

Your World First

C/M/S/

Law.Tax

Referencias Jurídicas

Junio 2017

Referencias Jurídicas

Junio 2017

Artículos de fondo

Competencia y UE

Uber y Cabify: la disyuntiva entre más regulación y liberalización del sector del taxi5
Patricia Liñán, Aida Oviedo y Polina Shishkunova

Posts jurídicos

Corporate / M&A

La Audiencia Provincial de Toledo destaca las diferencias entre la acción de responsabilidad por deudas sociales y la acción individual de responsabilidad8
Tobías Kálnay

Para la inscripción de una escritura de reducción de capital por amortización de acciones propias no es necesario presentar el título en virtud del cual la sociedad adquirió tales acciones10
Iñigo Hernández

Agencia, concesión e indemnizaciones: la jurisprudencia que no cesa12
Alina Martiniva

Apuntes sobre la modificación de la Directiva 2007/36/CEE sobre derechos de accionistas de sociedades cotizadas14
Luis Miguel de Dios

Laboral

La declaración de nulidad del despido en los supuestos de reducción de jornada16
Sergio Quintana y Elena Esparza

Público y Sectores Regulados

El Tribunal Supremo consolida su doctrina sobre los requisitos para interrumpir los suministros domésticos por impago18
María Torres

Obligaciones de las empresas públicas en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público20
José María Pernas

El nuevo régimen de compliance frente a las prohibiciones de contratar del sector público22
Jaime Almenar

Competencia y UE

El Tribunal Supremo reitera su doctrina sobre los límites máximos de imposición de multas en competencia24
Daniel Arribas

La Audiencia Nacional aclara cómo la CNMC debe sancionar a los directivos26
Aida Oviedo

'Zero-rating' y el mantenimiento del 'statu quo'28
Daniel Arribas

Inmobiliario y Construcción

De nuevo el mutuo disenso30
Nerea Sanz





Uber y Cabify: la disyuntiva entre más regulación y liberalización del sector del taxi

Patricia Liñán, Aida Oviedo y Polina Shishkunova

La aparición de nuevos modelos económicos en el sector de los transportes urbanos ha reavivado el debate sobre la regulación de los servicios de taxi, enfrentando a los partidarios de la liberalización de un sector que tradicionalmente ha estado sometido a una intensa intervención pública contra los defensores de esa ordenación del mercado. Los nuevos modelos de negocio de empresas como Uber o Cabify han propiciado numerosas reacciones jurisdiccionales y legislativas en todos los países de la Unión Europea. En un clima de mucha tensión, la solución no es fácil de prever, si bien habrá que estar a lo que establezcan las autoridades de competencia y los tribunales de la Unión Europea y de sus Estados miembros.

Compañías como Uber y Cabify, pero también iniciativas nacionales como Lyft (EE.UU), LeCab (Francia) u Ola Cabs (Italia), conectan a través de una aplicación móvil o de una plataforma online a un pasajero que quiere llegar desde su ubicación a un punto determinado con un conductor dispuesto a realizar el trayecto a cambio de una remuneración. En el marco de este mercado de dos caras, los intermediarios ofrecen servicios de distinta gama en función de las características del vehículo y de los servicios adicionales que se ofrezcan.

La entrada en el mercado del transporte urbano de estas *start-ups* tecnológicas ha generado una fuerte oposición de los taxistas, quienes han convocado huelgas y paros en señal de protesta. Además, numerosas asociaciones han presentado demandas por competencia desleal, alegando que esas empresas se estarían prevaleciendo de ventajas competitivas adquiridas por la infracción de leyes, en concreto, al operar sin las licencias y los seguros exigidos y en violación de la normativa laboral y fiscal, especialmente por la contratación de conductores como falsos autónomos.



mos y por la tributación de esas empresas intermediarias en paraísos fiscales.

La legislación española contempla dos tipos de licencias para el transporte profesional de pasajeros en vehículos de menos de nueve plazas: la licencia de taxi y la licencia de vehículos de transporte con conductor (VTC). Ambas son concesiones públicas otorgadas por la Administración mediante el abono de una tasa de importe no muy elevado (inferior a los 60 euros para las VTC), pero la limitación del número de licencias activas en función de la población y la posibilidad de transmitir las ha dado lugar a un mercado secundario en el que una licencia de taxi puede alcanzar los 170.000 euros y una VTC los 30.000 euros aproximadamente.

Desde su aparición en España, Cabify ha operado mediante licencias VTC, mientras que Uber ha diversificado su oferta, añadiendo a su servicio inicial UberPop, prestado por conductores particulares, otros servicios de gama superior cuyos conductores sí disponen de licencias VTC. Frente a ello, las asociaciones de taxistas denuncian el incumplimiento por parte de la Administración de la norma que solo permite que se conceda una licencia VTC por cada 30 licencias de taxi, mientras que según la información disponible la proporción entre 2009 y 2013 es superior al doble, como consecuencia del vacío legal causado por una desregularización temporal del sector.

Por su parte, las autoridades de defensa de la competencia han adoptado una postura favorable a la entrada en el mercado de estos nuevos modelos de negocio, considerando que suponen una diversificación de la oferta que otorga una mayor libertad de elección a los consumidores en un mercado tradicionalmente homogéneo.

Así por ejemplo, la Comisión Europea ha hecho referencia a estas iniciativas en la Agenda para la Economía Colaborativa publicada el 2 de junio de 2016, instando a las autoridades nacionales a adaptar sus legislaciones a la nueva realidad del mercado y a contemplar la prohibición de este tipo de plataformas sólo como último recurso. No obstante, esta postura ha sido matizada en los últimos tiempos por la Comisaria Europea de Competencia Margrethe Vestager, que en una rueda de prensa el pasado 17 de mayo manifestó que ello no debe tampoco traducirse en una ausencia total de regulación, sino que se espera que Uber cumpla con la normativa fiscal, laboral y en materia de seguros, como cualquier otra empresa que actúa en el mercado.

En España, a finales de 2014, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") inició un proceso de consulta pública para la elaboración de un informe sobre economía colaborativa con el objetivo de presentar las propuestas para la adaptación del sector a los nuevos modelos económicos. Sin embargo, tras la polémica suscitada por la publicación en marzo de 2016 de un primer borrador, en el que se abogaba por la liberalización del sector del taxi (proponiendo la supresión de la limitación del número de licencias y la abolición de la tarificación fija), el carácter controvertido de la cuestión ha impedido a la CNMC presentar un documento definitivo.

En paralelo al proceso de consulta pública, la CNMC ha presentado varios recursos contra distintos actos normativos. Así por ejemplo, en abril de 2016, la CNMC interpuso un recurso contra los artículos del Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres que limitan a nivel nacional el número de licencias VTC, posicionándose de nuevo a favor de la integración efectiva de Uber y Cabify en el mercado (el recurso está pendiente de re-

solución ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo). En el mes de mayo del año corriente, la CNMC impugnó el Decreto de la Generalitat de Cataluña sobre las aplicaciones para reservar taxis a través del móvil u otros dispositivos por limitar la entrada y capacidad de competir en los servicios de mediación del taxi. Y en el mes de junio, ha interpuesto otro recurso ante la Audiencia Nacional denunciando que la limitación de los vehículos de taxi, con carácter general, a un máximo de cinco plazas que establece la normativa aplicable de la Comunidad de Madrid es contraria a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Desde el punto de vista del derecho de competencia desleal, el servicio UberPop es el que ha planteado más problemas. En efecto, en esta variante *low cost* de los servicios ofrecidos por Uber, los conductores son particulares que transportan pasajeros en sus propios vehículos, sin disponer de ningún tipo de licencia que los habilite para prestar servicios de transporte. Hay al menos dos procedimientos en los que se cuestiona la lealtad de Uber en la prestación de servicios a través de UberPop. El primero, ante la Audiencia Provincial de Madrid, que confirmó la suspensión cautelar del servicio mientras se resuelve la cuestión. Y el segundo, ante el Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona, y que ha llegado al TJUE a través de una cuestión prejudicial planteada por el juez sobre si el servicio prestado por Uber a través de la aplicación UberPop es un servicio de la sociedad de la información o una prestación de transporte a la luz del derecho de la Unión Europea.

El pasado 11 de mayo, el Abogado General Szpunar, encargado de pronunciarse sobre el asunto ante el TJUE, manifestó que la actividad de Uber a través de UberPop podría entenderse como de servicio mixto, formado por un servicio de conexión entre conductores y pasajeros mediante una aplicación para teléfonos móviles y un servicio de transporte –siendo éste el elemento principal desde el punto de vista económico–. En consecuencia, con ello propuso calificar a Uber como organizador y operador de un servicio de transporte urbano. Aunque se trata de un dictamen preliminar no vinculante para el Tribunal de Justicia, su publicación ha supuesto otro revés para la compañía. En efecto, si la sentencia definitiva adoptase la misma posición, Uber no podría operar su servicio UberPop sin obtener previamente las licencias exigidas por la normativa española, pues los servicios de transporte no se benefician de la libre prestación de servicios en la misma extensión que los servicios de la sociedad de la información.

También en países de nuestro entorno la aparición de aplicaciones que ponen en relación la oferta y la demanda en el sector de los transportes ha propiciado numerosas reacciones jurisdiccionales y legislativas. El servicio *low cost* UberPop ha sido prohibido por los tribunales en Alemania, Bélgica, Bulgaria y los Países Bajos. En otros países, como Francia, Dinamarca y Hungría, los Parla-

mentos nacionales han decidido imponer una regulación estricta del sector, que ha supuesto la prohibición del servicio o su retirada de facto del mercado por la imposibilidad de respetar las condiciones impuestas para seguir operando.

Los servicios prestados por conductores que sí disponen de licencias (UberX o UberBlack, o los servicios de Cabify) también han sido igualmente objeto de crítica por carecer de los seguros necesarios y no respetar las normas fiscales y laborales aplicables al sector del taxi. En abril, un tribunal de Roma anuló la prohibición de todos los servicios de Uber a nivel nacional por competencia desleal que había acordado un tribunal inferior hace dos años. Por su parte, el Tribunal Federal de Justicia de Alemania ha planteado recientemente una cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la compatibilidad con el derecho europeo de la prohibición judicial del servicio de alta gama UberBlack. Mientras tanto, el parlamento belga ha iniciado un proyecto de regulación del sector para legalizar formalmente los servicios prestados por conductores con licencia a través de este tipo de plataformas.

En medio de un ambiente generalmente hostil a estos nuevos modelos económicos, el pasado 30 de mayo, la Federación Española del Taxi ha pedido ante todos los grupos parlamentarios una revisión del marco jurídico del servicio público del taxi y una mejor regulación de las actividades de intermediación del transporte urbano de viajeros. Entre las peticiones presentadas para aumentar la competitividad y calidad del servicio, respetando las licencias y tarifas públicas, destaca la creación de una plataforma digital pública de reserva de taxis.

En definitiva, la aparición de estos nuevos operadores del transporte urbano ha hecho temblar los cimientos que sustentan la rígida ordenación del sector, iniciando una batalla por la liberalización del mercado cuyo final no es fácil de prever.

La Audiencia Provincial de Toledo destaca las diferencias entre la acción de responsabilidad por deudas sociales y la acción individual de responsabilidad

Tobías Kálnay
Departamento de Corporate / M&A

En la Sentencia de 29 de marzo de 2017, la Audiencia Provincial de Toledo se pronuncia sobre el carácter objetivo o cuasi objetivo de la responsabilidad por deudas sociales frente al requisito de la relación de causalidad en la acción individual de responsabilidad.

La Sentencia estima el recurso interpuesto por el administrador contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Toledo que estimó la demanda de responsabilidad social por deudas posteriores a una causa legal de disolución y desestimó la acción individual de responsabilidad.

La Sala se refiere en concreto a la interpretación de la responsabilidad solidaria de los administradores establecida en el artículo 367 LSC, cuya finalidad es instar la disolución o, en su caso, el concurso de acreedores para retirar del tráfico jurídico a las sociedades que, por estar incursas en una causa de disolución, ponen en peligro el mercado y los intereses de socios y terceros.

Esta responsabilidad no depende de una relación de causalidad entre el incumplimiento del deber de disolver en los casos fijados en la ley y una deuda, sino de la convergencia de unos requisitos que la convierten en una responsabilidad objetiva o cuasi objetiva: la existencia de una deuda reclamada; la condición de administrador del demandado; la presencia de una causa de disolución y el incumplimiento de la obligación del administrador de convocar la junta para acordar la disolución en el plazo de dos

meses desde que se produzca la causa de disolución, o de instar la disolución judicial en el plazo de dos meses desde que se debió celebrar o se celebró la junta, en el supuesto de que el acuerdo haya sido contrario a la disolución.

Todos los mencionados requisitos concurren en el caso que ocupa a la Sentencia, sin embargo es necesario un quinto requisito, que exige que la deuda sea posterior a la causa de disolución, aunque existe una presunción de posterioridad de las deudas sociales y la carga de probar que son anteriores corresponde al administrador. En el presente supuesto la causa de disolución existe desde 2008 y, aunque el Juzgado de lo Mercantil había calificado la deuda como posterior, entendiendo que existe desde 2011 cuando se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social que analizaba el accidente laboral sufrido por el demandante, la Sala entiende, basándose en jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, que la deuda nace en 2006, momento en que se produce el accidente laboral, siendo la sentencia del Juzgado de lo Social únicamente declarativa de una obligación previa de la que solo debería responder la sociedad y no sus administradores.

En definitiva, no concurren todos los requisitos exigidos para la responsabilidad solidaria de los administradores por deudas de la sociedad y en consecuencia la Sala estima el recurso interpuesto.

No obstante, también la parte demandante había presentado recurso de apelación, relativa a la desestimación de la acción de responsabilidad individual del artículo 241 LSC.

La Sala, remitiéndose a la Sentencia del Tribunal Supremo 253/2016, de 18 de abril, califica dicha acción como una aplicación especial en el marco societario de la respons-



Para que responda el administrador por una deuda social, anterior a la causa de disolución, sin oponerse a los principios fundamentales de las sociedades de capital, debe existir un nexo causal entre el daño y el hecho antijurídico.

abilidad extracontractual teniendo que reunir para su aplicación seis requisitos: una acción u omisión del administrador; que se pueda atribuir al administrador como tal; que el comportamiento alegado sea contrario a la Ley, a los estatutos sociales o a la diligencia exigible a un ordenado empresario; que la conducta pueda ocasionar daños; que el daño sea sufrido por un tercero y, finalmente, que exista una relación causal entre el comportamiento del administrador y la lesión provocada al tercero.

Explica la Sentencia que, para que responda el administrador por una deuda social, anterior a la causa de disolución, sin oponerse a los principios fundamentales de las sociedades de capital, debe existir un nexo causal entre el daño y el hecho antijurídico. La Audiencia enfatiza que no basta con alegar la inactividad de hecho de la sociedad y la falta de presentación de las cuentas anuales desde 2008, sino que es imprescindible probar la causalidad entre el impago de la deuda de 2006 y las señaladas conductas antijurídicas. Pero esta relación entre la conducta omisiva de los administradores y el impago de la deuda no se consigue probar en el presente caso.

Lo mismo sucede en relación a la segunda infracción alegada por la parte demandante sobre la obligatoriedad de la contratación de un seguro de responsabilidad civil. La Sala no interpreta que el artículo 24 del convenio colectivo de la construcción para la provincia de Toledo de 2002, que alega el demandante, prevea la obligatoriedad de la concertación del indicado seguro, de ahí que la falta de seguro no puede ser negligente si el administrador actúa conforme a derecho.

Estos fundamentos, la falta de causalidad y la falta de negligencia o de una conducta antijurídica, llevan a la Sala

a desestimar el recurso del demandante también en relación a la acción de responsabilidad individual, quedando en conclusión el administrador indemne de responsabilidad en ambos casos.

Para la inscripción de una escritura de reducción de capital por amortización de acciones propias no es necesario presentar el título en virtud del cual la sociedad adquirió tales acciones

Iñigo Hernáez
Departamento de Corporate / M&A

La Resolución de la DGRyN de 11 de mayo de 2017 se ocupó de un caso en el que el Registrador calificó negativamente la escritura por la que se elevaban a público los acuerdos sociales adoptados por una sociedad anónima por los cuales se redujo el capital social mediante la amortización de las acciones de la sociedad. Dichas acciones propias fueron adquiridas en virtud de una permuta.

El registrador consideró que para poder calificar el acuerdo de reducción del capital social debía aportarse la escritura de permuta en la que constase la autorización de la junta a dicha permuta.

La DGRyN, con carácter previo al análisis del fondo del asunto, dedica varios párrafos a recordar la doctrina referente a la necesaria justificación que toda nota de calificación defectuosa debe contener. Es probable que la Dirección General no hubiese considerado suficiente la argumentación en que se fundamentó la negativa original. En la sección descriptiva de los Hechos se percibe que el registrador justificó su exigencia de aportación de la escritura de permuta en la doctrina de la DGRyN que autoriza al registrador a solicitar los documentos complementarios que son causa del negocio jurídico que se pretende inscribir. En la medida en que la permuta, continuaba la calificación, formó parte de la operación de reducción de capital y es la causa subyacente de la misma, ya que esa adquisición permite la reducción de capital

por amortización de acciones, debe ser asimismo calificada por el registrador. No podemos saber, sin embargo, si lo que el registrador pretendía verificar era la validez de la escritura de permuta en sí misma, el acuerdo de junta que se incluía en la misma o comprobar si en el acuerdo social contaba la autorización a la sociedad para adquirir sus propias acciones mediante permuta. En todo caso, el registrador se distrajo de la cuestión jurídica relevante objeto del recurso.

Por lo que se refiere al fondo del asunto, la Dirección General, sin que quizá fuese necesario, dedica varios y extensos párrafos a tratar del régimen general de la autocartera. Comienza tratando de los diferentes supuestos que pueden darse según se trate de un tipo u otro de adquisición de acciones propias. Continúa haciendo referencia a la reducción de capital mediante la amortización de acciones propias y a su conexión con el derecho de oposición de acreedores. Por último, también se refiere a la necesidad de dispensar un trato igualitario a los accionistas en el marco de la adquisición de acciones propias.

Merece la pena aclarar este último aspecto relativo a la igualdad de trato. La igualdad de trato de todos los accionistas es un principio que ha de respetarse por los órganos sociales en cualquier caso, incluyendo en el supuesto de adquisición de acciones propias. Como se menciona en la Resolución, el accionista que se sienta discriminado podrá ejercitar la acción social de responsabilidad frente a los administradores, ya que el derecho a la igualdad de trato es un derecho subjetivo de los accionistas y son ellos quienes, libremente, podrán decidir exigir su respeto. Pero lo que es importante resaltar aquí es que todo ello es ajeno a la validez del



No puede exigir el Registro que se le demuestre que la sociedad adquirió con justo título y modo las acciones. Las transmisiones de acciones no tienen reflejo en la hoja registral y nada cambia, lógicamente, cuando el adquirente no es un tercero sino que es la propia sociedad.

acuerdo de reducción de capital cuya inscripción se solicita y, por tanto, queda al margen del control registral, que debería limitarse al citado acuerdo de la junta de reducción de capital.

Y es que, en definitiva, en esta Resolución se trata de resolver sobre, precisamente, el alcance del control registral y no sobre otras cuestiones referidas al régimen de la autocartera, la protección de los acreedores o la igualdad de trato de los accionistas. En la reducción de capital por amortización de acciones propias, el control registral tan sólo puede atender al proceso final, a la validez del acuerdo en sí, pero sin que pueda extenderse a valorar el proceso previo por el que se procedió a la formación de la autocartera. A los efectos de la calificación registral de la reducción de capital, es irrelevante que la adquisición fuera por permuta o por otra causa, o que fuera o no regular, ya que el título de propiedad en virtud del cual la sociedad adquirió sus propias acciones no puede ser objeto de calificación, porque las transmisiones de las acciones (o participaciones) no son objeto de inscripción. De este modo, no puede exigir el Registro que se le demuestre que la sociedad adquirió con justo título y modo las acciones. Las transmisiones de acciones no tienen reflejo en la hoja registral y nada cambia, lógicamente, cuando el adquirente no es un tercero sino que es la propia sociedad.

Agencia, concesión e indemnizaciones: la jurisprudencia que no cesa

Alina Martiniva
Departamento de Corporate / M&A

En la reciente STS 1911/2017 del 19 de mayo de 2017, el TS, vuelve a ocuparse de si, en caso de una resolución unilateral por el concedente de un contrato de distribución, procede una indemnización por (i) clientela, (ii) por falta del preaviso debido, así como (iii) el mantenimiento por el distribuidor de un determinado stock de productos objeto de distribución.

En el caso, se trataba de un contrato verbal de distribución en exclusiva y con duración indefinida, suscrito en el año 1993. El acuerdo entre las partes no preveía un plazo de preaviso alguno para su denuncia unilateral por cualquiera de ellas. Con fecha 31 de julio de 2011, el concedente, sin que mediase un incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del distribuidor, decidió resolver unilateralmente el contrato, notificándolo a éste último con dos meses de antelación. El distribuidor interpuso una demanda, por la que suplicó al Juzgado de Primera Instancia número 64 de Madrid que condenase al concedente al pago de los importes por los siguientes conceptos: la indemnización por clientela, la indemnización por falta de preaviso, el importe de la valoración del stock, las inversiones no amortizadas y los *bonus* impagados de acuerdo con los objetivos del año 2010.

Como era de esperar, la cuestión se terminaría centrando en la aplicación analógica de los artículos 25 y 28 de la LCA a los contratos de distribución. El TS vuelve a insistir

en que la aplicación analógica de la LCA no es automática y debería efectuarse con base en las características particulares del contrato en cuestión. En este sentido, respecto de la procedencia de la indemnización por clientela, debería plantearse si la actividad comercial del distribuidor puede *"generar o favorecer al concedente una clientela que, a su vez, puede resultar fidelizada"*, lo que, en el caso, recibe una respuesta afirmativa. En cuanto a su cálculo, cabe recordar que la indemnización por clientela del artículo 28 de LCA aplicable por analogía al contrato de distribución se calcula sobre los beneficios netos obtenidos por el distribuidor y, de ningún modo, sobre las cantidades brutas.

Por lo que se refiere a la procedencia de la indemnización por falta de preaviso, la respuesta igualmente variaría atendiendo a las circunstancias de cada caso. Tratándose de un contrato en exclusiva de duración indefinida que regulaba la relación de las partes durante largo periodo de tiempo, en caso de su denuncia unilateral por parte del concedente, al distribuidor le resulta más difícil reorientar su actividad comercial sin que ello le ocasione daños y perjuicios. Según la doctrina reiterada por el TS en numerosas sentencias (239/2010, de 30 de abril, 378/2010, de 22 de junio y 1911/2017, de 19 de mayo de 2017, objeto del presente análisis), *"(...) un ejercicio de la facultad resolutoria de una forma sorpresiva o inopinada, sin una margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho, o constitutiva de conducta desleal incurrida en la mala fe en el ejercicio de los derechos, que si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios"*. Atendiendo a las circunstancias del presente caso, el TS llegó a la conclusión de que el plazo de preaviso debería



En relación con el stock de productos mantenido por el distribuidor, el TS pone de manifiesto que la obligación del concedente de adquirir el stock del distribuidor no puede ser considerada un elemento natural del contrato, por lo que debería ser interpretado conforme a las exigencias de buena fe en cada caso particular.

haber sido de seis meses por analogía con el establecido en el artículo 25 de la LCA, que, a falta de regulación específica para la figura del contrato de distribución, sirve como mero referente para determinar el carácter adecuado y razonable del plazo de preaviso en cada caso concreto. Resulta de especial importancia el hecho de que procede indemnizar no sólo el daño emergente que derive de la falta de tal preaviso, sino también el lucro cesante sufrido por el distribuidor como su consecuencia.

Por último, en relación con el stock de productos mantenido por el distribuidor, el TS pone de manifiesto que la obligación del concedente de adquirir el stock del distribuidor no puede ser considerada un elemento natural del contrato, por lo que debería ser interpretado conforme a las exigencias de buena fe en cada caso particular. Para el presente supuesto, teniendo en cuenta (i) la existencia de la obligación de mantenimiento de un determinado stock, (ii) la larga duración de la relación negocial, (iii) el régimen de distribución en exclusiva y (iv) la falta de preaviso razonable, el TS llega a la conclusión de la procedencia de la indemnización por tal concepto. Se limita, en todo caso, al daño emergente sufrido por el distribuidor, que se calcula con relación al precio de adquisición de tales productos.

A modo de conclusión, a falta de la regulación normativa específica que regulase la figura del contrato de distribución, la jurisprudencia del TS nos permite dar respuesta a determinadas dudas que surjan en relación con su denuncia unilateral. No obstante, el carácter casuístico de la jurisprudencia no elimina la incertidumbre que puede producirse en determinados casos y, por tanto, no puede ser un garante adecuado para la seguridad jurídica en las relaciones entre el concedente y distribuidor.

Apuntes sobre la modificación de la Directiva 2007/36/CEE sobre derechos de accionistas de sociedades cotizadas

Luis Miguel de Dios
Departamento de Corporate / M&A

Publicado en Actualidad Jurídica Aranzadi,
revista número 930.

En los últimos años los derechos de los accionistas de las sociedades cotizadas han sido objeto de atención preferente por la Unión Europea. Ello se concretó, entre otros, en la Directiva 2007/36/CEE, que ahora ha sido objeto de reforma por la Directiva 2017/828, de 17 de mayo de 2017. La reforma, que focaliza su atención en cuatro cuestiones, debe ser ahora objeto de trasposición, lo cual, previsiblemente, implicará la modificación de la LSC.

1. Información sobre la identidad de los accionistas. Se reconoce el derecho de las sociedades a conocer la identidad de sus accionistas que tengan, al menos, un 0,5%, de las acciones o derechos de voto. Se pretende, así, facilitar la comunicación directa entre accionista y sociedad, como cauce para una mayor implicación societaria, evitando las dificultades derivadas de *"complejas cadenas de intermediarios"*. Por ello, se impone a los intermediarios –incluidos, los depositarios centrales de valores– la obligación de comunicar a las sociedades los datos identificativos de tales accionistas –nombre, datos de contacto del accionista y número de acciones. Este derecho, que ha de entenderse referidos a los accionistas últimos o titulares reales, podría plantear cuestiones prácticas, en el caso en que accionistas no inscritos en los registros de anotaciones en cuenta de Iberclear pretendieran ejercer los derechos de accionista. En última instancia, esta regulación supone una concreción y ampliación del art. 497 LSC.

2. Ejercicio del derecho de voto. La Directiva prevé el derecho expreso del accionista a recibir confirmación del voto que emitió por vía electrónica, así como a comprobar que su voto fue efectivamente registrado y contabilizado. Por otra parte, la nueva Directiva somete a los inversores institucionales y a los gestores de activos a diversas normas de transparencia, entre las que se encuentra el deber de publicar información sobre la aplicación de su política de implicación y, en particular, el modo en que han ejercido el voto –salvo, en este último caso, que se trate de un voto poco relevante por razón de la materia o la reducida posición accionarial en la sociedad. En esta misma línea, y haciéndose eco de la notable influencia que han cobrado los asesores de voto –*proxy advisors*– se les impone el deber de aportar y mantener accesible al público, durante al menos tres años, información sobre la aplicación del código de conducta al que puedan estar sujetos, así como la obligación de revelar datos sustanciales de la labor de análisis, asesoramiento y recomendación de voto, incluyendo cualquier conflicto de interés en el que pudieran estar incurso.

3. Política de remuneración. La nueva Directiva mantiene los fundamentos de la regulación sobre remuneración de los administradores, basados en de la necesidad de aprobar una política de remuneración y un informe anual sobre su aplicación. La política debe ser pública y describir los diferentes componentes de la remuneración, que deberán comprender criterios de rendimiento financiero y no financiero, incluyendo factores medioambientales, sociales y de gestión. Su contenido debe ser objeto de votación vinculante en junta, aunque existe la posibilidad de que los Estados miembros le otorguen carácter no



La nueva Directiva establece una regulación sobre las operaciones relevantes con partes vinculadas. A tal efecto, los Estados miembros deberán establecer indicadores cuantitativos para identificar las operaciones afectadas.

vinculante. En este último caso, si fuera rechazada, la sociedad deberá someter a votación una nueva política en la junta siguiente. Por su parte, el informe anual deberá incluir una descripción completa y desglosada de la remuneración completa percibida por cada administrador durante el último ejercicio y ser sometido a la junta. En el caso de que el acuerdo fuera negativo, la sociedad deberá explicar, en el siguiente informe, cómo se ha tomado en consideración el voto de los accionistas. Alternativamente, los Estados miembros podrán establecer, para sociedades pequeñas y medianas, que el informe de remuneración del último ejercicio se presente a la junta como punto independiente del orden del día, únicamente para su debate.

4. Operaciones vinculadas en grupos de sociedades.

La nueva Directiva, finalmente, establece una regulación sobre las operaciones relevantes con partes vinculadas. Estas deben ser publicadas y quedan sometidas a la aprobación de la junta o del órgano de administración o supervisión, con sujeción a procedimientos que garanticen los intereses de la propia de sociedad y de los accionistas no vinculados –en particular, de los minoritarios. A tal efecto, los Estados miembros deberán establecer indicadores cuantitativos para identificar las operaciones afectadas. Se prevé, además, la no participación del administrador o accionista afectado en la votación o aprobación de la operación en cuestión. Sin embargo, los Estados miembros podrán permitir la participación de los accionistas afectados, cuando la legislación nacional prevea garantías adecuadas.



La declaración de nulidad del despido en los supuestos de reducción de jornada

Sergio Quintana y Elena Esparza
Departamento de Laboral

La reciente sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2017 reitera el criterio mantenido por esta Sala en casos anteriores: el despido injustificado de trabajadores con reducción de jornada por cuidado de familiares es siempre nulo.

La cuestión debatida en la referida sentencia de 18 de abril se centraba en determinar si el despido objetivo de una trabajadora con reducción de jornada cuyas causas no resultaron acreditadas debía declararse improcedente, como ocurre con los trabajadores que no disfrutaban de esta reducción, o nulo.

El supuesto de hecho concreto de dicha sentencia es el de una trabajadora que venía disfrutando de una reducción de su jornada de trabajo por cuidado de familiar desde el año 2011. En febrero de 2013 la trabajadora solicitó un cambio de su jornada reducida al turno de tarde. Al mes siguiente, la empresa extinguió su contrato por causas objetivas, en particular, por faltas de asistencia al trabajo como consecuencia de varios procesos de incapacidad temporal.

El juzgado que conoció del caso en instancia declaró el despido nulo al no haberse acreditado la causa objetiva alegada en la carta de despido, no sin antes señalar que la protección que ofrece el Estatuto de los Trabajadores a los empleados con reducción de jornada por guarda legal, o por cuidado de un familiar, se traduce en la declaración de nulidad de los despidos que, de otro modo, serían improcedentes.

Frente a la sentencia de instancia, la empresa interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el cual revocó el fallo y declaró el despido improcedente.

Finalmente, la demandante interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, solicitando que se declarara la nulidad de su despido.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en este punto, se remite a algunos de sus pronunciamientos anteriores (Sentencias de 16 de octubre de 2012, 25 de enero de 2013, 25 de noviembre de 2014 y 20 de enero de 2015), los cuales constituyen una consolidada doctrina que viene manteniendo que la falta de justificación del despido en los supuestos de trabajadores con reducción de jornada por guarda legal o por cuidado de un familiar, determina de manera automática la nulidad del despido.

No obstante, dicha nulidad objetiva no debe entenderse como un blindaje absoluto frente al despido disciplinario o a la extinción del contrato por causas objetivas.

Así, son numerosos los pronunciamientos judiciales que, en supuestos de acreditados incumplimientos de sus obligaciones por parte del trabajador, han declarado la procedencia del despido de los trabajadores con reducción de jornada, pudiendo citarse como ejemplos la Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 31 de octubre de 2016 (en un supuesto de transgresión de la buena fe contractual), del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 31 de enero 2012 (supuesto de deslealtad por parte del trabajador) y del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 29 de enero de 2010 (desobediencia reiterada del trabajador).

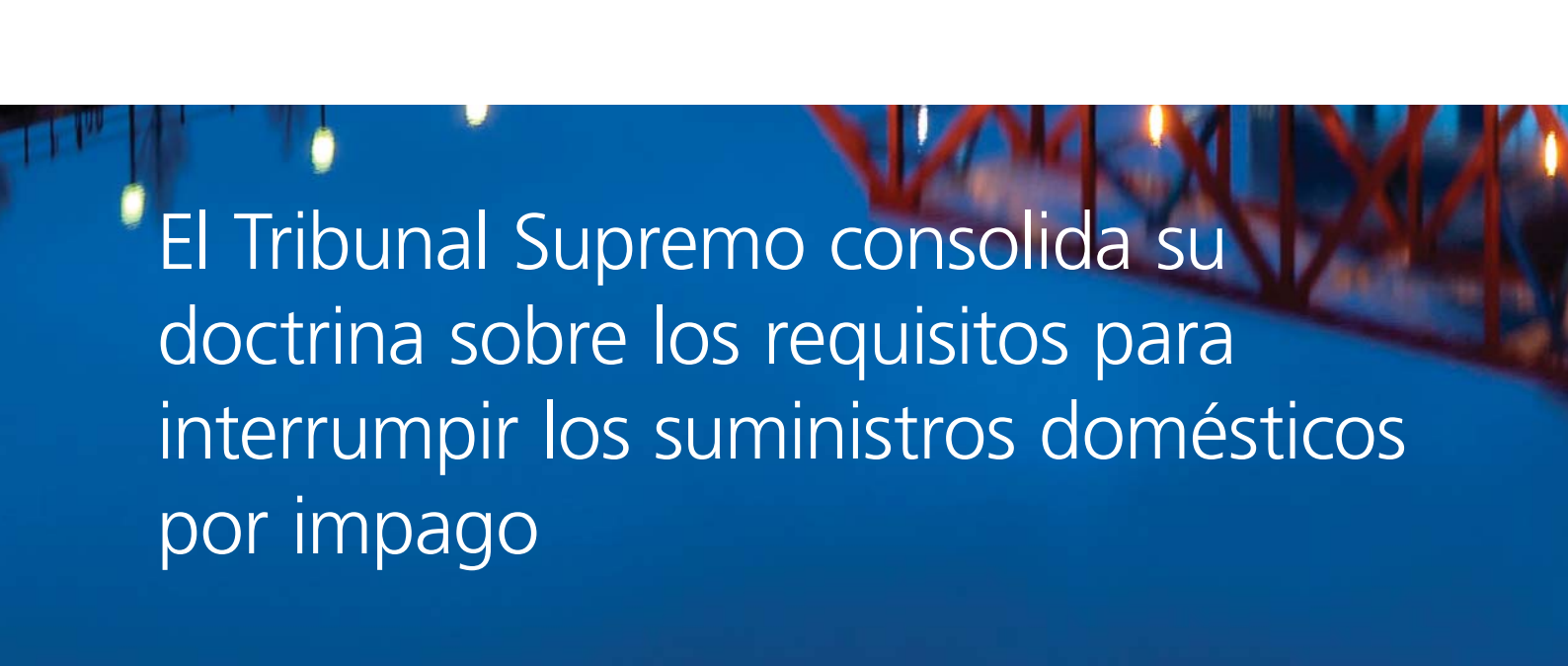


La única particularidad que afecta a los trabajadores con reducción de jornada se centra en la calificación de sus despidos, ya que en el supuesto de que no estén justificados las causas objetivas o disciplinarias de la carta de despido, éste será automáticamente nulo y no improcedente.

Por tanto, los trabajadores con reducción de jornada se encuentran sometidos al mismo régimen disciplinario que el resto de trabajadores de la empresa y, en consecuencia, podrán adoptarse contra ellos las medidas disciplinarias previstas en el convenio colectivo aplicable para cada uno de los incumplimientos laborales, incluido el despido disciplinario.

Lo mismo debe entenderse en relación con la extinción de sus contratos de trabajo por causas objetivas. Sobre la procedencia de los despidos objetivos de trabajadores con reducción de jornada, es especialmente ilustrativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 28 de marzo de 2014 que vino a declarar que *"como quiera que el Juzgado declaró la procedencia del despido de la demandante, para calificarlo de nulo primero ha de apreciarse que la decisión extintiva es injustificada [...]"*.

A modo de conclusión, puede afirmarse que la única particularidad que en esta materia afecta a los trabajadores con reducción de jornada se centra en la calificación de sus despidos, ya que en el supuesto de que no estén justificados las causas objetivas o disciplinarias de la carta de despido, éste será automáticamente nulo y no improcedente.



El Tribunal Supremo consolida su doctrina sobre los requisitos para interrumpir los suministros domésticos por impago

María Torres
Departamento de Derecho Público y Sectores Regulados

En su reciente Sentencia de 9 de marzo de 2017, el Tribunal Supremo se pronuncia una vez más sobre la interpretación de los requisitos exigidos para proceder al corte de suministro de gas por impago de los usuarios.

La Sentencia viene a confirmar la sanción pecuniaria impuesta a la empresa distribuidora de gas natural por incumplimiento del procedimiento legalmente establecido para el corte de suministro de gas a los clientes morosos.

El Alto Tribunal se refiere en concreto a la interpretación de lo establecido en el artículo 57 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural.

Este precepto permite a las empresas distribuidoras suspender el suministro de gas a los consumidores, sin resolver el contrato, cuando éstos hayan incumplido su obligación de pago.

Ahora bien, para poder llevar a cabo el corte de suministro, la distribuidora ha de cumplir una serie de requisitos, a saber, (i) requerir fehacientemente el pago y (ii) que transcurran al menos dos meses desde dicho requerimiento sin que el pago se haya hecho efectivo.

El requerimiento, según el citado artículo, se ha de practicar por cualquier medio que permita tener cons-

tancia de la recepción por el interesado. Además, la comunicación debe precisar la fecha a partir de la que se interrumpirá el suministro.

El Alto Tribunal, remitiéndose a la resolución sancionadora y a la sentencia impugnada en el asunto en cuestión, considera vulneradas las exigencias a que alude el referido precepto en la medida en que, en el período examinado, la empresa distribuidora no requirió fehacientemente el pago de las facturas, ni notificó fehacientemente el corte de suministro, ni precisó la fecha en la que se iba a producir dicho corte.

Especial hincapié hace la Sentencia en relación con este último extremo, esto es, la necesidad de que en la comunicación de la empresa distribuidora conste el día exacto en que tendrá lugar el corte de suministro. Y a este respecto, acogiendo la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2012, afirma que la expresión “la fecha a partir de la que se interrumpirá” del artículo 57 citado, se refiere a la fecha exacta y concreta – día cierto y determinado– en el que se cortará el suministro, y no al día a partir del cual la empresa suministradora puede realizarla (interpretación ésta mantenida por la empresa de gas).

Así, el Tribunal Supremo exige que en la comunicación por la que se requiere el pago al consumidor se haga constar el día concreto en que la empresa realizará la desconexión de la red de suministro.

Por otra parte, y en cuanto a la falta de requerimiento fehaciente, señala la Sentencia que las comunicaciones a los clientes no se realizaron mediante correo certificado o burofax –medios que permitirían acreditar la recepción por



El régimen que se impone a las Administraciones Públicas admite la posibilidad de atribuir efectos fehacientes a la notificación infructuosa debidamente intentada.

el destinatario–, añadiendo que tampoco constaba la firma de recibí por parte de dichos destinatarios.

Este último inciso –que parece exigir la firma de recibí de los destinatarios para que se considere que el requerimiento ha sido fehaciente– podría no obstante plantear algunas dudas, toda vez que lo que el precepto dispone es que la comunicación se lleve a cabo a través de un medio que “permita tener constancia” de la recepción, pero no exige dicha constancia.

Se trataría por tanto de una obligación de medios -intentar la comunicación por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción- y no de resultado -que se produzca la efectiva recepción de la comunicación por el destinatario-.

Esta obligación de medios se concretaría en la utilización de un medio de comunicación que sea apto para producir dicha constancia –como el correo certificado o burofax a que alude la propia Sentencia–.

No parece por tanto que pueda inferirse que la constancia de la recepción (la firma de recibí por los destinatarios) sea una *conditio sine qua non* para proceder al corte de suministro, pues ello constituiría sin duda una exigencia desproporcionada.

De hecho, el régimen que se impone a las Administraciones Públicas admite la posibilidad de atribuir efectos fehacientes a la notificación infructuosa debidamente intentada.

Por ello, y partiendo de la premisa de que no cabe imponer al particular obligaciones más gravosas que las que pesan sobre la Administración, en los casos en que el intento de

requerimiento adecuadamente realizado hubiere resultado infructuoso, habría de considerarse suficiente la acreditación de que dicho intento se ha practicado correctamente y así considerar cumplido el requisito del artículo 57.



Obligaciones de las empresas públicas en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público

José María Pernas
Departamento de Derecho Público y Sectores Regulados

Las empresas públicas son generalmente entidades que escapan a las exigencias más relevantes de la normativa de contratación pública. En este post se analiza su régimen jurídico en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

Las empresas públicas (además de las fundaciones públicas) son los entes del sector público más desconocidos para el gran público, quizás porque su forma jurídica mercantil no permite distinguir a primera vista cuáles son sus obligaciones desde el punto de vista del derecho público. Se calculaba que en 2015 existían todavía 1472 empresas públicas en las entidades locales, 736 en las Comunidades Autónomas, y 217 en el ámbito de la Administración General del Estado. Estamos hablando de casi 2.500 sociedades mercantiles controladas por los poderes públicos.

La creación en 2012 de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas dio un impulso necesario a la reducción de dichas empresas públicas a nivel nacional, y también en el ámbito autonómico y local se ha producido esa reducción fruto de las medidas de estabilidad presupuestaria acordadas con el Ministerio de Hacienda. A pesar de que sigue habiendo dudas sobre la necesidad de pervivencia de algunas de ellas, su importante número exige analizar el tratamiento que sobre ellas dispensa el Proyecto de Ley de Contratos de Sector Público (el "Proyecto de Ley").

En primer lugar el proyecto no modifica sustancialmente la definición de empresas públicas. Así la letra h) del artículo 3.1 las define como *"las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d), e), g) y h) del presente apartado sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores"*, es decir, que formen parte de un grupo de sociedades controlado por esas entidades conforme al artículo 42 del Código de Comercio.

Sigue sin estar claro en qué casos una empresa pública se considera o no poder adjudicador. Y es que el artículo 3.3 considera poderes adjudicadores, entre otros, a entidades con personalidad jurídica *"que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil", siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador (...), bien financien mayoritaria su actividad, bien controlen su gestión, o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia"*. Por tanto parecería que las sociedades que satisfagan necesidades que tengan carácter industrial o mercantil no pueden ser consideradas poder adjudicador. El problema es que en la práctica, muchas sociedades con ese carácter se consideran poder adjudicador, de modo que todo depende de la interpretación que sobre sí mismo haga la propia entidad.

Clarificar si una empresa pública es o no poder adjudicador es muy relevante, pues a los poderes adjudicadores se les aplica un contenido mayor de la Ley de Contratos del Sector Público, y además sus actos y resoluciones, a partir



Dado el alto número de empresas públicas y fundaciones existentes, sería recomendable una mayor obligación de publicidad en las actuaciones relativas a los contratos de las entidades que no sean poderes adjudicadores.

de determinadas cuantías (al ser contratos sujetos a regulación armonizada), pueden ser recurridos ante los tribunales especiales en materia de contratación, con efecto suspensivo del recurso en el caso de que se recurra la adjudicación del contrato. En este sentido, en el caso de contratos sujetos a regulación armonizada adjudicados por poderes adjudicadores, se les aplicarán más de 70 artículos de la Ley referidos a expedientes de contratación, pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, normas y procedimientos de adjudicación y formalización del contrato, y otros artículos sobre obligaciones en materia medioambiental, social o laboral, condiciones especiales de ejecución del contrato, supuestos de modificación del contrato, cesión y subcontratación, y racionalización técnica de la contratación. Es decir, de la interpretación de una empresa pública sobre si se considera o no poder adjudicador, depende que se le aplique un solo artículo de la Ley o más de 100.

En el Proyecto de Ley se sigue obligando a estas empresas públicas (sean poderes adjudicadores o no) a contar con instrucciones internas de contratación. Estas instrucciones deben regular los procedimientos de contratación garantizando la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como que los contratos se adjudiquen a la oferta económica más ventajosa. Es verdad que en el ámbito estatal se obliga a que exista un informe previo del órgano jurídico asesor de la entidad respecto a esas instrucciones, pero se echa en falta un modelo que unifique la aplicación de esos principios.

Tampoco se entiende la rendija abierta por el Proyecto de Ley al permitir, en el caso de una empresa pública que no sea considerada poder adjudicador, que pueda adjudicar

contratos sin seguir las instrucciones aprobadas para contratos de obras de valor inferior a 50.000 euros o de servicios y suministros inferiores a 18.000 euros, y además de forma directa. Sin duda un potencial foco de irregularidades que debería suprimirse en la redacción final.

Además hay que tener en cuenta que si una empresa pública no se considera poder adjudicador tiene vía libre para realizar modificados de los contratos sin sujetarse al régimen específico de la Ley, pues no tienen obligación de publicar estos modificados y frente a ellos no cabe interponer un recurso especial en materia de contratación.

Como valoración final, dado el alto número de empresas públicas y fundaciones existentes, sería recomendable una mayor obligación de publicidad en las actuaciones relativas a los contratos de las entidades que no sean poderes adjudicadores, con el fin por ejemplo de evitar que se sigan utilizando los modificados de los contratos en fraude de los principios de la contratación pública.

El nuevo régimen de compliance frente a las prohibiciones de contratar del sector público

Jaime Almenar
Departamento de Derecho Público y Sectores Regulados

Publicado en Actualidad Jurídica Aranzadi,
revista número 929.

Las prohibiciones de contratar han sido tradicionalmente uno de los grandes temores de los licitadores en la contratación pública, ya que suponen la exclusión del licitador del mercado de la contratación pública, en función del alcance de la prohibición.

1. El modelo de la Directiva sobre contratación pública

Ahora bien, la Directiva 2014/24, sobre contratación pública, ha introducido una importante novedad en esta materia, al permitir que los licitadores que hayan de quedar excluidos del procedimiento de selección por haber incurrido en una prohibición de contratar, puedan acabar participando igualmente, salvo que se trate de la exclusión por incumplimiento de las obligaciones tributarias o de la Seguridad Social, si demuestran su fiabilidad como contratistas. Se trata de un nuevo régimen de compliance que habilita a los licitadores para subsanar, *ex post*, las prohibiciones de contratar en las que incurran.

El artículo 57.6 de la Directiva 2014/24 reconoce el derecho de los licitadores a justificar que han adoptado las medidas suficientes para demostrar su fiabilidad, a pesar de la concurrencia de la causa de exclusión. En concreto, deberán acreditar (i) el pago o el compromiso de pago de las indemnizaciones que se hayan producido por la infracción penal o falta, (ii) que han aclarado exhaustivamente los hechos y circunstancias de la infracción, de manera proactiva, y (iii) que han adoptado

medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o administrativas.

Llama la atención que se entienda justificada la fiabilidad del licitador con el pago de las indemnizaciones que correspondan, sin tener en cuenta las eventuales sanciones, así como el hecho de que el mero compromiso de pago se equipare al pago de las indemnizaciones.

La adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal concretas apropiadas para evitar nuevas infracciones supone la necesaria adopción de un sistema de compliance *ex post*, reactivo, que, a la vista de las faltas cometidas, considere soluciones proporcionadas que puedan impedir la reiteración de la falta.

La Directiva 2014/24 no desarrolla el modelo de compliance para aquellos supuestos de exclusiones que no consisten en una infracción penal o falta, aunque podemos entender que el concepto de falta incluye, de manera amplia, no sólo cualquier infracción administrativa, sino cualquier incumplimiento administrativo de los que da lugar a la exclusión de la licitación.

La decisión sobre la fiabilidad del contratista debe ser adoptada por el órgano de contratación, puesto que la Directiva 2014/24 reserva la decisión sobre la fiabilidad del contratista a los mismos poderes adjudicadores.

2. Su aplicación en el Derecho español

En mi opinión, aunque el apartado 7 del artículo 56 de la Directiva contempla el posible desarrollo por cada Estado miembro, este modelo es claro, preciso, incondicionado, y



Queda a la completa discreción de la autoridad administrativa la decisión sobre si las medidas adoptadas para evitar la infracción son apropiadas.

no requiere de medidas nacionales complementarias, por lo que cualquier empresario sometido a una prohibición de contratar podría invocar el efecto directo de la norma comunitaria desde la fecha en que debió ser transpuesta, el 18 de abril de 2016 (Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963 (asunto 26/62, Van Gend & Loos).

Actualmente, se encuentra en el Congreso de los Diputados un proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que recoge este modelo de compliance en su artículo 72.5.

Este modelo sólo se aplicaría a los casos en que la prohibición de contratar no sea susceptible de apreciación automática por el órgano de contratación, como un trámite adicional dentro del procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar, aunque puede dar lugar a la revisión de la declaración, si las medidas de compliance se adoptan con posterioridad a la declaración.

Sin embargo, esta previsión lleva a incumplir el artículo 57.6 de la Directiva, porque no permite al licitador exonerarse de la prohibición en los casos en que la prohibición sea apreciable automáticamente sin necesidad de declaración (como ocurre con los supuestos de concurso o cuando haya condena por delito fiscal que se pronuncie sobre el alcance y duración de la exclusión), y priva al órgano de contratación (salvo que sea competente para declarar la prohibición) de la competencia para decidir sobre la fiabilidad del empresario. La decisión debe enmarcarse como un incidente del proceso de licitación, y no como un proceso diferente, tal y como se contempla en el proyecto de ley.

El proyecto de ley se centra en el compliance ante las infracciones penales y administrativas, que debemos

entender aplicable, para cualquier supuesto de prohibición de contratar, aunque no conlleve una infracción administrativa. Por lo demás, reproduce la norma comunitaria, aunque exige para la demostración de la fiabilidad no sólo el pago o compromiso de pago de las indemnizaciones, sino también de las multas, lo cual violenta el tenor de la Directiva.

Tal y como se diseña, queda a la completa discreción de la autoridad administrativa la decisión sobre si las medidas adoptadas para evitar la infracción son apropiadas.



El Tribunal Supremo reitera su doctrina sobre los límites máximos de imposición de multas en competencia

Daniel Arribas
Departamento de Competencia y UE

El Tribunal Supremo reitera su doctrina según la cual el máximo del 10% que prevé la Ley de Defensa de la Competencia debe aplicarse sobre el volumen de negocios total de la empresa. Asimismo se admite la posibilidad de atenuar la multa en base al reducido peso de la empresa en el mercado afectado, aun cuando el total de las empresas infractoras tengan un peso significativo en el mismo.

El 29 de enero de 2015, el Tribunal Supremo alteró la metodología de imposición de multas utilizada hasta entonces por las autoridades españolas de competencia. A través de esta sentencia el alto tribunal consideró ilegales los criterios establecidos en la Comunicación de 6 de febrero de 2009 sobre cuantificación de sanciones de la que se había dotado la autoridad de competencia para fijar sus multas.

Si bien esta sentencia supuso la adaptación a la legalidad de los criterios para la imposición de multas, generó una situación de inseguridad, en la medida en que las partes desconocen de antemano la metodología que se utilizará a la hora de cuantificar las sanciones (más allá de los escasos criterios concretos que la ley prevé). Desde entonces, las empresas y los especialistas en la materia vienen intentando identificar algunas pautas sobre la previsible actuación de las autoridades y los tribunales competentes.

Uno de los grandes cambios que la sentencia de 2015 trajo consigo fue la concreción del volumen de negocios que deberá tenerse en cuenta para cada empresa a la hora de aplicar los diferentes porcentajes en atención a la gravedad de las infracciones. De acuerdo con este pronunciamiento judicial, cuando la Ley de Defensa de la Competencia ("LDC") se refiere en su artículo 63 a que el importe máximo de las sanciones será del 10% del "*volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior*", habrá de tenerse en cuenta el volumen total de la empresa, y no únicamente el referido a la rama de actividad en la que se produce la infracción.

Si bien este pronunciamiento del Tribunal Supremo se limitaba a aplicar literalmente el precepto mencionado, cobró un gran interés por cuanto acompañaba a otro pronunciamiento en el que se establecía que ese 10% no podía ser un factor de moderación *a posteriori* de la sanción, si no la cifra máxima del arco sancionador dentro del cual se debía situar la multa en función de la gravedad de la infracción. Es decir, la interpretación literal del artículo desvirtúa la ponderación de la multa en el caso de empresas multiproducto –aquellas que operan en varios mercados aparte de aquel en el que se produjo la infracción– al no guardar la misma ninguna relación con la infracción cometida.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha emitido, en los días 12 y 16 de mayo del presente año, sendas sentencias que vienen a reforzar su opinión en esta compleja cuestión (nº de recurso 3985/2014 y 3422/2014 respectivamente). La Sentencia del día 12, a la que aquí prestaremos mayor atención, resuelve un recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la



Se trata de una nueva sentencia que sirve para ir perfilando los criterios que fijan las multas en asuntos de competencia, dotando así de mayor seguridad jurídica a una cuestión de indiscutible relevancia para las empresas.

Sentencia de la Audiencia Nacional que anulo las sanciones de las autoridades basándose en dos cuestiones: (i) que la Audiencia Nacional entendió que el porcentaje del 10% que determina el máximo de la multa viene referido al volumen de negocios de la empresa infractora en el mercado afectado; y (ii) que la Audiencia Nacional aceptó como atenuante que la empresa únicamente tuviese una cuota de mercado del 10%, aun cuando el total de empresas presentes en la infracción conformaban una parte muy importante de aquél.

Con respecto al primer motivo, el Tribunal Supremo reitera sus posicionamientos previos, según los cuales el máximo del 10% afecta al volumen de negocios global de la empresa. Como recuerda la otra sentencia mencionada, la del día 16 de mayo, corresponde al legislador determinar si en el caso de las empresas multiproducto este límite debe ser interpretado de forma distinta. No obstante, en el momento actual, la única interpretación posible será la del volumen de negocios global.

El segundo motivo de casación resulta muy interesante por cuanto ayuda a concretar uno de los requisitos de ponderación de la multa establecidos en el artículo 64 de la LDC: *“La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables”*. Si bien, tradicionalmente, este criterio ha sido utilizado para graduar las sanciones, a la alta o a la baja, en función de si el conjunto de las empresas implicadas en la infracción tenían un peso importante o reducido en el mercado, en esta ocasión el Tribunal Supremo admite su aplicación a la situación individual de una empresa, aun cuando el conjunto de las empresas presentes en la infracción representaba un alto porcentaje del mercado.

Se trata, en definitiva, de una nueva sentencia que sirve para ir perfilando los criterios que fijan las multas en asuntos de competencia, dotando así de mayor seguridad jurídica a una cuestión de indiscutible relevancia para las empresas..



La Audiencia Nacional aclara cómo la CNMC debe sancionar a los directivos

Aida Oviedo
Departamento de Competencia y UE

En su sentencia de 20 de abril de 2017, la Audiencia Nacional se pronuncia sobre la correcta interpretación de la norma que permite a la CNMC imponer multas a directivos de empresas infractoras y limita su ámbito de aplicación a los representantes legales en sentido formal. A cambio, aclara que cabe la sanción a los miembros de los órganos directivos que participaron en el acuerdo infractor, aunque no lo adoptaran. Finalmente, declara que la publicación de la identidad de los directivos sancionados es ajustada a derecho, aunque abre la puerta a que haya circunstancias en las que quepa excluirla.

El artículo el artículo 63 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC"), establece que, además de las sanciones a las empresas por comportamientos anticompetitivos (apartado 1), *"cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión"* (apartado 2). Se excluye, en todo caso, a quienes *"formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto"*.

En consecuencia, son dos los supuestos en los que la CNMC puede sancionar a personas físicas cuando los infractores son personas jurídicas: (i) cuando se trata de los representantes legales de la persona jurídica infractora; y, (ii) cuando tales personas integren los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

Desde que, en su Plan de actuación para 2016, la CNMC anunciara su intención de impulsar la imputación personal de los ejecutivos de empresas implicadas en infracciones de competencia y la imposición de sanciones individuales, ha habido cuatro casos en los que las resoluciones sancionadoras han incluido también multas a directivos: *Absorbentes para la Incontinencia de Orina (AIO)*, *Infraestructuras Ferroviarias*, *Prosegur-Loomis* y *Hormigones de Asturias*.

Pues bien, la Audiencia Nacional se pronuncia en la sentencia objeto de este comentario sobre la forma en que la CNMC ha utilizado las sanciones a directivos previstas en el artículo 63.2 LDC. La sentencia, que pone fin al procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona promovido por uno de los sancionados (persona física) en el expediente *Infraestructuras Ferroviarias*, realiza las precisiones que se exponen a continuación.

De una parte, la Audiencia Nacional manifiesta que el concepto de representante legal no puede interpretarse de forma amplia como lo ha hecho la CNMC (en particular, incluyendo a los representantes voluntarios –y no legales– de las empresas infractoras), puesto que ello iría en contra de las exigencias del principio de legalidad derivadas del artículo 25 de la Constitución.



La CNMC tendrá que revisar la utilización de las multas individuales para futuros casos teniendo en cuenta las precisiones llevadas a cabo por la Audiencia Nacional en esta sentencia.

En palabras de la Audiencia Nacional, *"ello supone que, puesto que el artículo 63.2 alude a los representantes legales de las personas jurídicas, y siendo múltiples y variadísimas las formas de personificación y tipologías que las mismas pueden revestir, haya de estarse a la regulación de cada una de éstas para determinar quien ostenta, en cada caso, la representación legal, excluyendo la tipicidad de la conducta de los que no tengan dicha representación". "La Ley ha optado por exigir la condición de representante legal, sin duda un plus respecto de la de mero representante, que es la que sugiere la interpretación propuesta por la CNMC y que llevaría a poder sancionar a cualquier persona física que hubiera actuado en representación de la persona jurídica sancionada, por ejemplo, al concurrir a una reunión en la que se hubiera adoptado algún acuerdo anticompetitivo"*.

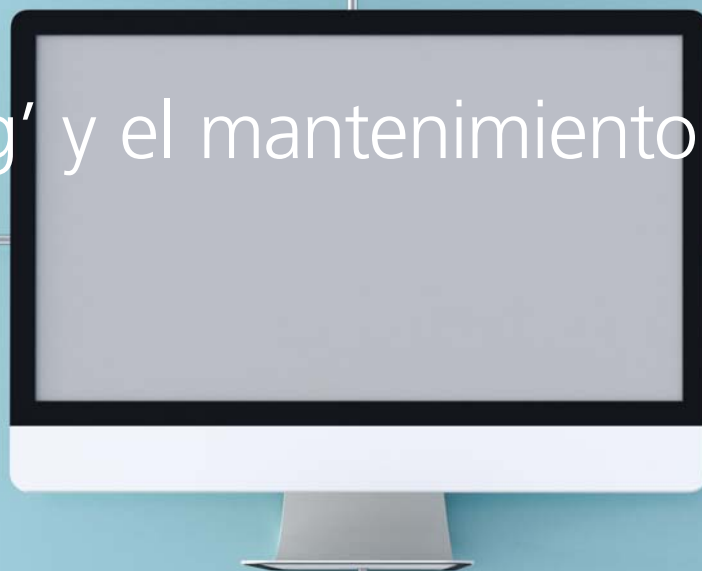
De otra, la Audiencia Nacional manifiesta que no hace falta que el órgano directivo al que pertenece la persona física haya adoptado el acuerdo o decisión anticompetitiva de que se trate, aunque sí será necesario que ese órgano directivo haya intervenido en el acuerdo o decisión restrictiva de la competencia. Además, ante la ausencia de previsión legal que defina lo que debe entenderse como órgano directivo, la Audiencia Nacional manifiesta que *"órgano directivo de una persona jurídica lo es cualquiera de los que la integran que pudiera adoptar decisiones que marquen, condicionen o dirijan, en definitiva, su actuación"*.

Por último, la Audiencia Nacional manifiesta que la publicación de la identidad de los infractores personas físicas es algo que exige la LDC (en la redacción dada por la Ley 3/2013) y que, para evitar su publicación, el individuo tendrá demostrar que su interés es prevalente

frente al interés general que exige la publicación de ese dato en los términos exigidos por la ley.

De lo anterior se desprende que la CNMC tendrá que revisar la utilización de las multas individuales para futuros casos teniendo en cuenta las precisiones llevadas a cabo por la Audiencia Nacional en esta sentencia. También puede que algunas de las sanciones impuestas por la CNMC a personas físicas que no sean, *stricto sensu*, representantes legales de las empresas infractoras sean anuladas en atención a esta doctrina jurisprudencial.

'Zero-rating' y el mantenimiento del 'statu quo'



Daniel Arribas
Departamento de Competencia y UE

Las práctica comercial conocida como *zero-rating* o datos patrocinados, permite que determinadas apps, como Spotify o Faceook, no tengan incidencia en los planes de datos de los usuarios. Si bien esta práctica puede suponer un beneficio para el consumidor en el corto plazo, puede reducir la presión competitiva en el mercado, al favorecer a los proveedores de contenidos ya instalados o con mayor poder de negociación.

Este 15 de junio se cumple el plazo recogido en el Reglamento (UE) 2015/2120, sobre el acceso a una internet abierta. Este Reglamento es particularmente conocido porque impone la obligación a los operadores de telecomunicaciones de eliminar recargos por la itinerancia al por menor, esto es, el conocido como *roaming*.

Sin embargo, desde el punto de vista de Derecho de la Competencia, este Reglamento tiene particular interés por el tratamiento que da a la llamada neutralidad de red.

De acuerdo con el artículo tercero del citado texto, "[l]os proveedores de servicios de acceso a internet tratarán todo el tráfico de manera equitativa cuando presten servicios de acceso a internet (...)". La obligación de trato equitativo no es, sin embargo, absoluta y el propio Reglamento permite excepciones en las que poder tratar unos datos de forma preferente. En particular, en lo que

interesa a este comentario, el punto segundo del artículo tercero del Reglamento contempla que los acuerdos concluidos entre proveedores de internet y usuarios finales podrán versar sobre "*los volúmenes de datos o la velocidad, así como cualquier práctica comercial puesta en marcha por los proveedores de servicios de acceso a internet*". Es en estas prácticas comerciales donde las Directrices elaboradas por el BEREC (*Body of European Regulators for Electronic Communications*) para facilitar la aplicación del Reglamento, circunscriben la posibilidad de ofrecer datos patrocinados.

Por datos patrocinados, como desarrolló la Comisión Europea en su MEMO/15/5275 de 30 de junio de 2015, se entienden aquellas prácticas comerciales utilizadas por algunos proveedores de acceso a internet, especialmente operadores de telefonía móvil, consistentes en no descontar el volumen de datos consumidos por determinadas aplicaciones del volumen limitado de datos mensuales del usuario.

Las implicaciones que esta práctica puede tener sobre el Derecho de la Competencia han sido analizadas en un reciente informe de la Comisión Europea, publicado el 9 de junio: *Report on Zero-rating practices in broadband markets*.

La principal conclusión que se extrae del Informe es que la práctica de datos patrocinados, tal como se está llevando a cabo en la actualidad, no perturbaría, en principio, la competencia en el mercado, dado que aún sigue siendo factible que los proveedores de contenidos y aplicaciones móviles de competidores repliquen con ofertas similares.



A futuro, habrá que ver cómo evolucionan estas prácticas y la incidencia que tengan en el surgimiento de nuevas aplicaciones o el afianzamiento de las que ya están presentes en el mercado.

No obstante, el Informe permite extraer algunas pautas para evitar el riesgo de infracción de las normas de competencia.

Así, de acuerdo con el Informe, pueden plantearse problemas desde el punto de vista del Derecho de la Competencia cuando los acuerdos con los proveedores de acceso a internet se celebren con proveedores de contenidos con un importante peso en el mercado. Pero, incluso con altas cuotas de mercado, el riesgo para la competencia sólo surgirá cuando los competidores de los proveedores de contenidos, actuales o potenciales, no puedan llegar a estos mismos acuerdos con las operadoras de telecomunicaciones.

Otra cuestión abordada con particular intensidad por el Informe de la Comisión son las restricciones de la competencia en el supuesto de la promoción, por parte de las operadoras de telecomunicaciones, de sus propias aplicaciones.

En la actualidad, es común que las operadoras de telecomunicaciones estén integradas verticalmente, de tal forma que sus actividades engloben desde la provisión de acceso a internet hasta la generación de contenidos (particularmente, contenidos televisivos online o de aplicaciones de vídeo bajo demanda). Pues bien, el patrocinio de sus propios contenidos por parte de las operadoras, en el caso de tener gran penetración en el mercado, podría perjudicar a otras compañías independientes presentes en el mercado de la distribución de contenidos, como las conocidas Netflix o HBO, o cualquier otra que pretendiese introducirse en el mercado.

En fin, el Informe de la Comisión no considera que se estén produciendo restricciones de la competencia mediante la aplicación de estas estrategias comerciales, pero avisa a navegantes. Por un lado, actualmente, cuando se trate de proveedores de contenidos con poder de mercado o verticalmente integrados con la operadora de telecomunicaciones habrá que prestar atención al riesgo de cierre de mercado como consecuencia, por ejemplo, de la inclusión de obligaciones de exclusividad. Por otro, a futuro, habrá que ver cómo evolucionan estas prácticas y la incidencia que tengan en el surgimiento de nuevas aplicaciones o el afianzamiento de las que ya están presentes en el mercado.



De nuevo el mutuo disenso

Nerea Sanz

Departamento de Inmobiliario y Construcción

El abandono de las obligaciones contractuales por las partes es considerado como un desistimiento bilateral por mutuo acuerdo perfectamente acorde con el principio de autonomía de voluntad de las partes.

Resulta curioso que, a diferencia de lo que ocurre con la normativa que rige la contratación pública, la legislación civil no contiene ninguna mención explícita a una causa de extinción de las obligaciones tan habitual en la práctica jurídica como es el “mutuo disenso”. En efecto, si bien el artículo 1156 del Código civil parece limitar las fórmulas de extinción de las obligaciones a el pago o cumplimiento, la pérdida de la cosa debida, la condonación de la deuda, la confusión de derechos del acreedor y deudor, la compensación y la novación, la doctrina y la jurisprudencia son unánimes cuando consideran que nos hallamos ante una enumeración meramente enunciativa, y en esa misma medida, incompleta. En una reciente resolución de la Audiencia Provincial de Zaragoza (SAP Zaragoza 213/2017, 27 de abril de 2017), se vuelve a exhibir el mutuo disenso (también conocido como *contrarius consensus* o pacto resolutorio) como una de las causas de extinción de las obligaciones adicional. La doctrina del TS lo define como *“un acuerdo de voluntades por el que las partes dejan sin efecto un contrato válidamente celebrado, pero no consumado”* (STS Sala Primera de lo Civil, Sentencia 169/2016 de 17 marzo 2016), y tiene su principal fundamento el principio de autonomía de voluntad de las partes recogido artículo 1.255 del Código Civil rector del derecho privado. Nada impide que las partes, junto a la libertad de contratar, tengan también libertad para des-

ligarse ambas del contrato que celebraron si ya no les interesara.

En el caso, un matrimonio titular de dos terceras partes de un inmueble firmó en 2006 un contrato de permuta de cosa futura con una promotora, por el cual los primeros acordaron ceder a la promotora la propiedad de su participación en el inmueble, pactándose como contraprestación la entrega por aquella de una vivienda de obra nueva. Diez años después, los propietarios requirieron ante el juzgado la declaración de cumplimiento del contrato, alegando el incumplimiento de la promotora de sus obligaciones contractuales. No obstante, la SAP Zaragoza 213/2017, 27 de abril de 2017 ha confirmado el pronunciamiento del Juez de Primera Instancia, apreciando voluntad resolutoria en ambas partes a la vista de los desistimientos unilaterales recurrentes probados en primera instancia. Concretamente, el tribunal determina la concurrencia de mutuo disenso, dada la inacción de las partes respecto de las obligaciones acordadas en el contrato de permuta de cosa futura, ya que ni la promotora cumplió sus obligaciones (alegando dificultades administrativas y problemas de insolvencia que han desembocado en un actual concurso de acreedores), ni la propietaria le requirió su cumplimiento hasta la presentación de la demanda, diez años después de la firma del contrato.

Nuestro ordenamiento jurídico determina que para que dicho consentimiento sea reconocido, bastará con que el mismo se manifieste a través de actos que revelen de manera inequívoca y concluyente la voluntad común de los contratantes de dejar sin efecto el negocio concluido, con independencia de que ello tenga lugar de manera tácita o expresa. En este sentido, resulta evidente el aban-



El régimen que se impone a las Administraciones Públicas admite la posibilidad de atribuir efectos fehacientes a la notificación infructuosa debidamente intentada.

dono voluntario y recíproco del contrato de permuta por ambas partes, que no puede sino concluir con la extinción del contrato de permuta por retractación bilateral del contrato por mutuo disenso.

Teniendo en cuenta que la inacción en la que se basa el tribunal ha tenido lugar durante un lapso temporal de diez años, una cuestión que podría plantearse sería el momento en el que la extinción de la relación obligacional cobró efecto. Como la diversidad de situaciones posibles puede ser muy variada, Pues bien, y ya que ningún precepto legal impide que los contratantes de un contrato bilateral (como es el de permuta) puedan abandonar sus pretensiones antes de su consumación por mutuo acuerdo, el mutuo disenso opera cuando exista certeza de que el primitivo acuerdo de voluntades se quiere sustituir por otro de contenido contrario, con independencia de que ello haya ocurrido de manera simultánea o no.

Eso sí, y por simples que resulten, convendría que los tribunales, cuando tienen que ocuparse de esta suerte de recordatorios elementales, dejen clara una cosa: si la relación que se extingue por mutuo disenso no había desplegado efecto alguno, nada podrá reclamarse. Pero si existió un cumplimiento parcial (por ejemplo, el vendedor había entregado ya la cosa o el arrendador de la obra había comenzado ya a ejecutarla), habrá que devolver a las partes a la situación que ocupaban cuando la obligación se constituyó. Pero eso será en las obligaciones de tracto único, pues si se trata de obligaciones duraderas, la extinción no comportará arrastrar los efectos ya producidos.

Como se puede apreciar, hasta en las figuras más sencillas del Derecho privado pueden existir aristas...

CMS en el mundo







Hechos y datos

- **70 Oficinas**
- **64 Ciudades**
- **> 1.000 Socios**
- **> 4.500 Abogados**
- **> 7.500 Empleados**
- **Facturación:** 1.010 millones de euros (2015)
- **39 Países:**
 - Países europeos:** Albania, Alemania, Austria, Bélgica, Bosnia Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Montenegro, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Rumanía, Rusia, Serbia, Suiza, Turquía, Ucrania y Reino Unido.
 - Fuera de Europa:** Argelia, Brasil, Chile, China, Colombia, Emiratos Árabes Unidos, Hong Kong, Irán, México, Marruecos, Omán, Perú y Singapur.

CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italia)
CMS Albiñana & Suárez de Lezo (España)
CMS Bureau Francis Lefebvre (Francia)
CMS Cameron McKenna (Reino Unido)
CMS Carey & Allende (Chile)
CMS DeBacker (Bélgica)
CMS Derks Star Busmann (Países Bajos)
CMS von Erlach Poncet (Suiza)
CMS Grau (Perú)
CMS Hasche Sigle (Alemania)
CMS Reich-Rohrwig Hainz (Austria)
CMS Rodríguez Azuero Contexto Legal Abogados (Colombia)
CMS Rui Pena & Arnaut (Portugal)

La presente publicación no constituye opinión profesional o asesoramiento jurídico de sus autores. Para cualquier duda, póngase en contacto con CMS Albiñana & Suárez de Lezo (madrid@cms-asl.com | cms-asl@cms-asl.com)



Law . Tax

Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles on a variety of topics delivered by email.
www.cms-lawnow.com



Law . Tax

Your expert legal publications online.

In-depth international legal research and insights that can be personalised.
eguides.cmslegal.com

CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices.

CMS locations:

Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Medellín, Mexico City, Milan, Moscow, Munich, Muscat, Paris, Podgorica, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sheffield, Singapore, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tehran, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

cms.law