

# Referencias Jurídicas

Octubre 2016

---

## Artículos de fondo

---

### Público y Sectores Regulados

**El cómputo de plazos en la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas** .....3  
Javier Torre de Silva

---

## Posts jurídicos

---

### Corporate / M&A

**Indemnización por clientela de agentes comerciales: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reenfoca el concepto de ‘nuevos clientes’** .....6  
Irene Siurana

**Inscribibilidad de un derecho de acompañamiento incluido en estatutos sociales**.....8  
Íñigo Hernáez

**Segregar no es la única posibilidad: pueden aportarse ramas de actividad en un aumento de capital**.....9  
Rosa Cañas

### Público y Sectores Regulados

**Nuevo veto al criterio del arraigo territorial en las licitaciones públicas** .....10  
Álvaro San Felipe

### Procesal

**Problemática práctica en la audiencia previa: impugnación de documentos** .....12  
Beatriz Vilar

### Competencia y Derecho de la UE

**Presente y futuro de las reclamaciones de daños por prácticas anticompetitivas** .....14  
Aida Oviedo y Patricia Liñán

### Inmobiliario y Construcción

**Nueva doctrina del Tribunal Supremo en relación con las cantidades anticipadas en los contratos de compraventa** .....16  
Nerea Sanz y Gerardo Zaldívar



**Referencias Jurídicas CMS | Artículo de fondo |**  
**Derecho Público y Sectores Regulados**  
Octubre 2016

---

# El cómputo de plazos en la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

Javier Torre de Silva

La Ley 39/2015 aporta dos novedades importantes en relación con el cómputo de plazos: la regulación de los plazos por horas y la exclusión de los sábados en el cómputo de los días hábiles. En cambio, no constituye novedad alguna la aclaración relativa a cómo se computan los plazos por meses o años. Por otra parte, la Ley prohíbe expresar en horas los plazos que tengan una duración superior a veinticuatro horas, creando cierta confusión en aquellos casos en los que ya existen tales plazos. Y cabe añadir que la Ley olvida que existen ya en nuestro ordenamiento administrativo plazos en semanas, cuyo cómputo se obvia en la nueva Ley. Por lo demás, la reforma merece un juicio de conjunto favorable

Con anterioridad a la Ley 39/2015, habría en nuestro ordenamiento cuatro métodos diferentes para computar los plazos (el civil, el del procedimiento administrativo, el procesal salvo la fase de instrucción penal y el procesal en lo relativo a la fase de instrucción penal). Tras la Ley 39/2015 la situación es la misma, aunque se han introducido mejoras en esta materia en el ámbito del procedimiento administrativo.

Por ejemplo, respecto a los plazos por días, en el ámbito civil éstos se computan por días naturales (artículo 5 Cc.); en el ámbito administrativo, por días hábiles (luego se verá cómo se definen); en el ámbito procesal (salvo la fase de instrucción penal) también por días hábiles, pero considerando inhábiles, además de los festivos, los sábados, todos los días de agosto (excepto en actuaciones



urgentes: vid. art. 133.2 LEC) y los días 24 y 31 de diciembre (artículos 185 LOPJ en relación con los arts. 182 ss. de la misma Ley, y 133 LEC), y por último en la fase de instrucción penal los plazos son por días naturales (art. 185 LOPJ en relación con el 184 de la misma Ley).

En la Ley 30/1992 solo se regulaba el cómputo de plazos en días, meses o años. La nueva Ley ha añadido la regulación del cómputo de los plazos establecidos en horas, y sigue olvidando el cómputo de los establecidos en semanas.

Dispone el artículo 30.1 de la Ley 39/2015 que debe entenderse que los plazos expresados en horas se refieren a horas hábiles, y que son hábiles todas las horas que formen parte de un día hábil. Añade que el cómputo del plazo se hará desde la hora y minuto en que tenga lugar la notificación o publicación del acto (y, por tanto, el plazo vencerá en la hora y minuto correspondiente –hay que entender que al final del minuto que tiene igual número que aquel en el que comenzó el cómputo). Concluye disponiendo que estos plazos expresados en horas no pueden tener una duración superior a 24 horas, pues en caso contrario deberán expresarse en días.

Son varias las cuestiones que esta nueva regulación de los plazos por horas deja abiertas. Ante todo hay que observar que hay otra regulación de los plazos por horas, la procesal, que es equívoca y dispersa (artículos 130, 133 y 135.5 LEC). La nueva regulación administrativa tiene la ventaja de la claridad, y armoniza bien con el carácter de administración (casi enteramente) electrónica que el

legislador persigue, puesto que la administración electrónica nunca cierra sus oficinas. No obstante, puede causar disfunciones en algunos casos: por ejemplo, cuando sea precisa la presentación de documentos originales (art. 28.3 de la Ley 39/2015). Si el plazo vence en una hora en la que los registros públicos están cerrados, ¿cómo se presentará el documento? Habría que aceptar la presentación durante la primera hora inmediatamente posterior a la apertura del registro público en el que se presenta el documento. Otro tanto sucederá con los plazos que se impongan a la Administración: si éste vence en horas nocturnas, ¿no debería habilitarse la primera hora dentro del horario laboral del día siguiente para el cumplimiento del plazo? Ello puede plantearse, por ejemplo, en los plazos de 24 horas que los artículos 441 y 442 imponen a Notarios y Registradores para la inscripción y constitución de la sociedad limitada nueva empresa.

Puede parecer que no existen apenas los plazos en horas, pero la realidad es muy variada y lo cierto es que hay múltiples normas que los establecen, como se verá a continuación.

La nueva Ley quiere que los plazos superiores a 24 horas se expresen en días. Pero sucede que algunos plazos están ya establecidos en horas, y son superiores a 24. En tal caso, el rango normativo de la Ley 39/2015 puede hacer dudar sobre si se ha producido la derogación tácita de estas normas y el plazo debe entenderse establecido ahora en días. La cuestión no se plantea cuando la norma

que los establece es una Ley Orgánica (como por ejemplo los numerosos plazos de 72 horas y de 48 horas que establece la Ley Orgánica 4/2000, de extranjería), pero sí en otros casos en los que el plazo lo establece una norma con rango igual o inferior al de la Ley 39/2015, como sucede en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales, caza y régimen de los animales, menores, protección del patrimonio arqueológico, inspección de máquinas recreativas y de azar, emisión de votos particulares en órganos colegiados, propiedad intelectual, medio ambiente, etc. Adviértase que el cómputo de los plazos por horas (que tiene en cuenta la hora y minuto del inicio de dicho cómputo) es diferente del de los plazos por días (que incluye hasta las 24 horas del último día del plazo). Por ello, no parece que haya sido intención de la Ley 39/2015 “redenominar” automáticamente, por la vía de la derogación tácita, los plazos establecidos en horas que sean superiores a 24, muchos de ellos en normas autonómicas: es tan solo un precepto (bien orientado) vinculante para normas reglamentarias y autonómicas futuras. No obstante, habría sido deseable que la Ley 39/2015 tuviera una disposición que lo aclarara.

En cuanto a los plazos en días, la principal novedad es que la nueva Ley declara inhábiles los sábados. Es una buena medida, en línea con la legislación procesal. En cuanto al régimen transitorio de esta medida, que en la práctica alarga ligeramente el cómputo de muchos plazos, habrá que estar a lo que resulta de la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015: a los procedimientos ya iniciados se les aplica la Ley 30/1992.

La nueva Ley no contempla los plazos en semanas. Ello no es obstáculo para que dichos plazos existan. De hecho, son habituales en procedimientos que guardan relación con normas comunitarias. Por ejemplo, se utilizan habitualmente en materia de telecomunicaciones (arts.

19.5, 62.2, 64.3 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones) pero también en otros casos como la resolución de conflictos por la CNMC (art. 12 de la Ley 3/2013), la resolución de recursos sobre tarifas aeroportuarias por la CNMC (art. 40 de la Ley 18/2014), las actuaciones del Ministerio de Justicia para el reconocimiento de resoluciones penales en la Unión Europea (art. 27.3 de la Ley 23/2014), el régimen jurídico de la gestación (por ejemplo, art. 29.1.e) de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria), el sector de hidrocarburos (Ley 34/1998), etc.

¿Cómo han de computarse los plazos en semanas, ante el olvido del legislador? A nuestro juicio, aplicando por analogía las reglas sobre plazos en meses: el plazo concluirá el mismo día (lunes, martes, etc.) en que se produjo la notificación o publicación, a las 24 horas. No procede convertir los plazos en semanas en plazos en días, pues ello daría lugar a obvias disfunciones (no todos los días son hábiles).

Por último, respecto de los plazos en meses o en años, la nueva Ley introduce una aclaración que, tras los años transcurridos desde la entrada en vigor del artículo 59 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, debería ser innecesaria, pero por desgracia no lo es: en los plazos expresados en meses o años “el plazo concluirá el mismo día en que se produjo la notificación, publicación o silencio administrativo en el mes o el año de vencimiento”. De esta forma se evita un error común en la interpretación de la regla según la cual el plazo comienza el día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación, publicación o silencio y se computa de fecha a fecha, lo cual puede inducir (y ha inducido muchas veces) a pensar que el plazo termina un día después de cuando en realidad termina. El nuevo segundo párrafo del artículo 30.4 de la Ley 39/2015 no cambia nada en este punto y sigue la unánime y abundante jurisprudencia existente, pero evita malas interpretaciones.



# Indemnización por clientela de agentes comerciales: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reenfoca el concepto de 'nuevos clientes'

Irene Siurana  
Departamento de Corporate / M&A

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve, en su sentencia de 7 de abril de 2016, la cuestión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal de Alemania) relativa a la interpretación que debe darse al concepto de "nuevos clientes" aportados por el agente comercial, a los efectos de determinar su derecho a indemnización por clientela, en un caso en el que el agente tenía encomendada la representación de solo un segmento de la gama de mercancías del empresario.

La cuestión objeto de análisis se plantea en relación con un empresario mayorista de monturas de gafas que comercializa entre una clientela constituida por ópticas, una gama de monturas de diferentes marcas. Dicho empresario tenía encomendada a cada uno de sus agentes la comercialización de las monturas de una o varias marcas pero dentro de una determinada gama. El empresario puso a disposición de uno de sus agentes, a quien había encargado la comercialización de dos marcas de una gama, un listado de ópticas con las que ya mantenía relaciones comerciales con respecto a otras marcas de monturas a través de otros agentes, pero no con respecto a las marcas encomendadas en particular a este agente. Mediante la intervención del mismo, las referidas ópticas adquirieron por primera vez las marcas

de monturas cuya representación el empresario había encomendado a este agente. Tras la extinción del contrato con el mismo, este agente reclamó al empresario una indemnización por clientela alegando que las ópticas que habían adquirido dichas monturas por primera vez debían considerarse nuevos clientes, aunque figurasen en el listado de clientes puesto a su disposición. Tras varias apelaciones en Alemania, el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal de Alemania) concluyó que el resultado del recurso dependía de la interpretación del artículo 17, apartado 2, letra a) de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, en particular, de si debe considerarse que un agente comercial ha aportado nuevos clientes, en el sentido de esa disposición, cuando los clientes ya mantenían relaciones comerciales con la empresa en relación con otros productos que ésta comercializa, pero no en relación con los productos específicos cuya representación le fue encomendada al referido agente.

A los efectos de resolver la cuestión prejudicial planteada, el Tribunal de Justicia comienza su exposición reconociendo que la formulación del referido artículo, que distingue entre nuevos clientes y clientes existentes, puede hacer pensar que han de considerarse nuevos clientes únicamente aquellos con los que el empresario no mantenga ninguna relación comercial hasta la intervención del agente. Sin embargo, el Tribunal advierte que dicho artículo debe interpretarse teniendo en cuenta el contexto en el que se inscribe y los objetivos perseguidos por la Directiva. En cuanto al contexto, el Tribunal expone que dicha disposición constituye una medida que armoniza las normas aplicables al contrato de agencia, si bien el objeto de la actividad del agente comercial depende en todo caso de lo estipulado en el contrato



En caso de que el agente comercial esté encargado de negociar la venta de un segmento de la gama de mercancías del empresario y no del conjunto de ésta, los clientes captados por el agente comercial con respecto a las mercancías, deben considerarse nuevos clientes.

suscrito con el empresario y el acuerdo de las partes acerca de las mercancías cuya representación será encomendada. En cuanto a los objetivos de la Directiva, el Tribunal de Justicia recuerda que ésta persigue proteger a los agentes comerciales en sus relaciones con sus poderdantes, debiendo en consecuencia interpretarse dicho artículo en un sentido que contribuya a la protección del agente comercial. Por ello se deben tener en cuenta los méritos de éste y, por ende, el concepto de “nuevos clientes” no se puede interpretar en sentido restrictivo.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal acaba concluyendo que el artículo 17 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que, en un caso como el planteado, en el que el agente comercial está encargado de negociar la venta de un segmento de la gama de mercancías del empresario y no del conjunto de ésta, los clientes captados por el agente comercial con respecto a las mercancías, cuya venta le fue encomendada, deben considerarse nuevos clientes, en el sentido de esa disposición, aun cuando esos clientes ya mantuviesen relaciones comerciales con el empresario con respecto a otras mercancías. Lo único exigible es que la venta de las primeras mercancías realizada por ese agente haya requerido establecer una relación comercial específica con respecto a las marcas que tiene encomendadas, lo que corresponderá comprobar en todo caso al órgano jurisdiccional competente.

En consecuencia, en casos análogos al aquí descrito, el órgano jurisdiccional competente deberá determinar, a los efectos de valorar si deben considerarse nuevos clientes aportados por el agente, si dicha captación requirió del agente el establecimiento de una específica relación comercial, distinta a la ya existente.

En el caso objeto de análisis, si bien no corresponde al Tribunal de Justicia resolver sobre el fondo del asunto, cabe advertir su postura al respecto cuando sugiere que el hecho de que un empresario encomiende a un agente comercializar nuevas mercancías entre clientes con los que ya mantiene ciertas relaciones comerciales, puede constituir en sí mismo un indicio de que las mercancías son una parte diferente dentro de una gama y que, por ende, el agente fue contratado precisamente para que realizase el esfuerzo de establecer una relación comercial específica respecto a las concretas marcas que tiene encomendadas.



# Inscribibilidad de un derecho de acompañamiento incluido en estatutos sociales

Íñigo Hernáez  
Departamento de Corporate / M&A

La RDGRN de 20 de mayo de 2016 se pronunció en favor de la inscripción en los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada de una cláusula que reconocía a los socios un “derecho de acompañamiento” (*tag along*).

La sociedad acordó una modificación estatutaria para incluir una cláusula en los estatutos en la que se prevería que cualquier transmisión de participaciones *inter vivos* debía someterse al consentimiento de la sociedad expresado mediante acuerdo de la junta general, añadiendo que la sociedad podía denegar la autorización para la transmisión, autorizarla de forma incondicional o bien autorizarla condicionada a que el eventual comprador aceptase comprar también las participaciones del resto de los socios que también se ofreciesen a transmitirlos.

Adicionalmente, la cláusula estatutaria también establecía que en cualquier caso en que se denegase al socio la autorización para transmitir, éste podría separarse de la sociedad dentro del plazo de un mes a contar desde la recepción por dicho socio de una notificación fehaciente de la denegación de la autorización remitida por la sociedad.

Por tanto, lo que se pretendía era que los estatutos incorporaran la típica cláusula de acompañamiento o “*tag along*”, habitual en muchos pactos privados de socios, con la finalidad de otorgar a estos el derecho a

vender su participación en una sociedad en caso de que otro socio pretendiese transmitir su participación, obligando para ello al comprador a que, si quiere comprar, compre también las participaciones de todos los socios que quisieran vender.

Como es sabido, a falta de regulación estatutaria la legislación vigente establece un régimen supletorio caracterizado por la sujeción de las transmisiones voluntarias de acciones por actos *inter vivos* al consentimiento de la sociedad, que se expresará mediante acuerdo de la Junta General.

La DGRN pone de manifiesto el riesgo que de este régimen se deriva: que la sociedad deniegue de manera discrecional la autorización a transmitir, riesgo al que eventualmente se deberá enfrentar un socio minoritario que pretenda transmitir su participación y que no goce de buenas relaciones con la mayoría del capital social. Así, la DGRN apunta como posible coto a esta facultad discrecional de la Junta la predeterminación en estatutos de las concretas causas que permitan denegar o autorizar el consentimiento. Al mismo tiempo, se reconocen dos dificultades en este sistema de control estatutario: i) la dificultad objetiva de individualizar anticipadamente en los estatutos todas las posibles situaciones que justifiquen la denegación del consentimiento, en la medida en que objetivamente se pueden hallar en un conflicto con el interés social y ii) la necesidad de tener que dilucidar si los motivos especificados convierten en prácticamente intransmisibles las participaciones sociales afectadas. Son precisamente los riesgos mencionados lo que explica que el régimen legal supletorio opte porque en caso de que la sociedad deniegue el consentimiento, ésta deberá necesariamente presentar uno o varios adquirentes de las participaciones (otros socios, terceros o, en su defecto, la propia sociedad) con el fin de que



La DGRN considera que la cláusula debe poder inscribirse, ya que al socio que pretende transmitir se le permite, en todo caso, realizar el valor patrimonial de sus participaciones sociales.

el socio pueda ver satisfecho su interés de transmitir esas participaciones y obtener el correspondiente valor económico.

A continuación la DGRN hace hincapié en el margen reconocido a la autonomía de los socios para regular otras alternativas en relación con la transmisión de las participaciones, siempre que estas aseguren al socio la razonable posibilidad de vender sus participaciones o “salir” de la sociedad. Los límites a dicha autonomía de la voluntad en cuanto a la limitación a la transmisión de participaciones son, como es sabido, los que se establecen en el artículo 108 de la LSC.

Enlazando con lo dispuesto por el artículo 108.3 de la LSC, la DGRN recuerda que los estatutos sociales deben reconocer a los socios un derecho de separación como compensación necesaria por la eventual prohibición estatutaria de la transmisibilidad de las participaciones sociales. Admitida expresamente esta solución convencional, la DGRN concluye que también la cláusula debatida es inscribible, ya que sus efectos son similares al reconocimiento a favor del socio del derecho de separación para el caso de que se deniegue la autorización para transmitir sus participaciones.

En definitiva, la DGRN considera que la cláusula debe poder inscribirse, ya que al socio que pretende transmitir se le permite, en todo caso, realizar el valor patrimonial de sus participaciones sociales. Con ello la DGRN equipara en cierto modo la obligación que se impone al tercero de adquirirlas con el derecho de separación que se reconoce al socio, si bien es preciso tener en cuenta que en este caso el ejercicio del derecho de separación y la satisfacción del valor patrimonial de las participaciones se realiza con cargo al patrimonio de la sociedad.

# Segregar no es la única posibilidad: pueden aportarse ramas de actividad en un aumento de capital

Rosa Cañas  
Departamento de Corporate / M&A

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de julio de 2016 confirma la tesis defendida por el sector mayoritario de la doctrina respecto a la posibilidad de aportar una rama de actividad como contravalor de un aumento de capital, habida cuenta de que los intereses de las partes involucradas quedan suficientemente protegidos por las normas generales del derecho patrimonial y laboral sin necesidad de acudir al mecanismo de la segregación.

Hasta la promulgación en 2009 de la LME las operaciones de aumento de capital mediante aportación no dineraria de rama de actividad eran admitidas en la práctica societaria. No obstante, a partir de la introducción, en virtud del artículo 71 de esta norma, de la figura de la segregación, como modalidad de la escisión en la cual la sociedad aportante –y no sus socios– son los receptores de las acciones, participaciones o cuotas de la sociedad beneficiaria, parte de la doctrina abogó por la obligatoriedad de optar por este mecanismo, rechazando la posibilidad de aportar una rama de actividad como contravalor de un aumento de capital. La cuestión ha resultado polémica, aunque el sector mayoritario de la doctrina más cualificada se manifestaba indiscutiblemente a favor. Alguna RDGRN reciente ha contribuido a generar aún más confusión (la RDGRN de 11 de abril de 2016, con un desconcertante *obiter dictum*).

La DGRN resuelve esta cuestión en su resolución de 22 de julio de 2016 aunque, como veremos, puede que no del todo. En ella se revoca la calificación de la Registradora Mercantil y de Bienes Muebles de Jaén, en virtud de la cual se suspendía la inscripción de un aumento de capital mediante una aportación no dineraria de una rama de actividad, aprobada por las juntas generales de la sociedad aportante y de la sociedad receptora. El rechazo de la inscripción se sustentaba en que ese mecanismo constituía un fraude de ley, al perseguir los mismos efectos que la segregación sin cumplir con los requisitos exigibles a ésta.

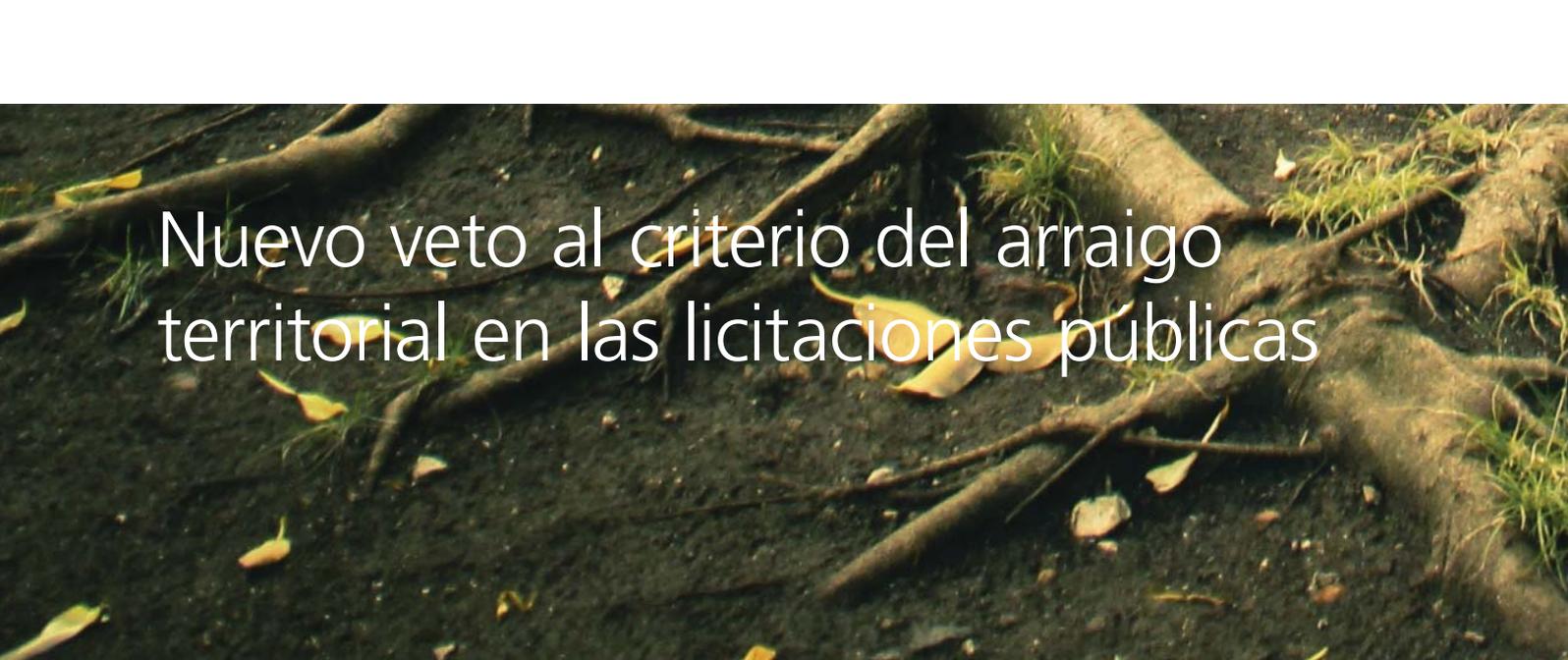
Frente a la calificación de la Registradora, el Notario autorizante de la escritura de aumento de capital recurrió, argumentando que el referido artículo 71 de la LME no excluye la posibilidad de realizar una aportación de industria a una compañía mediante el mecanismo del aumento de capital. A este respecto, se advierte de que los efectos de ambas figuras son distintos, ya que la segregación obtiene por resultado la sucesión a título universal y el aumento de capital por aportación no dineraria no. Ello explica que, en el aumento de capital por aportación no dineraria de rama de actividad, no se exijan las mismas garantías que en la segregación (obligación de publicación, derecho de oposición), toda vez que la protección deriva de las normas generales del derecho patrimonial y laboral. Resultaría incongruente reclamar que se apliquen las garantías de la segregación en un aumento de capital por aportación de rama de actividad, cuando, sin embargo, no se hace en caso de venta de esa misma rama de actividad, presentado este escenario los mismos inconvenientes para los terceros.



Los requisitos establecidos en la LME deberían resultar exigibles únicamente en la medida que se utilicen mecanismos simplificados, pues de otra forma los intereses en juego ya quedan suficientemente garantizados.

Una interpretación teleológica de las normas sirve también de sostén a la tesis. Las modificaciones estructurales tienen por objeto facilitar las operaciones de reestructuración societaria, evitando tener que acudir a los mecanismos ordinarios del derecho de sociedades para lograr la sucesión universal. Por tanto, los requisitos establecidos en la LME deberían resultar exigibles únicamente en la medida que se utilicen estos mecanismos simplificados, pues de otra forma los intereses en juego ya quedan suficientemente garantizados.

La DGRN confirma los argumentos esgrimidos por el Notario recurrente, pero con el relevante matiz de que, en caso de que la aportación de rama de actividad conlleve una alteración en la estructura patrimonial de la sociedad, resultaría exigible el mecanismo previsto para la segregación por resultar más riguroso desde la perspectiva de la posición de los socios. La matización resulta cuestionable, ya que la necesidad de tutela de los socios viene cubierta por el recientemente introducido artículo 160 f de la LSC, que exige la aprobación de la junta general de la sociedad en caso de que la aportación tenga por objeto activos esenciales. La conexión con los negocios de disposición sobre ramas de actividad queda aún más claro en el nuevo artículo 511.bis.1 de la LSC que, para las sociedades cotizadas, exige la aprobación de la junta general en el supuesto de "*transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales*", por lo que no puede estar refiriéndose a otra cosa sino a ramas de actividad. Parece evidente, por tanto, que el legislador también ha reconocido la posibilidad de aportar industria al margen del procedimiento de segregación.



# Nuevo veto al criterio del arraigo territorial en las licitaciones públicas

Álvaro San Felipe

Departamento de Derecho Público y Sectores Regulados

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha dictado una nueva resolución declarando la nulidad de las previsiones establecidas en los Pliegos que otorgan ventaja competitiva a ciertos licitadores por razón de su arraigo territorial.

La Resolución número 258/2016, de fecha 8 de abril, estima el recurso promovido por una Fundación contra los Pliegos que regían la licitación de un contrato de servicios para la gestión de programas de inserción socio-laboral convocado por la Consejería de Política Social de la Comunidad Autónoma de Galicia.

La Fundación impugnaba determinadas cláusulas que consideraba nulas por ser contrarias a principios fundamentales y disposiciones de obligado cumplimiento en contratación pública, concretamente, por otorgar una ventaja competitiva a las empresas con implantación local.

En particular, las cláusulas de los Pliegos recurridas contenían, entre otras, la exigencia de inscripción de la empresa en un registro de entidades prestadoras de servicios sociales de ámbito autonómico, la obligación de disponer títulos habilitantes del inicio de actividades de ámbito autonómico, y la preferencia por aquellos licitadores que ostentaran un distintivo a través del cual se reconoce por la Xunta de Galicia a aquellas empresas que destaquen en la aplicación de las políticas de igualdad.

El recurso se basaba en que las cláusulas impugnadas suponían una vulneración frontal de los principios esenciales de libre acceso, no discriminación e igualdad de trato entre licitadores, así como de las libertades garantizadas por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado y, por consiguiente, de las libertades comunitarias de establecimiento y circulación.

Subyace, en definitiva, la cuestión de si la contratación pública puede ser empleada como un instrumento para promover determinados fines sociales o ciertas políticas, distintas de la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

En este sentido, el Tribunal comienza recordando que tanto este mismo órgano como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se han pronunciado con anterioridad acerca de la necesidad de calificar como nulas *"aquellas previsiones de los pliegos que se funden únicamente en razones de arraigo territorial que pudieran impedir la participación en las licitaciones"*.

Y para sustentar esta tesis y reiterar la condena a este tipo de previsiones el Tribunal se apoya en sólidos argumentos extraídos de la doctrina sentada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y, fundamentalmente, en los principios de libre concurrencia y no discriminación y de libertad de circulación y establecimiento así como en la regulación mencionada en materia de unidad de mercado, especialmente en el principio de eficacia nacional fijado en esta última.

De esta forma, el Tribunal desgana cada una de estas polémicas previsiones y estima su nulidad al considerar



El Tribunal apuesta por desterrar el juego de banderas en el campo de la contratación pública eliminando las cláusulas de los Pliegos que primen la “denominación de origen” de la obra, producto o servicio.

en todas ellas que el hecho de que se exija, incondicionadamente, la obtención de títulos o distintivos o la inscripción de las empresas en registros de carácter regional sin reconocer la posibilidad de obtener otros títulos de análoga eficacia y valor de distinto origen, resulta incompatible con todos estos principios.

La posición de este órgano se puede resumir, así, en la necesidad de *“ser especialmente vigilante a cualquier restricción a la libre competencia fundada directa o indirectamente en el denominado arraigo territorial”*, pues como este mismo tribunal reconoce, los tratados comunitarios persiguen *“garantizar que el prestador de un servicio pueda, con objeto de realizar su prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado miembro donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales”*.

El asunto analizado por el Tribunal no resulta baladí, y menos si tenemos en cuenta que esta misma polémica avivó en una de las licitaciones más notables en el panorama nacional, la relativa al contrato de suministro a Renfe de treinta convoyes para el AVE y su mantenimiento durante cuarenta años, valorado en 2.642 millones de euros. La canadiense Bombardier decidió impugnar los Pliegos del concurso, entre otras razones, por entender que la preponderancia en los parámetros de puntuación otorgada a los fabricantes españoles, suponía una transgresión de las libertades comunitarias esenciales de circulación.

En la Resolución número 391/2016, el Tribunal dio la razón a la compañía canadiense y obligó al operador ferroviario a subsanar estas cláusulas y reabrir el plazo de

presentación de ofertas. Tras su victoria, y habiendo logrado restablecer la igualdad de condiciones con sus competidores, Bombardier se plantea ahora volver al concurso.

En aquella ocasión el Tribunal estableció con claridad la distinción entre el empleo del arraigo territorial como criterio de adjudicación, que queda proscrito, de aquel criterio de adjudicación que está referido a una determinada característica de lo que es objeto del contrato, por más que esa característica pueda ser específica o propia del lugar donde el contrato se va a ejecutar, siempre y cuando la misma sea objetivamente necesaria para la ejecución del contrato o al menos contribuya a una mejor ejecución del mismo, en cuyo caso su inclusión como criterio de adjudicación puede resultar admisible.

La contundencia con la que el Tribunal apuesta por este criterio debe conducir a desterrar el juego de banderas en el campo de la contratación pública eliminando las cláusulas de los Pliegos que primen la *“denominación de origen”* de la obra, producto o servicio.

# Problemática práctica en la audiencia previa: impugnación de documentos

Beatriz Vilar  
Departamento de Derecho Procesal

La fase de impugnación de documentos que tiene lugar en el acto de audiencia previa es un trámite procesalmente determinante a efectos de dilucidar qué documentos harán prueba plena en el proceso respecto del hecho, acto o estado de las cosas que las partes pretendan documentar.

A pesar de los tímidos antecedentes procesales del acto de Audiencia Previa –Ordenanza Procesal Civil austríaca de Franz Klein (1895) y comparecencia previa del juicio de menor cuantía (1984)–, no fue hasta la entrada en vigor de la LEC 2000 cuando se reguló como acto oral previo al Juicio cuyo objeto era, y sigue siendo, el intentar que las partes alcanzaran un acuerdo, el examen de las cuestiones procesales, la fijación del objeto del proceso así como de los extremos de hecho o de derecho sobre los que pudiera existir controversia, la admisión de la prueba a practicar en el posterior acto de Juicio y el señalamiento del mismo.

El trámite de impugnación de documentos –en cuanto a su autenticidad, que no valor probatorio– determinará qué documentos harán prueba plena en el proceso, esclareciendo, en su caso, aquellos extremos de hecho sobre los pudiera existir controversia entre las partes. En caso de impugnación, tiene lugar un incidente que, en la práctica, puede quedar no exento de cierta polémica, pues será éste, y no otro, el momento procesal oportuno para proponer prueba acerca de la autenticidad de los documentos aportados.

El trámite variará en función de (i) el tipo de procedimiento ante el que nos encontremos –verbal u ordinario– ya que dada la modificación operada mediante la Ley 42/2015, de 5 de octubre, actualmente el procedimiento verbal puede celebrarse sin vista, por lo que deberá valorarse si procede solicitar su celebración a efectos de poder formular la oportuna impugnación; y (ii) de la condición del documento impugnado –público o privado–.

La diferencia procedimental entre la impugnación de documentos públicos y privados, probablemente traiga causa de la distinta fuerza probatoria que legalmente se les otorga. Así, mientras los primeros –documentos públicos– hacen prueba plena en el proceso respecto del hecho, acto o estado de las cosas que documentan, a modo de presunción *iuris tantum*; los segundos –documentos privados– tienen el mismo valor probatorio que los primeros, siempre y cuando, no se haya impugnado su autenticidad.

La impugnación de documentos públicos, se encuentra regulada en el artículo 320 LEC. Dicho trámite, pese a su enunciado, no debe confundirse a la vista de su contenido con un mero trámite para realizar alegaciones respecto del valor probatorio del documento en cuestión –ésta, en puridad, deberán quedar relegadas al trámite de conclusiones–. Así, en caso de que una de las partes impugnase la autenticidad del documento público aportado de adverso, será el Juez, de oficio, quién deberá acordar que el secretario judicial coteje o compruebe el documento público con sus originales, debiendo ser citadas todas las partes al efecto. En caso de que la impugnación tenga como resultado la autenticidad del documento público, la parte impugnante deberá hacerse cargo de las costas, gastos o derechos que origine el



En caso de impugnación de documento privado, la diferencia estriba en que no solo el Juez no actuará de oficio, sino que la carga de la prueba para acreditar que el documento aportado es auténtico recaerá sobre la parte que haya visto impugnado su documento.

cotejo o comprobación pudiendo ser incluso multada – con multa de 120€ a 600€– si su señoría considerase que ha obrado temerariamente al realizar la impugnación.

Por otro lado, la impugnación de documentos privados se encuentra regulada en el artículo 326 LEC y el trámite a seguir difiere respecto del anterior supuesto, posiblemente porque no recae la mencionada presunción *iuris tantum* y, por tanto, el trámite debe ir encaminado a determinar la efectiva autenticidad de los mismos más allá de una mera comprobación.

Así, en caso de impugnación de documento privado, la diferencia estriba en que no solo el Juez no actuará de oficio, sino que la carga de la prueba para acreditar que el documento aportado es auténtico recaerá sobre la parte que haya visto impugnado su documento, a cuyos efectos podrá solicitar ya sea el cotejo pericial de letras o cualquier otro medio de prueba que estime útil para acreditar su autenticidad. No obstante, si la prueba que se pretende solicitar para afirmar la autenticidad del documento va a ser el cotejo pericial de letras, deberá designarse a un perito judicial para realizar su valoración, cuya provisión de fondos será a cargo de la parte solicitante: esto es, la parte que haya visto impugnados sus documentos y que afirme su autenticidad. A pesar de lo dicho, si finalmente el perito concluye que el documento privado es auténtico, la parte impugnante deberá devolver el importe de la provisión de fondos y hacerse cargo de las costas, gastos o derechos originados, pudiendo también ser multada por temeridad litigante.

En conclusión, el trámite de impugnación de documentos es una fase esencial de la audiencia previa que determinará qué documentos harán prueba plena en el proceso

respecto del hecho, acto o estado de las cosas que las partes pretendan documentar. En caso contrario, las partes siempre podrán atender a la valoración de los documentos conforme a las reglas de la sana crítica de su señoría, que en todo caso rigen en sede de prueba pericial.



# Presente y futuro de las reclamaciones de daños por prácticas anticompetitivas

Aida Oviedo y Patricia Liñán  
Departamento de Competencia y UE

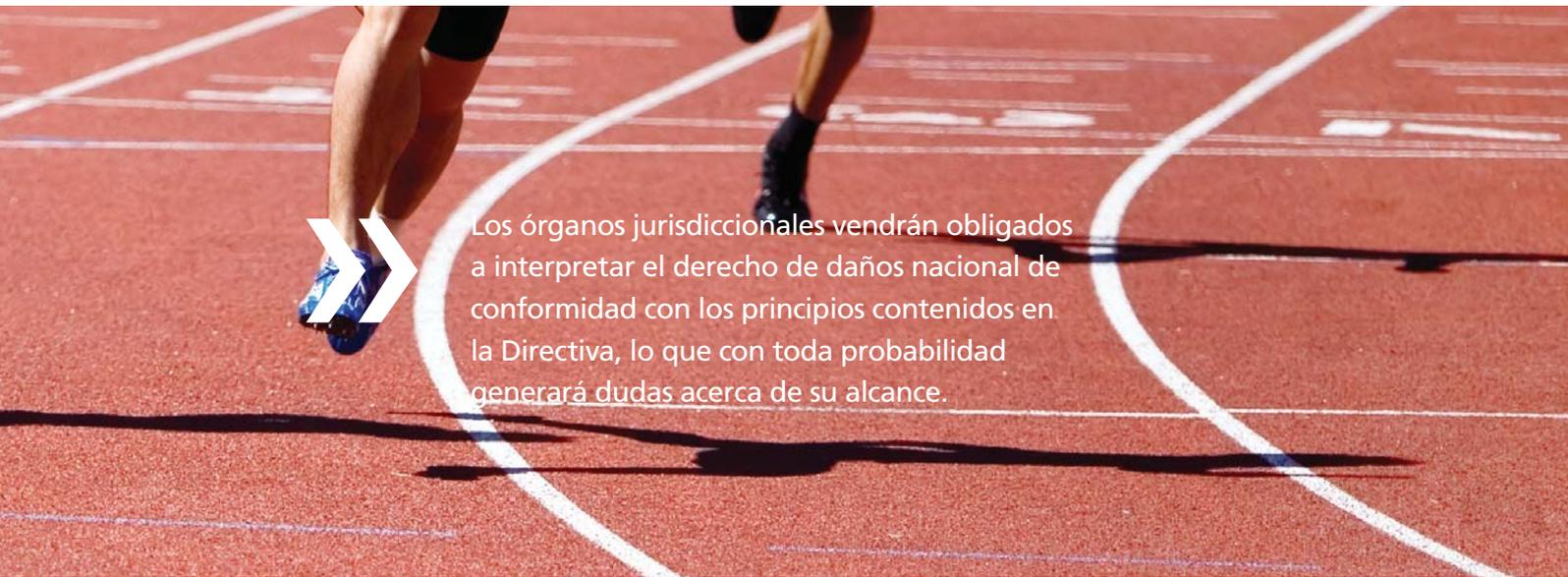
La fecha límite de trasposición de la llamada Directiva de daños se aproxima sin que haya visos de que el Estado español pueda cumplir con su obligación de incorporarla a nuestro ordenamiento jurídico. A continuación repasamos el estado de la cuestión.

## 1. Marco jurídico actual

A día de hoy, las reclamaciones de daños por infracciones de competencia se articulan como reclamaciones por responsabilidad extracontractual, cuyo plazo de prescripción es de un año desde que se tuvo (o pudo tener) conocimiento del daño. Si la reclamación se fundamenta en una resolución firme de la autoridad española de competencia, sólo habrá que probar el daño y la relación de causalidad entre la infracción cometida y el daño. En caso de que la resolución no sea firme, además de probar el daño y la relación de causalidad, habrá que pedir la declaración de la infracción y, para ello, probar su existencia. Las reclamaciones del primer grupo se conocen como de seguimiento o *follow-on* y las segundas, como independientes o *stand alone*. La competencia para conocer de las reclamaciones de daños por infracciones de competencia corresponde a los juzgados de lo mercantil, aunque en el caso de las reclamaciones *follow-on* existe la duda de si los juzgados competentes son los de primera instancia.

## 2. La Directiva 2014/104/UE

La Directiva 2014/104/UE, aprobada en diciembre de 2014 tras un largo periodo de debate, promueve las acciones privadas por daños derivados de infracciones en materia de defensa de la competencia (cárteles, acuerdos restrictivos, abusos de posición de dominio, etc.). A tal fin, la Directiva obliga a los Estados miembros a adaptar sus ordenamientos jurídicos a las obligaciones sustantivas y de procedimiento establecidas en la Directiva. Entre ellas, merece destacar las siguientes: (i) el plazo de prescripción de las acciones de daños y perjuicios, que se fija en cinco años desde que se pudo conocer la infracción, el perjuicio y los responsables, o de un año desde que la resolución en la que se declara la infracción devino firme; (ii) el reconocimiento del efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades de competencia que declaren una infracción y que sean firmes para los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se adopten; (iii) la imposición de la responsabilidad solidaria de los infractores que participen en una misma infracción (salvo para quien haya sido eximido de la multa en el marco de un programa de clemencia y para las PYMES que cumplan con determinados requisitos); (iv) la existencia de una presunción de daños en casos de cárteles; y (v) las normas respecto de la exhibición de las pruebas relevantes para fundar las pretensiones de los demandantes. Algunas de estas cuestiones, como el plazo de prescripción de cinco años o las normas relativas a la exhibición documental, son ciertamente novedosas para nuestro derecho.



Los órganos jurisdiccionales vendrán obligados a interpretar el derecho de daños nacional de conformidad con los principios contenidos en la Directiva, lo que con toda probabilidad generará dudas acerca de su alcance.

### 3. La propuesta de ley

El 15 de enero de 2016, el Ministerio de Justicia publicó la propuesta de ley para la trasposición de la Directiva 2014/104/UE. El documento preveía la inclusión de las normas sustantivas recogidas en la Directiva en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y la de las normas procesales en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Cabe destacar que, en algunas materias, la propuesta iba más allá de lo exigido por la Directiva. Así, por ejemplo, establecía el efecto vinculante de las resoluciones firmes de las autoridades de competencia de cualquier Estado miembro para los tribunales españoles, hacía extensible las normas sobre acceso de la prueba a todos los procedimientos civiles, o establecía la responsabilidad solidaria de la matriz por los daños causados como consecuencia de la participación de su filial en la infracción.

### 4. Futuro próximo

Ante la ausencia de gobierno, es poco probable que España cumpla con la obligación de trasposición en plazo, lo que obliga a considerar el efecto que la falta de trasposición de la Directiva puede tener para los pleitos que se inicien después del 27 de diciembre.

En principio, las directivas solo tienen efecto directo vertical, permitiendo al particular prevalerse de la norma europea frente al Estado, pero no frente a los particulares –horizontal–. La Directiva regula las reclamaciones de daños entre particulares (aplicación privada del derecho de la competencia), así que resulta discutible reconocer, en este caso, un efecto directo a sus previsiones normativas. No obstante, los órganos jurisdiccionales

vendrán obligados a interpretar el derecho de daños nacional de conformidad con los principios contenidos en la Directiva, lo que con toda probabilidad generará dudas acerca de su alcance, pero también acerca del resultado de esa interpretación, puesto que la Directiva, en algunas cuestiones, no destaca por su claridad.

En estas circunstancias, paradójicamente, la fecha en la que debería haberse proporcionado mayor seguridad en el régimen aplicable a las reclamaciones de daños en materia de competencia en España podría ser aquella a partir de la cual se planteen incertidumbres mayores acerca de las normas vigentes en esta materia. Con ello, quizás se aborte el incipiente despegue de las reclamaciones de daños en materia de cárteles.



# Nueva doctrina del Tribunal Supremo en relación con las cantidades anticipadas en los contratos de compraventa

Nerea Sanz y Gerardo Zaldívar  
Departamento de Inmobiliario y Construcción

El Tribunal Supremo ha fijado doctrina en reciente sentencia de 12 de septiembre en relación con la devolución al comprador de las cantidades anticipadas al vendedor en aquellos contratos de compraventa declarados nulos por vicios del consentimiento.

En el caso que nos ocupa (STS núm. 527/2016 de 12 de septiembre), la actora, en su condición de compradora en un contrato de compraventa de vivienda futura, formuló demanda contra la sociedad promotora-vendedora y contra la compañía aseguradora, solicitando la nulidad del contrato de compraventa y, adicionalmente, la devolución de las cantidades entregadas conforme a lo dispuesto en la ya derogada Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (vigente hasta el 1 de enero de 2016 y aplicable, en todo caso, al contrato de compraventa firmado el 7 de enero de 2009) y en la vigente Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

La compradora fundamentó su pretensión alegando la existencia de un vicio del consentimiento, al no haber sido informada en el momento de la firma del contrato sobre la existencia de un litigio iniciado dos años antes, en el que se juzgaba la declaración de nulidad del Proyecto de Interés Regional (PIR) del complejo urbanístico del que formaba parte el inmueble objeto de compraventa y en consecuencia, la orden de derribo del mismo.

El Juzgado de Primera Instancia nº3 de Sevilla declaró nulo el contrato de compraventa y condenó a la vendedora a devolver las cantidades anticipadas por la compradora, eximiendo de responsabilidad a la compañía aseguradora. Dicha resolución fue confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, frente a la cual la compradora presentó recurso de casación solicitando la declaración de responsabilidad de la compañía aseguradora.

Con carácter previo al análisis del fondo de la cuestión, procede recordar que tanto la Ley 57/1968 de 27 de julio como la Ley de Ordenación de la Edificación obligan a la vendedora-promotora a garantizar mediante un contrato de seguro las cantidades entregadas por el comprador, antes o durante la construcción de la vivienda, como adelanto del precio de compraventa. Dicha garantía no podrá ser cancelada hasta que tenga lugar la expedición de la cédula de habitabilidad correspondiente y la acreditación de la entrega de la vivienda al comprador.

En este sentido, para el Tribunal Supremo la obligación de entrega de la cosa vendida presenta un doble aspecto: por un lado el aspecto físico o material, que en el caso de la entrega de bienes inmuebles tiene lugar habitualmente con el otorgamiento de la escritura pública, y por otro el aspecto jurídico, que se refiere al cumplimiento de las condiciones necesarias para que quede garantizada la posesión legal y pacífica del inmueble a favor del comprador (y que incluye, entre otras, la obtención de la cédula de habitabilidad correspondiente). Por lo tanto, a efectos de cancelación de la garantía constituida sobre las cantidades anticipadas, el vendedor debe entregar la vivienda cumpliendo con las condiciones físicas y jurídicas para que la misma pueda ser disfrutada por el comprador



El TS ha fijado como doctrina jurisprudencial la extensión de la garantía legal sobre las cantidades anticipadas para la adquisición de vivienda a aquellos supuestos en los que el contrato no llegue a buen fin por declararse nulo por vicio invalidante del consentimiento.

conforme a su destino, tal y como se desprende de lo dispuesto en los artículos 1.461 y siguientes del Código Civil.

La particularidad del caso que nos ocupa radica en que, a pesar de que la vendedora estaba en disposición de hacer entrega de la posesión física de la vivienda y la licencia de primera ocupación había sido expedida, no puede entenderse que el contrato de compraventa haya llegado a buen fin; en primer lugar, porque el contrato fue declarado nulo de pleno derecho por el Juzgado de Primera Instancia, y en segundo lugar, por la relevancia de las ilegalidades urbanísticas objeto de litigio que finalmente han tenido como resultado la orden en firme de demolición de la urbanización de la que formaba parte el inmueble mediante sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de fecha 9 de marzo de 2011 (confirmada en sentencia de 29 de enero de 2014 del Tribunal Supremo).

En la objeto de análisis, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, ha resuelto el recurso de casación fijando como doctrina jurisprudencial la extensión de la garantía legal sobre las cantidades anticipadas para la adquisición de vivienda a aquellos supuestos en los que el contrato no llegue a buen fin por declararse nulo por existir vicio invalidante del consentimiento, concretamente, por haberse ocultado el vendedor la existencia de vicios en la edificación de naturaleza urbanística, lo que constituye cabalmente un caso claro de error en el objeto. En consecuencia, se condena a la compañía aseguradora a devolver a la compradora las cantidades entregadas a la firma del contrato (más los intereses solicitados en la demanda), por haber actuado sin la diligencia debida al no comprobar la información disponible de su tomador

sobre las contingencias urbanísticas existentes en la fecha del contrato de seguro.

La sentencia pone fin a las habituales controversias existentes hasta la fecha en los tribunales, en relación con la extensión y concepto del riesgo cubierto por la garantía a la que se refiere la Ley 57/68 (que medio siglo después de promulgada, sigue planteando dudas) y la Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la Edificación.

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](mailto:madrid@cms-asl.com) | [cms-asl@cms-asl.com](mailto:cms-asl@cms-asl.com))



Twitter



LinkedIn



[www.cms.law](http://www.cms.law)



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](http://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](http://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, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kyiv, Leipzig, Lisbon, Ljubljana, London, Luxembourg, Lyon, Madrid, Mexico City, Milan, Moscow, Munich, Muscat, Paris, Podgorica, Prague, Rio de Janeiro, Rome, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tehran, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

-----  
[cms.law](http://cms.law)