al fin de ejercicio, debe computarse también el primero, aunque haya durado sólo meses o semanas.

- b) Para ser titular del derecho de separación, se exige *el voto favorable a la distribución de beneficios sociales*. La redacción de la norma suscita alguna duda formal, pues es posible que en el acuerdo sobre aplicación del resultado no haya lugar para una votación a favor de la distribución de dividendos. Si el órgano de administración plantea destinar a reservas el beneficio, los disidentes se limitarían a manifestar su voluntad en contra, pero, en rigor, no votarían a favor de la distribución si el tema no consta en el orden del día. Probablemente, llegado el caso, un tribunal podría equiparar el voto contrario, si se deja constancia en acta de la voluntad del disidente a favor del reparto, con el voto favorable al que se refiere la ley.
- c) Para que pueda ejercitarse el derecho, es necesario que no se haya repartido al menos, *un tercio de los beneficios propios de la explotación*

del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior.

- d) La norma, *por omisión*, no se refiere a las condiciones de liquidez de la compañía. Tampoco impone el pago inmediato del dividendo. Al respecto de ambas cuestiones conviene recordar que en el artículo 276 LSC se dispone: «En el acuerdo de distribución de dividendos determinará la junta general el momento y la forma de pago». Sólo cuando no se haya previsto (por parte de la mayoría, obviamente) otra cosa, «el dividendo se hará pagadero al día siguiente al del acuerdo». Esta posibilidad de concreción puede ser útil para la compañía, pues permite válidamente retrasar el pago de los dividendos.

4. Conclusiones: ¿es posible no aplicar el precepto?

Dado el tenor literal de la norma, entendemos que no es posible que los estatutos deroguen la ley. No obstante, se puede intentar —no podemos garantizar el éxito— introducir una cláusula estatutaria que, sin eliminar el derecho del minoritario, intente reconducir la norma legal a la previsible intención real del legislador. No obstante, en caso de litigio, el interesado en la separación intentaría hacer valer, con probabilidad de estimación, el derecho reconocido en la ley.

La renuncia en protocolo familiar —pacto parasocial, en definitiva— es aconsejable. Es cierto que, en el estado actual de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no es posible fundar una impugnación de acuerdos sobre la base de aquéllos, aunque sean firmados por todos los socios, pero también lo es que se estiman lícitos y que, habiendo establecido la ley un remedio puramente contractual, no resulta descartable que la renuncia a este derecho de separación, en contrato separado del de la sociedad, se pudiera considerar válida.

Medidas de agilización procesal civil en la Ley 37/2011

Faustino Cordón Moreno

Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad de Alcalá de Henares
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Este artículo es un primer análisis —crítico en ocasiones— de las reformas introducidas por la Ley 37/2011 en el proceso civil.

1. En el BOE del pasado 11 de octubre apareció publicada la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, que había sido aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 22 de septiembre anterior y que entró en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE (Disp. final tercera). Hay que resaltar que fueron rechazadas por dicho órgano legislativo prácticamente todas las enmiendas (numerosas) presentadas por los diversos grupos políticos en el Senado, salvo las relativas a) al nombre de la ley —que suprimió la segunda parte del inicial «Ley de Medidas de Agilización Procesal y de reforma del artículo 35 de la Ley 53/2002, de 20 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social»—; b) al punto 36 *quater* del artículo cuarto (actual punto 37), por el que se introduce una nueva disposición adicional (la sexta) en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que más adelante reproduzco, y c) a las disposiciones finales primera, segunda, tercera y cuarta, que supusieron, en definitiva, la introducción de una nueva disposición final primera de contenido orgánico (modificaba algunos artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial o LOPJ), por lo que sus preceptos fueron desglosados en un proyecto de ley independiente que fue aprobado y publicado en el BOE del día 23 de septiembre (Ley Orgánica 12/2011, de 22 de septiembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. La finalidad de la ley —cuya justificación se busca en el fuerte incremento de la litigiosidad en los últimos años— aparece precisada en la Exposición de motivos (EM): «... incorporar determinadas medidas de agilización procesal en los órdenes civil, penal y contencioso administrativo que obedecen al propósito común de suministrar a nuestros tribunales instrumentos procesales óptimos para la gestión procesal. Tales medidas son de distinto signo. Unas están encaminadas a garantizar derechos fundamentales de los ciudadanos, como ocurre en el caso del orden penal, otras a optimizar los procedimientos, a suprimir trámites procesales innecesarios o a sustituirlos por otros más breves, y otras, en cambio, están orientadas a limitar el uso abusivo de instancias judiciales».

Sin duda el propósito es loable, pero habrá que preguntarse si no se trata de una reforma

precipitada que aparece cuando todavía no ha transcurrido un tiempo suficiente como para asimilar los cambios introducidos por la Ley 13/2009, de reforma procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, y cuando tenemos todavía reciente la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía, normas ambas que responden a una misma (o parecida) finalidad.

Las medidas contenidas en la ley son de distinto signo y tienen naturaleza y alcance muy diferente. En esta nota me referiré a las adoptadas en el orden procesal civil, con un ánimo expositivo y sin más precisiones críticas, dejando para otra nota las modificaciones introducidas en los procesos contencioso-administrativo y penal —estas últimas exigidas por la reforma del Código Penal que introdujo en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)— que merecen un análisis independiente.

3. En el orden civil las modificaciones más relevantes que se introducen son las siguientes:

a) *La exclusión del acceso al recurso de apelación de las sentencias dictadas en juicios verbales tramitados por razón de la cuantía (vide art. 250.2 LEC) cuando ésta sea inferior a 3 000 euros.* A tal fin se introduce la pertinente modificación en el apartado 1 del artículo 455 LEC.

Ciertamente, de acuerdo con una abundante doctrina del Tribunal Constitucional, los diferentes recursos se incorporan a la tutela judicial en la configuración que les da el legislador, que goza de un amplio margen de libertad, para limitarlos e incluso para excluirlos. De acuerdo con esta doctrina, no se puede hablar del derecho constitucional a un determinado recurso o a que éste sea regulado de una determinada manera, sino sólo de derecho a hacer uso del recurso que establezca la ley, por lo que no parece que pueda discutirse la legalidad de la reforma llevada a cabo. Sin embargo, dudo que la solución adoptada sea la más adecuada.

Téngase en cuenta, en primer lugar, que no nos encontramos ante la respuesta negativa a la demanda de un recurso nuevo, sino ante la privación —por medio de su drástica limitación— de un recurso que sí existe y que, además, afecta a las clases menos favorecidas que son las que, presumiblemente, litigarán dentro de ese límite cuantitativo; y, segundo, la justificación de la limitación («limitar el uso, a veces abusivo, y muchas veces innecesario, de instancias judiciales», según la Exposición de motivos) no tiene sentido cuando está generalizada la ejecución provisional sin fianza, que es la medida que ha logrado esa finalidad.

- b) «La supresión del trámite de preparación de los recursos devolutivos y, en cuanto a la casación, se procede a una modificación en cuanto a las resoluciones recurribles por la cuantía para que el Tribunal Supremo pueda cumplir de forma más eficaz los fines legalmente establecidos».

Es discutible la supresión del trámite de preparación de los recursos devolutivos porque queda embebido en el de interposición (*vide* los nuevos arts. 458, 470, 479 y 495 LEC) y, probablemente, no es esta fase a la que hay que imputar la mayor dilación en la tramitación de los recursos. La supresión ha exigido reformar otros preceptos, como los artículos 527.1 y 535.2, sobre el momento en que puede pedirse la ejecución provisional de las sentencias dictadas en primera o segunda instancia, respectivamente.

Pero, sobre todo, lo es la ampliación de la *summa gravaminis* para el acceso al recurso de casación de las sentencias dictadas en los asuntos tramitados por razón de la cuantía, que pasa de 150 000 a 600 000 euros y supone, en la práctica, el cierre de la casación en la generalidad de los casos. No obstante, esta limitación se «compensa» de alguna manera con la apertura de la vía del interés casacional a las sentencias dictadas en asuntos tramitados por razón de la cuantía que no alcancen este límite. De esta forma, la doctrina sobre el carácter excluyente de estas dos vías de acceso a la casación (según la interpretación del Tribunal Supremo, los asuntos tramitados por razón de la cuantía nunca podían utilizar, hasta ahora, la vía del interés casacional) queda limitada a las sentencias dictadas en procesos que superen el nuevo límite cuantitativo.

Como en la medida anterior, no se puede discutir la libertad del legislador, pero, teniendo en cuenta la razón de ser de la limitación (liberar de trabajo al Tribunal Supremo), que se suma a las ya existentes (legales e introducidas por dicho tribunal mediante interpretación), quizás deba replantearse el modelo de la casación y, siguiendo los pasos del recurso de amparo constitucional, regular un recurso extraordinario

—o unos recursos extraordinarios— cuya única causa sea el interés casacional y que sea el recurrente quien lo justifique.

- c) *La modificación por enésima vez del juicio de desahucio por falta de pago* mediante las siguientes innovaciones:

— Se incorpora el sistema del juicio monitorio, de modo que, en el caso de que el arrendatario no desaloje el inmueble, pague al actor (o, en caso de pretender la enervación, pague la totalidad de lo que deba o ponga a disposición de aquél en el tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio) o formule oposición tras el requerimiento que haya debido hacerle el secretario judicial tras la admisión de la demanda y previamente a la vista, se pase directamente al lanzamiento, cuya fecha se le comunica en el mismo requerimiento (art. 440.3 LEC), única comunicación procesal necesaria, en la que se contienen los apercibimientos que antes se recogían en la citación para la vista (art. 440.4).

— Como consecuencia, se modifica el artículo 22.4 relativo a la enervación de la acción de desahucio.

- d) *La supresión del límite cuantitativo para el juicio monitorio* (art. 812), adaptando nuestro proceso (monitorio) interno al previsto en las disposiciones comunitarias.

- e) *La vuelta a las causas de oposición a la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales del texto originario de la LEC 2000*. En efecto, se añaden la caducidad de la acción ejecutiva y los pactos y transacciones que se hubiesen convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones, que habían sido suprimidos por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre, consten en documento público.

- f) Se añade una nueva disposición adicional sexta, relativa a la adjudicación de bienes inmuebles, que me limito a transcribir:

«En el caso de las adjudicaciones solicitadas por el acreedor ejecutante en los términos previstos en la sección VI del capítulo IV del título IV del libro III y siempre que las subastas en las que no hubiere ningún postor se realicen sobre bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al cincuenta por ciento de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

Asimismo, en los términos previstos en la mencionada sección y para los citados bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, cuando la mejor postura ofrecida sea inferior al setenta por ciento del valor por el que el bien hubiere salido a subasta y el ejecutado no hubiere presentado postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación del inmueble por el setenta por ciento o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura».

4. Otras modificaciones de la LEC contenidas en la ley que analizamos son las siguientes:

- a) Se incluye dentro de las costas la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional cuando ésta sea preceptiva (art. 241.1.7.º LEC).
- b) La ampliación de los supuestos de tutela sumaria del artículo 250.1.11.º LEC al incorporar los supuestos de arrendamientos de bienes muebles (en general) siempre que estén inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizados en el modelo oficial establecido al efecto; con la modificación pertinente del artículo 439.4 y 441.4.
- c) Se modifica el artículo 449.6 LEC, relativo a la posible subsanación de los requisitos exigidos para recurrir en determinados casos, adaptándolo a la exigencia de acreditación documental del cumplimiento de aquéllos.
- d) Se corrige la redacción —que inducía a confusión— del artículo 454 *bis*, apartado primero, relativo a la irrecurribilidad del decreto del secretario judicial que resuelve el recurso de reposición interpuesto contra diligencias de ordenación y decretos no definitivos.
- e) Se corrige, igualmente, el apartado noveno del artículo 517.2 LEC —norma de cierre o «cajón de sastre» en el que se recogen los demás títulos ejecutivos previstos en la ley procesal civil o en otras leyes—, sustituyendo la expresión «resoluciones judiciales» por «resoluciones procesales» con el fin de incluir los títulos ejecutivos «creados» por el secretario judicial.
- f) Se especifica que el plazo de espera de la ejecución de resoluciones judiciales de condena previsto en el artículo 548 LEC empezará a contar a partir de la firmeza. De este modo se pone fin a la discusión acerca de si el plazo de espera rige o no en la ejecución provisional.
- g) Se aumentan las garantías para las partes en la ejecución cuando la resolución contraria al título ejecutivo es dictada por el secretario judicial, previéndose no sólo el recurso de revisión —previa reposición, dice el nuevo artículo 563.1.II LEC, de manera innecesaria, a mi juicio—, sino también el de apelación frente a la resolución desestimatoria de aquél (del recurso de revisión).
- h) Se modifica el artículo 579 LEC, que, en lo que interesa, queda redactado en los siguientes términos: «... Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución».
 - Se modifica el procedimiento de las tercerías, sustituyéndose el juicio ordinario previsto para ambas por el juicio verbal cuando se trata de la tercería de dominio (art. 599) y por el verbal con contestación a la demanda escrita cuando es la de mejor derecho (art. 617.1).
- i) Se precisa el alcance de la adjudicación de bienes al ejecutante en los casos de subasta sin ningún postor previstos en el artículo 651, estableciéndose de manera tajante lo siguiente: «En ningún caso, ni aun cuando actúe como postor rematante, podrá el acreedor ejecutante adjudicarse los bienes, ni ceder el remate o adjudicación a tercero, por cantidad inferior al treinta por ciento del valor de tasación».
- j) Se modifica el artículo 744.1 LEC precisando las condiciones para mantener la medida cautelar adoptada o adoptar otra nueva en el caso de absolución del demandado por sentencia no firme.
- k) Se dota de preferencia en la tramitación a los procesos previstos en el título I del libro IV de la LEC (*vide* los mismos en el art. 748), «siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal» (art. 753.3).

Solicitud de envío de publicaciones e invitaciones a conferencias y seminarios de Gómez-Acebo & Pombo

Datos personales

Le rogamos que nos indique sus datos a fin de hacerle llegar publicaciones e invitarle a conferencias y seminarios.

Apellidos:	_____
Nombre:	_____
Empresa:	_____
Cargo:	_____
Teléfono:	_____
Correo electrónico:	_____
Dirección postal:	_____

¿Qué temas le interesa que trate la Firma
en futuras conferencias o artículos? _____

GÓMEZ-ACEBO & POMBO

Le rogamos que envíe este documento por fax al n.º 91 582 93 40 a la atención de **Begoña Prieto**, o bien por correo electrónico a **info@gomezacebo-pombo.com**.

Con la aportación de los datos personales que encabezan este formulario, usted consiente expresamente que sean incorporados a un fichero automatizado debidamente inscrito titularidad de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P., con el objeto de identificarle y poder hacerle llegar periódicamente información de los actos y publicaciones que desde la Firma se lleven a cabo. En todo momento usted podrá ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición mediante petición por escrito a tal efecto dirigida a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P., Paseo de la Castellana 216, 28046 Madrid, o bien mediante correo electrónico remitido a **info@gomezacebo-pombo.com**.

BARCELONA

Diagonal, 640
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: 32 (0) 2 231 12 20

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 21 340 86 00

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC4R 1QS Londres
Tel.: 44 (0) 20 7329 5407

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80