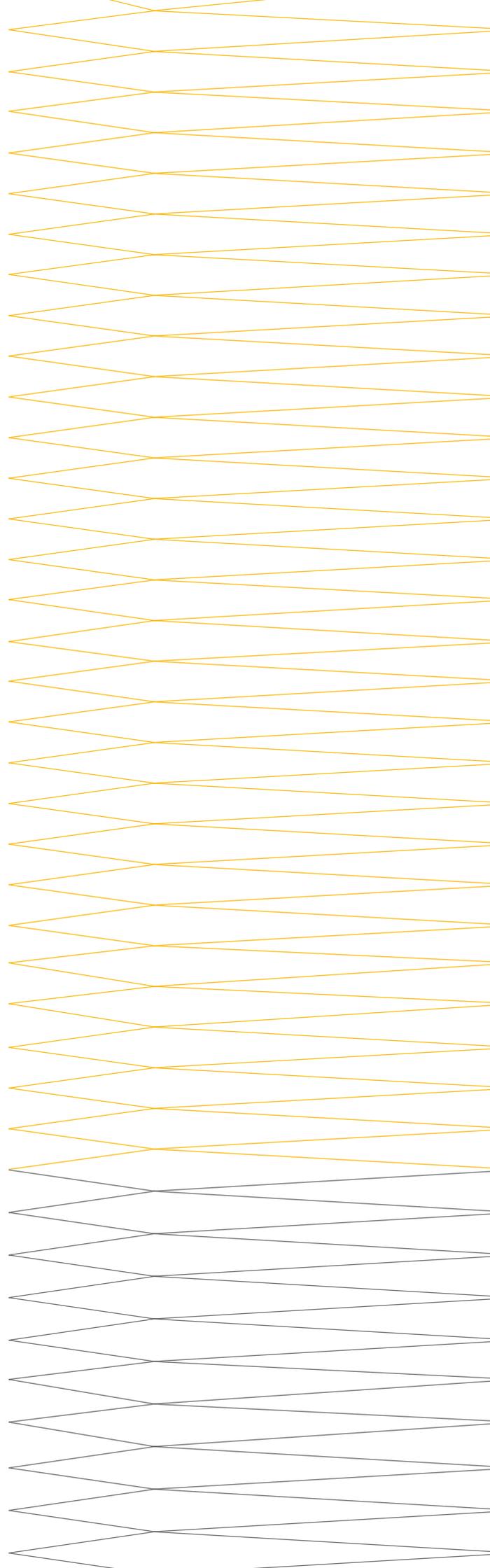


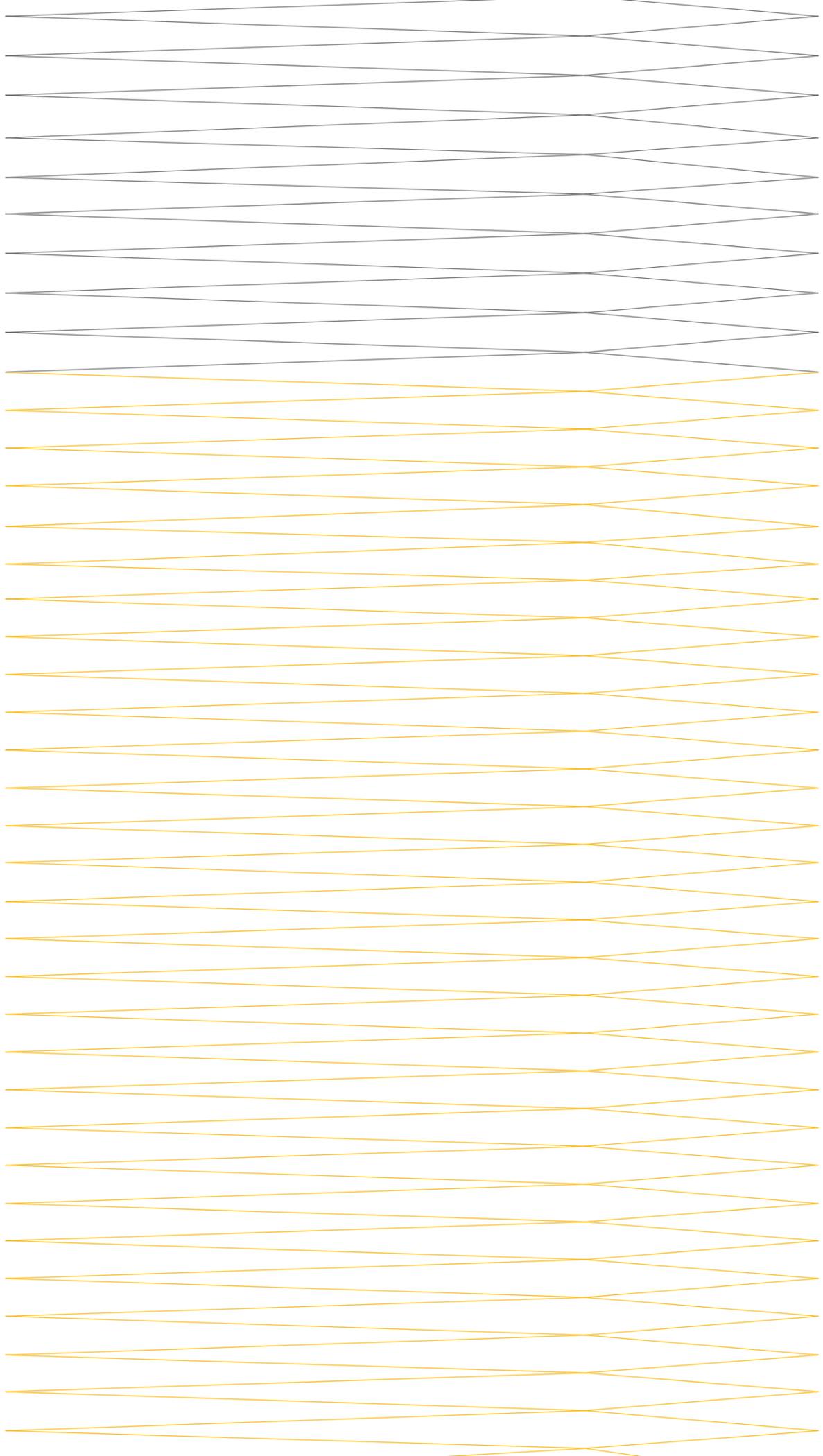
GÓMEZ-ACEBO & POMBO

# Ley de Economía Sostenible

Comentario operativo de la **LES**

Abril 2011

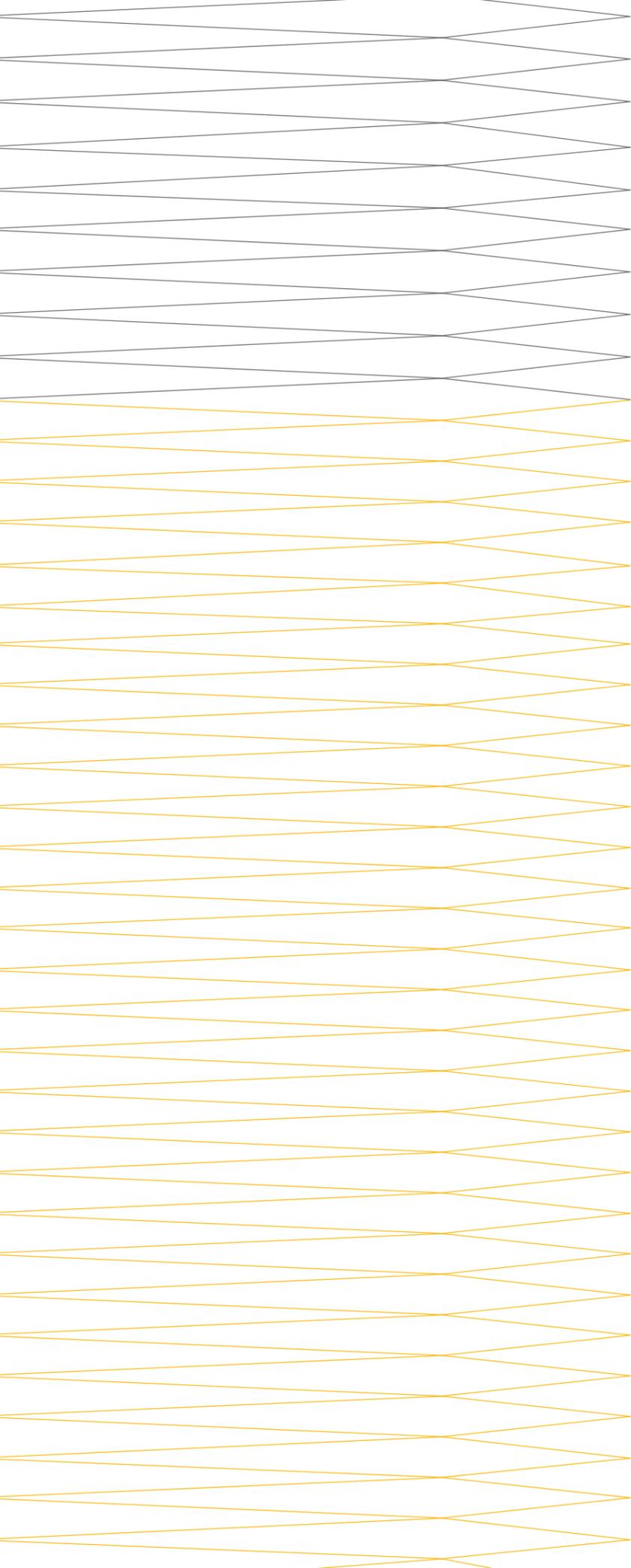




# Introducción

Las aportaciones profesionales que figuran en este Boletín especial relativo a la Ley de Economía Sostenible constituyen trabajos de análisis sobre el articulado de esta Ley, ordenados por materias, y realizados por abogados y consejeros académicos de la firma Gómez Acebo & Pombo, con orientación especial para clientes de la firma. Dada la importancia de cada uno de los extremos considerados por la Ley, así como la magnitud y extensión que alcanza la regulación en ella contenida, ha parecido adecuado y operativo agrupar todas las contribuciones en un volumen unitario con formato equivalente, para más fácil empleo y guía de los operadores interesados.

8	Sociedades cotizadas y sistema financiero Marisa Aparicio González	48	Aspectos medioambientales (modelo energético, cambio climático y deducciones fiscales) Blanca Lozano Cutanda
12	Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público Blanca Lozano Cutanda	53	Novedades fiscales Heribert Padrol, Mariana Díaz-Moro y Jose Manuel Calderón
19	Medidas de simplificación administrativa Blanca Lozano Cutanda	58	Cuestiones laborales, de empleo y de protección social Rodrigo Martín Jiménez
21	Sector audiovisual Ana Isabel Mendoza Losana	63	Defensa de la competencia Ricardo Alonso Soto
23	Telecomunicaciones Ana Isabel Mendoza Losana	67	Planes y fondos de pensiones Ricardo Alonso Soto
30	Telecomunicaciones Anexo: resumen de novedades Ana Isabel Mendoza Losana	75	Ordenación y supervisión de los seguros privados Ricardo Alonso Soto
34	Ordenación de los transportes Alberto Díaz Moreno	79	Mediación de seguros Ricardo Alonso Soto
37	Modificaciones al régimen de las instalaciones fotovoltaicas Ana Isabel Mendoza Losana	82	Los organismos reguladores Diana Cogilniceanu
39	Regulación de los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales Ángel Carrasco Perera	85	Energía nuclear Lo que dice (y no dice) la LES sobre las centrales nucleares Ana Isabel Mendoza Losana
45	El nuevo régimen sancionador de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal Isabela Crespo	89	Patentes y transferencia de tecnología Ángel García Vidal



# Ley de Economía Sostenible

Comentario operativo de la LES

Abril 2011

## Sociedades cotizadas y sistema financiero

**Marisa Aparicio González**

Profesora titular de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid  
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

Las principales novedades que incorpora la LES respecto a las sociedades cotizadas se concentran en el sistema de transparencia informativa (Informe Anual de Gobierno Corporativo), así como en la clasificación de los consejeros. Importantes novedades alcanzan, igualmente, al sistema de supervisión financiera y a la protección de los usuarios de servicios financieros.

La Ley de Economía Sostenible (LES), con origen en el documento *Estrategia para una Economía Sostenible*, aprobado por el Consejo de Ministros en noviembre de 2009, incluye un variado elenco de iniciativas legislativas, reglamentarias y administrativas como estrategia para renovar el modelo de crecimiento de la economía española. Tras casi un año de tramitación parlamentaria, acaba de ser aprobada definitivamente, si bien, en el camino se han producido modificaciones considerables al texto que inicialmente proponía el Proyecto de Ley que publicara el BOCG, en 2010<sup>1</sup>. Se trata de una ley transversal que abarca los más diversos sectores y actividades que se desarrollan en el mercado, con la finalidad de incentivar y acelerar el desarrollo de una economía más competitiva y que, por lo que respecta al régimen jurídico de las sociedades cotizadas y al sistema financiero, afecta del siguiente modo:

### 1. Sociedades cotizadas

Se ha utilizado la LES como vehículo para incorporar importantes novedades al régimen jurídico de estas sociedades, que afectan, básicamente, al sistema de transparencia informativa relacionado con el régimen o sistema de remuneración de sus consejeros, cuestión que, cuando se relaciona con las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión, podrá llegarse a exigir que las citadas entidades procedan a sus políticas de remuneración en coherencia con una gestión del riesgo prudente, sólida y eficaz (art. 27).

Con ello, el Derecho español ha optado por atender por vía legal, y no meramente convencional, la Recomendación 2009/385/CE, que complementó las Recomendaciones 2004/913/CE y 2005/162/CE, en lo que atañe al sistema de remuneración de los consejeros de las empresas que cotizan en bolsa<sup>2</sup>.

Lo esencial del sistema instaurado por la Recomendación consiste en que será el propio Consejo de administración (o bien la Comisión de retribuciones) sobre el que recaiga la competencia para efectuar la presentación de la declaración sobre política de retribuciones a la Junta general de accionistas, la cual, a su vez, deliberará sobre la declaración pero no sobre la política retributiva en sí misma considerada, que habrá sido adoptada previamente por el propio Consejo. Por otro lado, la declaración debe contener información detallada sobre una serie de indicaciones minuciosas, que en el caso de la LES, se refieren, entre otros extremos, al importe de los componentes fijos, los conceptos retributivos de carácter variable y los criterios de rendimientos elegidos para su diseño, así como el papel desempeñado, en su caso, por la Comisión de Retribuciones.

A este documento se le otorga una "naturaleza diversa", pues se trata de un documento prospectivo, y no descriptivo, que contiene un enunciado de intenciones y de orientaciones para promover la información y la discusión entre accionistas, sin sujetar la política retributiva a una necesaria aprobación.

<sup>1</sup> BOCG, Serie A, núm. 60, de 9 de abril de 2010.

<sup>2</sup> Las Recomendaciones 2004/913/CE (DOUE L385, de 29 de diciembre de 2004) y 2005/162/CE (DOUE L52, de 25 de febrero de 2005) tienen su origen en el Plan de Acción para la Modernización del Derecho de Sociedades y la mejora del gobierno de las empresas en la UE, de 2003.

Por su parte, y de manera específica, la Recomendación 2009/384/CE<sup>3</sup>, sobre las políticas de remuneración en el sector de los servicios financieros estableció un conjunto de principios generales para la política de remuneración en el citado sector, aplicable a todas las entidades financieras que operan en el mismo, lo que significa que se aplicará con independencia de si se trata de bancos o cajas de ahorros, equiparándolos, a estos efectos, con las sociedades cotizadas. Los principios persiguen que las políticas de remuneración se ajusten a la estrategia empresarial y a los objetivos, valores e intereses a largo plazo de las entidades financieras y sean coherentes con los principios que rijan la protección de los clientes y de los inversores durante la prestación de los servicios.

**1.1. Identidad de accionistas.** La Disposición final 25ª LES, modifica el art. 497 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), relativo al derecho a conocer la identidad de los accionistas de las entidades que lleven los registros de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta. La modificación consiste en reforzar las garantías de ese conocimiento, reconocido a las sociedades emisoras, en cualquier momento que lo solicite, y con independencia de que las acciones sean o no nominativas. La identificación de los accionistas incluye la dirección y aquellos medios de contacto de que se disponga, para poder dar lugar a la comunicación con ellos. Reglamentariamente se desarrollarán los aspectos técnicos y formales a que se refiere la norma.

**1.2. Remuneración de consejeros.** El art. 27 LES, que se rotula "*Principios de buen gobierno corporativo y adecuada gestión del riesgo en relación con las remuneraciones de los ejecutivos*" establece que las sociedades cotizadas deberán incrementar la transparencia respecto a la remuneración de consejeros y altos directivos y sobre las políticas de retribuciones, con arreglo a lo previsto por el art. 61.bis de la Ley del Mercado de Valores (LMV). Se trata de un nuevo artículo, incorporado por la Disposición final 5ª LES, enmarcado en el nuevo Capítulo VI del Título IV de la LMV, relativo al "*Informe anual de gobierno corporativo*".

Llama la atención que el art. 27 LES remita al art. 61.bis, dedicado –como sabemos– al *Informe anual de Gobierno corporativo*, y sin embargo, no se halle referencia análoga respecto al 61.ter LMV, tratándose éste del precepto en el que se detallan los extremos del "*Informe anual sobre remuneraciones de los consejeros*", que deberá incluir información "completa, clara y comprensible" sobre la política de remuneraciones de la sociedad aprobada por su Consejo de administración, la posible previsión para años futuros, así como un resumen global relativo a la aplicación de la citada política de retribuciones; y, por último, el detalle de las retribuciones individuales devengadas por cada uno de los consejeros. Se trata de un Informe separado e independiente del Informe anual de Gobierno corporativo

Con todo, lo verdaderamente novedoso de la norma no reside en el contenido de los Informes, sino en que por medio de ella se ha incorporado a nuestro Ordenamiento jurídico el sistema conocido como *say on pay*, por medio del cual, se impone a las sociedades cotizadas que sus respectivas Juntas generales procedan a votar sobre las remuneraciones de los miembros del Consejo de administración. Se trata de una votación consultiva, como punto separado del orden del día, sobre el Informe, la política de remuneraciones de la sociedad aprobada por el Consejo para el año en curso, la prevista para años futuros, el resumen global de cómo se aplicó durante el ejercicio y el detalle de las remuneraciones individualizadas devengadas por los consejeros. Esta norma será ya exigible para el ejercicio económico del año 2012 para las sociedades cotizadas, puesto que la Ley ha entrado en vigor sin *vacatio*, y por tanto al día siguiente de su publicación en el BOE. Ello supondrá que antes de que finalice el presente ejercicio, las distintas sociedades deberán concretar el contenido y estructura del Informe anual sobre remuneraciones de los consejeros, para lo que el último apartado del citado art. 61.ter LMV habilita a la CNMV para determinar los contenidos mínimos del mismo.

**1.3. Categorías de consejeros.** Por otro lado, el apartado séptimo del nuevo art. 61.bis LMV establece las categorías de consejeros distinguiendo entre consejero ejecutivo,

<sup>3</sup> DOUE L120, de 15 de mayo de 2009.

consejero dominical y consejero independiente. Además, en relación con los consejeros independientes, la norma habilita a la CNMV para que determine las condiciones que deberá cumplir un consejero para ser calificado como tal. Entre las posibles exclusiones, que impedirán el nombramiento, destacan las siguientes circunstancias, que se contemplan por la norma con carácter abierto:

- Haber sido empleado o consejero ejecutivo de sociedades del grupo.
- Ser o haber sido socio del auditor externo o responsable del informe de auditoría.
- Ser cónyuges, personas ligadas por análoga relación de afectividad, o parientes hasta de segundo grado de un consejero ejecutivo o alto directivo de la sociedad.

## 2. Supervisión financiera

El art. 28 LES obliga a que las autoridades financieras incorporen al ejercicio de sus facultades de inspección y sanción los principios, normas y criterios de calidad que incorporan las Disposiciones finales quinta (para el mercado de valores, en general); séptima (para las instituciones de inversión colectiva); octava (para las entidades de capital riesgo y sus sociedades gestoras); novena (para los intermediarios financieros, en general); y, décima (para las entidades de crédito).

Mención especial requiere la Disposición final sexta. Su contenido va dirigido a modificar la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que –a su vez– se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el *Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre*, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas. La modificación consiste en añadir una nueva letra i) al apartado 2 de la Disposición Adicional segunda de la Ley 26/2003, de 17 de julio, con el siguiente tenor literal:

«i) Una descripción de las principales características de los sistemas internos de control y gestión de riesgos en relación con el proceso de emisión de información financiera regulada».

El problema radica en que la citada Disposición Adicional segunda fue derogada de manera expresa por la Disposición Derogatoria única del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, **de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros. De este modo, no se sabe muy bien qué hacer con el texto aprobado ni dónde aplicarlo. Pudiera haber ocurrido que el largo proceso de tramitación parlamentaria de la LES haya contribuido a producir discordancias como la reseñada, que lamentablemente, no han sido subsanadas previamente al momento de la publicación de la LES.**

## 3. Protección de los usuarios de servicios financieros

El art. 29 LES se refiere a la “responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros”, con el fin de asegurar la práctica de un crédito responsable, las entidades de crédito deberán evaluar la solvencia del prestatario, a la vez que se les obliga a incrementar la información facilitada sobre los productos financieros y bancarios que se ofrecen al usuario.

**3.1. Solvencia del prestatario.** Antes de la celebración del contrato de crédito o préstamo, la entidad de crédito correspondiente evaluará la solvencia del prestatario, para lo que podrá utilizar la información que haya recibido por parte del solicitante, así como la que se desprenda de la consulta de ficheros automatizados de datos.

**3.2. Información sobre productos.** Las entidades de crédito deberán facilitar a los consumidores de productos financieros y bancarios, preferentemente con carácter precontractual, todas las explicaciones posibles y adecuadas para poder valorar si los productos ofrecidos, en especial los depósitos a plazo y los créditos

o préstamos hipotecarios o personales, se adecúan a los intereses, necesidades y situación financiera del solicitante.

- Estas nuevas obligaciones de transparencia serán objeto de desarrollo; tendrán la condición de normas de ordenación y disciplina, y –como expresa literalmente el precepto– podrán tener el contenido siguiente:
- Normas dirigidas a promover las prácticas de concesión responsable de préstamos o créditos.
- Normas sobre la prestación a los consumidores de los restantes servicios bancarios distintos de los de inversión, en especial respecto a la contratación de depósitos y a las comunicaciones que permitan el seguimiento de las operaciones realizadas por dichos clientes.

La información precontractual que debe facilitarse a los consumidores antes de que formalicen sus relaciones contractuales con las entidades, incluyendo las que deben figurar en las páginas electrónicas de la entidad cuando se ofrezcan servicios por esa vía o por otras de comercialización a distancia, todo ello para asegurar que aquella refleje de forma explícita y con la necesaria claridad los elementos más relevantes de los productos contratados.

## 4. Reforma de la ley del mercado de valores

Por otro lado, la Disposición final 5ª LES altera sustancialmente el contenido actual de la LMV, para su adaptación a los principios que incorpora en nuestro Ordenamiento la Ley de Economía Sostenible, afectando del siguiente modo:

**4.1. Se modifican** los arts. 35.1; 70.bis.1 y 3; 84.1.a), b) y g); 85.2, 3, 6 y 7; 86.2; 87.bis.3; 95; 97.1; 98.1 y 3; 99; 100; 101; 102; y, 107.

**4.2. Se añaden** los arts. 61.bis; 61.ter; nuevo párrafo al art. 81.2; letra c) bis al art. 84.2; se añade la letra ll) al art. 90.4; se añaden seis nuevas letras al art. 99; se añaden tres nuevas letras al art. 100; 101.bis; 106.ter; 107.bis; Disposición adicional vigésima; y, Disposición final tercera.

Lo establecido por esta última Disposición (final 3ª LMV) es exigible desde el 1 de enero de 2011 y la información a que se refiere se deberá incluir en el Informe Anual de Gobierno Corporativo que se publique en relación con dicho ejercicio económico.

**4.3. Se derogan** los arts. 23.c; 114.2 y 3; 116 y 116.bis.

La derogación de los arts. 114, 116 y 116.bis es una consecuencia lógica de la incorporación a la Ley de un Capítulo VI en el Título IV (arts. 61.bis y 61.ter), dedicados al Informe anual de gobierno corporativo.

## Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público

**Blanca Lozano Cutanda**

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco  
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

La LES introduce diversas modificaciones en Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. La reforma más importante es la referida al régimen de modificación de los contratos y tiene por objeto restringir las posibilidades de modificación de los contratos del sector público (tanto de los administrativos como los de carácter privado).

La Ley de Economía Sostenible (LES), introduce en su disposición adicional décimo sexta diversas modificaciones en Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Esta es la tercera reforma importante de la LCSP, tras las llevadas a cabo por la Ley 34/2010, de 5 de agosto (que modificó los recursos en materia de contratación pública), y por la Ley 15/2010, de modificación de la Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Por ello, tan sólo cuatro años después de la aprobación de la LCSP, la LES autoriza al Consejo de Ministros para que elabore un texto refundido en materia de contratación pública (disposición final trigésimo segunda).

### I. Resumen de las reformas más importantes

- **Restricción de la posibilidad de realizar modificaciones de los contratos:** a) las normas sobre modificación de los contratos de la LCSP se aplican a partir de ahora no sólo a los contratos administrativos sino a todos los contratos del sector público, incluidos los de carácter privado; b) se limita la posibilidad de realizar modificaciones en los contratos a las expresamente previstas en la documentación que rige el contrato o bien, para las no previstas, cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las causas tasadas y definidas en el nuevo art. 92 quáter; c) las modificaciones no previstas en la documentación del contrato no podrán alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, incluyéndose entre ellas las que igualen o excedan, en más o en menos, el 10 % del precio de adjudicación del contrato (lo que conlleva la supresión de la posibilidad hasta ahora existente, tanto para el contratista como para la Administración, de rescindir el contrato cuando una modificación superase el 20 % del presupuesto de las obras o del precio primitivo del contrato).
- **Introducción de una nueva causa general de resolución de los contratos** consistente en "la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el Título V del Libro I".
- **Introducción de un nuevo tipo de adjudicación directa a las empresas de economía mixta:** los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la LCSP para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto.

### II. Exposición de las distintas modificaciones

#### 1. Exclusión del ámbito de la LCSP de los contratos de investigación y desarrollo

La exclusión de los contratos de investigación o desarrollo prevista en la letra q) del art. 4, apartado 1 de la LCSP, tiene una serie de limitaciones que la convierten en excepcional (entre otras, el que deban ser "contratos de servicios y suministros" que tengan por objeto "prestaciones o productos necesarios para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos,

y que sean celebrados por "Organismos Públicos de Investigación estatales y los Organismos similares de las Comunidades Autónomas").

Para ampliar su ámbito de aplicación, la LES añade una nueva letra r) a este precepto, en virtud de la cual estos contratos se excluyen cuando el órgano de contratación (cualquiera que éste sea) remunera íntegramente la actividad y se implica en los beneficios y riesgos de la misma (para lo cual podrían crearse empresas de economía mixta, no infrecuentes en el ámbito científico), con el fin de desarrollar "soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado".

#### 2. Modificaciones introducidas en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado

- Ámbito subjetivo de aplicación: se da una nueva redacción al art. 11 LCSP que amplía la posibilidad de suscribir este tipo de contratos a las entidades públicas empresariales u organismos similares de las Comunidades Autónomas (hasta ahora sólo podían hacerlo las Administraciones Públicas).
- Exclusión de la necesidad de evaluación previa a la iniciación de un expediente de contrato de colaboración cuando se hubiere efectuado previamente para un supuesto análogo. Se introduce un nuevo apartado en el art. 118 LCSP, con el fin de aligerar trámites, en virtud del cual no será necesario realizar la evaluación previa cualificada sobre la necesidad del contrato, que demuestre la imposibilidad de atender el objeto por otra vía alternativa de contratación, cuando un órgano de la misma Administración o entidad que pretenda realizar el contrato (no necesariamente el mismo órgano de contratación) la hubiese efectuado previamente para un supuesto análogo, siempre que no se hubiese realizado de forma sucinta por razones de urgencia (pues por su carácter sucinto no se han evaluado con profundidad las ventajas e inconvenientes de este procedimiento de contratación).

Interesa señalar que las mayores novedades que introduce la LES en los contratos de colaboración público-privada no se contienen en estas modificaciones de la LCSP que realiza la disposición final décimo sexta. Consisten en la regulación de la financiación de los adjudicatarios de estos contratos contenida en el art. 37 de la Ley a la que ya hemos hecho referencia, y en la posibilidad de que estos contratos obtengan avales del Estado, que se introduce en la Ley General Presupuestaria por la disposición final décimo séptima.

#### 3. Garantía de solvencia en la sucesión en la persona del contratista

Se regula con mayor detalle la garantía de solvencia en los casos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, hasta ahora el art. 202.4 sólo preveía que "continuará el contrato con la entidad resultante o beneficiaria, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación" y ahora, el nuevo art. 73 bis (que configura un nuevo Capítulo III, en el Título II del Libro I) añade la posibilidad, para garantizar esta solvencia, de que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquélla de la ejecución de contrato".

Se precisa, además, que si en estos casos "no pudiese producirse la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario".

#### 4. Modificación de los contratos

La reforma más importante de la LCSP que acomete la LES es, sin duda, la referida al régimen de modificación de los contratos y tiene por objeto restringir las posibilidades de modificación de los contratos del sector público (tanto de los administrativos como los de carácter privado). Con esta modificación, como reconoce la exposición de mo-

tivos de la LES, pretende adecuarse la LCSP a las prácticas recomendadas por la Unión Europea, pues el Reino de España ha sufrido varias llamadas de atención por la facilidad con la que se podían acometer modificaciones.

Para llevar a cabo la reforma, la LES introduce un nuevo Título V en el Libro I de la LCSP, con la rúbrica "Modificación de los contratos", y da una nueva redacción al art. 202 LCSP sobre la "Potestad de modificación de los contratos", que remite su régimen a este nuevo Título y dispone que "las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para el contratista". Las principales novedades de esta reforma son:

- Las normas sobre modificación de los contratos se aplican no sólo a los contratos administrativos sino a todos los contratos del sector público, incluidos los de carácter privado. Así resulta de la nueva redacción que da la LES al artículo 20.2 LCSP dedicado al régimen jurídico aplicable a los contratos privados del sector público, al que se añade un párrafo en virtud del cual "serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos".

- Se distingue claramente entre las modificaciones previstas en la documentación del contrato (pliegos o anuncio de licitación) y las no previstas en la misma, solucionando así los problemas interpretativos que se derivan de la conjunción de estos dos apartados en el artículo 202 LCSP.

- Las modificaciones previstas en la documentación que rige el contrato se admiten siempre que: a) se detallen de forma "clara, precisa e inequívoca" sus condiciones, alcance y límites, con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y del procedimiento que haya de seguirse para ello; b) se definan con "total concreción" los supuestos en que podrá modificarse, por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva (nuevo art. 92 ter).

Como lógica consecuencia de esta previsión, se modifica el art. 76 LCSP relativo al "cálculo del valor estimado de los contratos", disponiéndose que en el caso de que se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, "se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas".

- Las modificaciones no previstas en la documentación (que integran propiamente el "ius variandi" de la Administración en cuanto prerrogativa administrativa unilateral) únicamente podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las causas tasadas y definidas por el nuevo artículo 92 quáter de la LCSP (frente al alto grado de indefinición de las mismas en la redacción anterior del art. 202 de la LCSP, que aludía con carácter genérico a "razones de interés público y para atender a causas imprevistas"). Se limita de esta forma la discrecionalidad de la Administración para la modificación del contrato, pero se amplía, en cambio, como se verá, para la resolución del mismo por razones de interés público.

- Como garantía absoluta de inmutabilidad del contrato se dispone, de acuerdo con las recomendaciones de la Unión Europea, que las modificaciones no previstas en la documentación del contrato no podrán alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación. Se precisan con detalle los supuestos en que ha de considerarse que una modificación altera sustancialmente estas condiciones esenciales (nuevo art. 92 quáter, apartado 3). Entre ellas, procede reseñar las modificaciones que "igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por 100 del precio de adjudicación del contrato", por cuanto la prohibición de estas modificaciones conlleva la supresión de la posibilidad hasta ahora existente, tanto para el contratista como para la Administración, de rescindir el contrato cuando una modificación superase el 20 % del presupuesto de las obras o del precio primitivo del contrato.

- Procedimiento para efectuar las modificaciones contractuales.

- En el caso de contratos administrativos, la LES modifica el art. 195 LCSP a fin de rebajar la cuantía de la modificación del precio primitivo del contrato a partir de la

cual se exige dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo de la comunidad autónoma a un 10 % (hasta ahora era del 20 %), en consonancia con la consideración de las modificaciones que superen ese porcentaje como una alteración de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación no permitida.

- Para el resto de los contratos del sector público (incluidos los de carácter privado), las modificaciones contractuales se efectuarán: a) las previstas en la documentación del contrato, en la forma que se hubiese especificado en el anuncio o en los pliegos; b) para las no previstas, si el proyecto o las especificaciones técnicas se hubieran preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, deberá dársele audiencia para que formule las consideraciones que tenga por conveniente.

- Previsiones específicas para la modificación del contrato de obras

Conforme a la nueva redacción del art. 217 LCSP, las modificaciones se atenderán a lo establecido en el art. 202 LCSP, en su nueva redacción, y en el Título V del Libro I que introduce la LES, y son obligatorias para el contratista. Para el supuesto de que las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, se suprime la posibilidad de que, si el contratista no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación pueda utilizar para contratarlas con otro empresario el procedimiento negociado sin publicidad.

- Previsiones específicas para la modificación del contrato de concesión de obra pública

– Modificación del Proyecto. De acuerdo con la nueva redacción del art. 226 LCSP, una vez perfeccionado el contrato, sólo podrán introducirse modificaciones en el proyecto de acuerdo con lo establecido en el nuevo Título V del Libro I (o del ejercicio de la potestad de *ius variandi* por la Administración prevista en el art. 232.1.b, pero que debe justificarse igualmente por lo establecido en dicho Título).

Se suprime la posibilidad de que el concesionario solicite la resolución del contrato cuando las modificaciones impuestas incrementen o disminuyan la obra en un porcentaje superior al 20 % del importe de las obras o representen una alteración sustancial del proyecto. A partir de ahora será el plan económico-financiero de la concesión el que "deberá recoger en todo caso, mediante los oportunos ajustes, los efectos derivados del incremento o disminución de los costes".

La supresión de esta posibilidad de solicitar la resolución del contrato por modificaciones superiores al 20 % del importe de las obras o que representen una alteración sustancial del proyecto se corresponde con la prohibición de que las modificaciones de los contratos alteren las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, debiendo entenderse que alteran estas condiciones esenciales las modificaciones que igualen o excedan, en más de un 10 % el precio de adjudicación del contrato. Cuando esto ocurra, la resolución ya no constituye una posibilidad sino una obligación pues, como veremos a continuación, ahora se establece como causa de resolución del contrato la posibilidad de "producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos (los inicialmente pactados), cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el Título V del Libro I" (nueva letra h del art. 206 LCSP).

- Modificación de la obra. Las modificaciones únicamente se permiten cuando el interés público lo exija y concurren las circunstancias previstas en el nuevo Título V del Libro I, o si se trata de la realización de obras complementarias adjudicadas mediante el procedimiento negociado que contempla el art. 155 b) (nueva redacción del art. 233 dada por la LES).

- Previsiones específicas para la modificación de los contratos de suministro y de servicios.

En ambos casos, las referencias a los supuestos de modificación de los contratos se hacen al art. 202 y al nuevo Título V del Libro I, y se suprime el derecho a obtener una

indemnización en caso de supresión o reducción de unidades de bienes o de unidades o clases de equipos cuando las modificaciones en el contrato, impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20 % del precio primitivo del contrato, o representen una alteración sustancial de la prestación inicial por la razón, ya expuesta, de que estas modificaciones dejan de ser posibles tras la reforma (nueva redacción dada al art. 282 por la LES).

Se modifican numerosos preceptos de la LCSP a fin de revisar las referencias a las causas de modificación, que ahora se hacen a las previsiones contenidas en el art. 202 y en nuevo Título V del Libro I.

##### 5. Obras o servicios complementarios que pueden adjudicarse mediante procedimiento negociado al contratista: ¿una vía para burlar la restricción de las modificaciones?

A diferencia de lo que ocurre con la revisión del contrato, la LES no restringe la posibilidad, prevista en el art. 155 b) y 158 b), de adjudicar mediante procedimiento negociado obras o servicios complementarios que no figuren en el proyecto ni en el contrato pero que por una circunstancia imprevista pasen a ser necesarias para su realización. Además de los requisitos de que las obras o los servicios no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes a la Administración o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento, se exige que su importe no supere el 50 % del precio primitivo del contrato.

Procede señalar la incongruencia que supone que la reforma de la LES mantenga la posibilidad de acudir a obras o servicios complementarios cuando su importe no supere el 50 % del precio primitivo del contrato cuando no se admiten modificaciones que superen más del 10 %, lo que hace previsible que en los contratos de obras y de servicios se intente forzar el concepto de modificaciones complementarias para introducir modificaciones ahora proscritas en los contratos administrativos de obras o de servicios.

Se elimina, por otra parte, el último inciso de ambos preceptos, según el cual las demás obras o los demás servicios complementarios "que no reúnan los requisitos señalados habrán de ser objeto de contratación independiente", con lo que se quiere evitar la interpretación de que se adjudicarán por procedimiento negociado (según el párrafo general del precepto) pero no necesariamente al adjudicatario del contrato inicial, cuando lo cierto es que deberán adjudicarse mediante el procedimiento que corresponda de acuerdo con el valor estimado del contrato.

##### 6. Resolución de los contratos

- Se introduce una nueva causa general de resolución de los contratos. La LES introduce una nueva causa de resolución en letra g) en el art. 206 LCSP, consistente en "la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el Título V del Libro I".

Ante la importante restricción de las causas de modificación, resultaba preciso ampliar la discrecionalidad de la Administración para declarar la resolución del contrato por razones de interés público, y esta resolución se ve, además, ligeramente favorecida en cuanto a la indemnización otorgada por la parte que resta por realizar baja del 6 % al 3 % (artículo 208 LCSP).

- Aplicación de las causas de resolución. Se suprime la previsión del art. 207 LCSP de que, en los supuestos de modificaciones que excedan el 20 % del precio inicial del contrato, la Administración pueda instar su resolución. Esta modificación responde, como ya se ha expuesto, a la prohibición de introducción de modificaciones que igualen o excedan en más de un 10 % el precio de adjudicación del contrato.

- Efectos de la resolución. La LES añade dos nuevos apartados en el art. 208 LCSP, en virtud de los cuales:

- Cuando la resolución se acuerde por la nueva causa de imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público, se establece que "el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista".
- En estos casos, como ya se ha adelantado, al tiempo de incoarse el expediente de resolución del contrato, podrá iniciarse el de adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de éste quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos.

- Previsiones específicas para la resolución del contrato de obras.

Se suprimen, en la nueva redacción dada al art. 220, las causas de resolución del contrato hasta ahora contempladas en sus letras d) y e), relativas a: a) los errores materiales del proyecto o presupuesto elaborado por la Administración que afecten al presupuesto de la obra en al menos un 20 %, y b) las modificaciones del contrato que impliquen alteraciones en su precio en cuantía superior, en más o en menos, al 20 % del precio primitivo, o impliquen una alteración sustancial del proyecto inicial. Como ya hemos expuesto, la supresión de esta posibilidad de resolver los contratos por incrementos en la obra superiores al 20 % se debe a la prohibición, con carácter general, de modificaciones contractuales que igualen o excedan en más de un 10 % el precio de adjudicación del contrato.

- Previsiones específicas para la modificación de los contratos de suministro y de servicios.

Se suprime igualmente en ambos casos, y por la misma razón, la posibilidad de pedir la rescisión del contrato por modificaciones del mismo que impliquen alteraciones en su precio en cuantía superior, en más o en menos, al 20 % del precio primitivo, o impliquen una alteración sustancial del proyecto inicial (nueva redacción de los arts. 275 y 284).

##### 7. Subcontratación

Se amplía la posibilidad de que el órgano de contratación imponga al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados con el mismo de determinadas partes de la prestación, pues hasta ahora se requería que estas partes de la prestación no excedieran en su conjunto del 30 % del importe del presupuesto del contrato y ahora este porcentaje se incrementa al 50 % (nueva redacción del apartado 7 del art. 210 LCSP). Esta previsión aparece orientada a incrementar la participación en el sector de la contratación pública de pequeñas y medianas empresas.

##### 8. Contrato de concesión de obra pública: la suspensión de la obra por causa imputable a la Administración o fuerza mayor determina la suspensión del plazo y no el derecho a prórroga

El derecho a prórroga en el plazo de ejecución de la obra del contratista en estos casos se sustituye por la previsión de que estos periodos de suspensión "no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo del plazo de duración de la ejecución y del establecido para la ejecución de la obra" (art. 225, en la redacción dada por la LES). Aunque el efecto es el mismo, la aplicación de la suspensión ex lege y no del derecho a prórroga resulta más apropiada. Se adaptan a esta previsión los artículos 243 y 244, eliminándose la referencia a la prórroga del art. 225 ahora suprimida.

## Medidas de simplificación administrativa

Blanca Lozano Cutanda

Catedrática de Derecho Administrativo en la Universidad del País Vasco  
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo**9. Posibilidad de previsión del carácter positivo del silencio en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados en materia de ejecución**

Se modifica la disposición final octava, apartado 2 (DF 16 35), para introducir la posibilidad de que, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa a la ejecución, consumación o extinción del contrato administrativo, pueda establecerse específicamente el carácter estimatorio del silencio, teniendo en otro caso, como hasta ahora, carácter negativo.

**10. Introducción de un nuevo tipo de adjudicación directa a las empresas de economía mixta**

Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la LCSP para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

Se trata ésta de una previsión importante, que viene a regular una situación que, de hecho, ya se estaba produciendo en la práctica sin una cobertura legal específica, y que posibilita una mayor implicación del órgano de contratación en la ejecución del contrato, más allá de la fórmula del contrato de colaboración público-privada.

**11. Plataforma electrónica de contratación del Estado de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa**

La obligación de que los perfiles de los contratantes se integren en ella se extiende a todos los órganos de contratación del sector público estatal, y se prevé que en las sedes electrónicas de estos órganos se incluirá un enlace a su perfil de contratante situado en la Plataforma de Contratación del Estado (art. 309 LCSP). De esta forma, como destaca la Exposición de Motivos de la LES, "se centraliza el acceso a la información contractual en una plataforma electrónica en la que se difundirá toda la información relativa a las licitaciones convocadas por el sector público estatal".

**III. Régimen transitorio**

Los contratos administrativos regulados por la LCSP que hayan sido adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se registrarán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior (disposición transitoria séptima de la LES).

La Ley de Economía Sostenible (LES) dedica el capítulo I de su título II a la «simplificación administrativa», con unos preceptos dirigidos a la ampliación del silencio positivo y a la restricción del sometimiento a licencia de actividades de las entidades locales que vienen a reforzar o a ampliar las medidas contenidas en las leyes de transposición de la directiva de servicios (Ley 17/2009, conocida como «ley paraguas», y Ley 25/2009, de 22 de diciembre, conocida como «ley ómnibus»).

**1. Medidas para la ampliación del ámbito del silencio positivo**

El apartado primero del artículo 40 de la LES, que parece más un compromiso político que un precepto jurídico, emplaza al Gobierno para que, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la ley, remita a las Cortes Generales un proyecto de ley de modificación del sentido del silencio en los procedimientos que no se consideren cubiertos por razones imperiosas de interés general.

Se trata de revisar los procedimientos regulados por normas anteriores a la inclusión de este requisito en el artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP) por la Ley 25/2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Sin este proceso de revisión, la ampliación del silencio positivo podría perder toda su virtualidad como consecuencia de la aplicación de la regla contenida en la disposición adicional cuarta de la propia ley ómnibus, en virtud de la cual «se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquellos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley por normas con rango de ley o de derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto».

El apartado segundo del artículo 40 se dirige a las comunidades autónomas, requiriéndolas (con una más que dudosa habilitación competencial para establecer qué medidas de desarrollo o ejecución de la legislación básica han de adoptar) para que evalúen la existencia de razones imperiosas de interés general que justifiquen el mantenimiento de los efectos desestimatorios del silencio administrativo en los procedimientos administrativos regulados por normas anteriores a la redacción del artículo 43 de la LRJAP derivada de la ley ómnibus.

**2. Ley Reguladora de Bases de Régimen Local: sustitución con carácter general de las licencias municipales por comunicaciones previas**

La ley ómnibus ya había aplicado a las actividades de servicios de las entidades locales la regla del carácter excepcional de la exigencia de licencia municipal, salvo que concurrese una razón imperiosa de interés general, debiendo sustituirse este medio de control por comunicaciones previas o declaraciones responsables.

La LES amplía este régimen a todo tipo de actividades y establece además de forma tasada las razones de interés general que pueden justificar la exigencia de licencias (actividades que afecten a la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, la seguridad o la salud públicas o que impliquen uso privativo y ocupación de bienes de dominio público, siempre que su exigencia esté justificada y resulte proporcionada).

El Capítulo I del Título II de la LES se dedica a la "simplificación administrativa", con preceptos dirigidos a la ampliación del silencio positivo y a la restricción del sometimiento a licencia de actividades de las Entidades locales, que vienen a reforzar o a ampliar las medidas contenidas en las leyes de transposición de la Directiva de Servicios.

## Sector audiovisual

Otra limitación añadida es la previsión de que «en caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes entre una entidad local y alguna otra Administración, la entidad local deberá motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización o licencia el interés general concreto que se pretende proteger y que éste no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente».

Para las actividades no sometidas a autorización habilitante, las entidades locales deberán establecer los procedimientos de comunicación necesarios y de verificación posterior de los requisitos para su ejercicio previstos en la legislación sectorial.

La LES pretende así frenar el carácter expansivo de las licencias municipales, logrando una mayor agilidad y simplificación administrativas. Pero para que las arcas municipales no sufran por la pérdida de ingresos asociados a las licencias (que explican en buena medida la expansión de esta técnica de control), se deja a las corporaciones locales la posibilidad de implantar tasas por la «actividad de verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en la legislación sectorial cuando se trate de actividades no sujetas a autorización o control previo» (art. 20.4i del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en la redacción dada por el art. 42 de la LES).

La disposición adicional octava de la LES establece que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la ley, el Gobierno evaluará la existencia de estas razones en las previsiones existentes sobre licencias locales de actividad y presentará un proyecto de ley de modificación de las normas en las que no concurren dichas razones. Las comunidades autónomas y las entidades locales, en un plazo de doce meses tras la entrada en vigor de la presente ley y en el ámbito de sus competencias, adaptarán igualmente su normativa.

Ana Isabel Mendoza Losana

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

### 1. Obligación de financiación de obras audiovisuales en lenguas oficiales en España (DF 41ª.Uno)

El párrafo séptimo del artículo 5.3 de la Ley 7/2010 pasa a ser párrafo cuarto, pero esto no modifica significativamente el contenido de la norma que ya imponía la obligación de contribuir a la financiación de la industria del cine europeo. Los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva tanto de cobertura estatal como autonómica, los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas que difundan a través de sus redes canales de televisión y los prestadores de servicios de catálogo de programas deben contribuir anualmente a la financiación anticipada de contenidos audiovisuales europeos (películas cinematográficas, películas y series para televisión, documentales, películas y series de animación) (art. 5.3.I y IX Ley 7/2010). El porcentaje mínimo será del 5%, para los prestadores de servicios audiovisuales privados, y del 6%, para los prestadores de servicios de titularidad pública, de los ingresos (no de los beneficios), devengados en el ejercicio anterior conforme a su cuenta de explotación correspondiente a los canales en los que emiten estos contenidos con una antigüedad inferior a siete años desde su fecha de producción (art. 5.3.I Ley 7/2010). El 60% de esta cantidad se destinará a la producción de obras en alguna de las lenguas oficiales en España (art. 5.3.IV Ley 7/2010 en redacción dada por DA 41ª.Uno LES).

### 2. Composición del consejo estatal de medios audiovisuales (DF 41ª. Dos)

Se reduce el número de integrantes del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (art. 49.1.I Ley 7/2010 en redacción dada por DF 41ª.Dos LES). Se elimina la vicepresidencia y un consejero, quedando integrado por la presidencia y seis consejerías, cuyos titulares serán nombrados por el Gobierno mediante Real Decreto, a propuesta del Congreso de los Diputados por mayoría de tres quintos entre personas de reconocida competencia en materias relacionadas con el sector audiovisual en todas sus vertientes.

### 3. Exclusión de los anuncios de servicio público o benéficos del concepto de «publicidad» (DA 41ª.Tres)

Aunque conforme a las definiciones de «comunicación comercial audiovisual» y «mensaje publicitario» contenidas en el artículo 2, párrafos 24 y 25, de la Ley 7/2010 resultaba difícil calificar los anuncios de servicio público (ej. campañas contra los accidentes de tráfico) o benéficos (ej. campaña, «un juguete, una ilusión») como «publicidad», la nueva DA 7ª introducida por la LES pretende disipar cualquier duda al afirmar que «no tienen la consideración de publicidad los anuncios de servicio público o de carácter benéfico, difundidos gratuitamente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de esta Ley». Sin embargo, **la exclusión de estos anuncios del concepto de «publicidad» no opera de forma automática en relación al cómputo del tiempo dedicado a publicidad en la programación televisiva** (art. 14 Ley 7/2010). A estos efectos, se requiere el pronunciamiento de la autoridad audiovisual competente que «podrá resolver, a solicitud de los interesados y previamente a su emisión, sobre la no consideración como mensajes publicitarios de estas comunicaciones» (nueva DA 7ª de la Ley 7/2010 introducida por DA 41ª.Tres LES).

La Ley de Economía Sostenible modifica la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual e introduce un nueva tasa relativa a las obras audiovisuales.

**4. Nueva tasa por examen de películas cinematográficas y otras obras audiovisuales para su calificación por grupos de edad (DF 50ª)**

Con efectos a partir de tres meses desde la publicación en el BOE de la LES, se modifica el artículo 38 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para crear una nueva tasa por examen de películas cinematográficas y otras obras audiovisuales, para su calificación por grupos de edad cuando dicho examen venga establecido por disposición legal o reglamentaria. La nueva tasa sustituye a la tasa por examen y expedición de certificados de calificación de películas cinematográficas y demás obras audiovisuales.

La cuantía de la tasa se aplicará en función de la duración de las películas cinematográficas y otras obras audiovisuales, de acuerdo con los tramos establecidos legalmente.

**5. Oportunidad perdida**

Curiosamente, no se ha aprovechado esta oportunidad para transponer al ordenamiento español la Directiva 2010/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual)<sup>1</sup>, publicada sólo unos días después que la Ley 7/2010. Aunque parte de su contenido quedó incorporado a la Ley Audiovisual (ej. límites a la publicidad, protección de los menores), existen otros aspectos, -como el derecho a la réplica en la radiodifusión televisiva (art. 28 Directiva)-, que no están regulados en la Ley nacional y sobre los que la Comisión Europea tendrá que pronunciarse a más tardar el 19 de diciembre de 2011 (art. 33 Directiva).

<sup>1</sup> DO L 95, 15 de abril del 2010.

Ana Isabel Mendoza Losana

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

**1. Introducción**

Como una suerte de declaración de buenas intenciones, la Disposición Adicional 17ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES) proclama el compromiso del Gobierno de «acelerar la implantación de la Sociedad de la Información con el fin de contribuir al crecimiento económico, maximizando el potencial de las TIC para la creación de empleo, la sostenibilidad y la inclusión social». Entre otros objetivos, se pretende «mejorar la velocidad, calidad y capacidad de las redes de telecomunicaciones así como extender la cobertura de las redes troncales de alta capacidad en zonas rurales».

De forma más concreta, el Capítulo IV del Título II de la LES se dedica a «las Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información». A continuación se exponen las principales novedades en este ámbito. Antes, se ha de recordar que el Consejo de Ministros del 10 de diciembre de 2010, aprobó el anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones que transpone al ordenamiento español las Directivas europeas integradas en el Paquete Telecom aprobado en noviembre de 2009 y que incide en algunas de las novedades ya contenidas en la LES.

**2. Espectro radioeléctrico (arts. 47, 48 Y 51 LES)****1.1. Coexistencia de sistemas GSM y UMTS en las bandas de frecuencias de 900MHz y 1800MHz (art. 47)**

Fruto del desarrollo de nuevas tecnologías y como manifestación del principio de neutralidad en el uso del espectro, con la pretensión de incentivar el despliegue de nuevas tecnologías y servicios móviles (ej. en aeronaves o en buques), el artículo 47 de la LES da cobertura legal a lo que ya prevé el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias (CNAF), aprobado por Orden ITC/332/2010, de 12 de febrero (BOE NÚM. 44, 19-2-2010)<sup>1</sup>. Se regula la utilización de nuevas tecnologías en las bandas de frecuencias de 900MHz y 1800MHz. Esto permite la **coexistencia de los sistemas GSM** (telefonía móvil de segunda generación) y **UMTS** (telefonía de tercera generación que añade conexiones a Internet de alta velocidad a los servicios normales de telefonía) en las frecuencia GSM de 900 MHz. y 1800MHz. Así, en cumplimiento de la Directiva 2009/114/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 87/372/CEE del Consejo, relativa a las bandas de frecuencia a reservar para la introducción coordinada de comunicaciones móviles terrestres digitales celulares públicas paneuropeas en la Comunidad, y de la Decisión de la Comisión 2009/766/CE, de 16 de octubre de 2009, relativa a la armonización de las bandas de frecuencias de 900MHz y 1.800MHz para los sistemas terrestres capaces de prestar servicios paneuropeos de comunicaciones electrónicas en la Comunidad, **las bandas de frecuencias de 880-915MHz y 925-960MHz (banda de 900MHz) y de 1.7101.785MHz y 1.805MHz-1.880MHz (banda de 1.800MHz) se ponen a disposición de los sistemas GSM, de los sistemas UMTS y de otros sistemas terrestres** capaces de prestar servicios de comunicaciones electrónicas que puedan coexistir con los sistemas GSM.

<sup>1</sup> Conforme al artículo 3 de la Directiva 87/372/CEE en redacción dada por el artículo 1.3 de la Directiva 2009/114), los Estados miembros debían adoptar las medidas para la liberalización de la banda 900 antes del 9 de mayo de 2010.

Las principales novedades contenidas en la Ley de Economía Sostenible relativas al sector de las telecomunicaciones se refieren al régimen de uso del dominio público radioeléctrico; al impulso de las redes de acceso ultrarrápido y a la inclusión como prestación de servicio universal de la conexión a Internet de banda ancha a un mega.

La eficacia de la norma queda condicionada a su desarrollo reglamentario (cfr. *infra* apartado 2.4). En principio, los sistemas terrenales capaces de prestar servicios de comunicaciones electrónicas que pueden coexistir con los sistemas GSM en la banda 900 MHz, así como las condiciones y plazos de aplicación están definidos en el anexo I de la Decisión de la Comisión 2009/766/CE al que se remite el CNAF, pero los Estados pueden poner las bandas de 900 MHz y 1800 MHz a disposición de otros sistemas que no figuran en el citado anexo, siempre que tales sistemas puedan coexistir con los sistemas GSM (art. 5 Decisión 2009/766/CE).

Es necesario que la autorización para los nuevos usos quede contemplada en los correspondientes títulos habilitantes para uso del espectro.

En previsión de que la apertura de la banda 900 a otras tecnologías y servicios genere situaciones de falseamiento de la competencia derivada de la asignación de derechos de uso preexistente (los operadores que no tengan asignado espectro en esta banda pueden quedar en desventaja en relación a los que ya prestan servicios de tercera generación en esta banda), **el Gobierno podrá modificar o reconsiderar los derechos de uso privativo del espectro preexistentes** para garantizar que el uso de la banda de 900 MHz por otras tecnologías distintas de la GSM para la prestación de servicios paneuropeos avanzados no da lugar a situaciones de distorsión de la competencia en los mercados afectados, manteniendo en todo caso el equilibrio económico financiero de los títulos habilitantes. Esta «reconsideración» (de «redistribución» habla el nuevo art. 1.2 de la Directiva 87/372/CEE en redacción dada por la Directiva 2009/114/CE) incluye la reversión al Estado de derechos de uso ya atribuidos en la banda de frecuencias de 900MHz y 1.800MHz que, en su caso, se asignarán conforme al régimen general de la Ley General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo.

La **Orden ITC/1878/2010**, de 5 de julio, por la que se regula la prestación de los servicios de comunicaciones móviles en aeronaves en vuelo (servicios de MCV)<sup>2</sup>, adelanta los efectos de esta ampliación de usos del espectro previsto en la LES. Está pendiente de aplicación en España la Decisión 2010/166/UE de la Comisión, de 19 de marzo, relativa a las condiciones armonizadas de utilización del espectro radioeléctrico para los servicios de comunicaciones móviles a bordo de buques y la Recomendación 2010/167/UE, de 19 de marzo, relativa a la autorización de los sistemas para los servicios de comunicaciones móviles a bordo de los buques<sup>3</sup>, que pretenden armonizar las condiciones técnicas y jurídicas de utilización del espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de comunicaciones móviles a bordo de buques que navegan en los mares territoriales de la Unión Europea y que obligan a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para poder autorizar el uso del espectro para la prestación de servicios de MCV en sus mares territoriales o a bordo de buques de su nacionalidad antes del 20 de marzo de 2011.

### 1.2. *Dividendo digital: más espacio radioeléctrico, más servicios (art. 51)*

Como en otros casos, la LES da cobertura legal a medidas ya adoptadas durante su dilatada tramitación. Así ocurre con la distribución del denominado «dividendo digital», resultante del apagón analógico y correlativa liberación de frecuencias de 790-862MHz (canales radioeléctricos 61 a 69), subbanda de la banda de UHF (470-862 MHz), en la que se ha transmitido la mayor parte de la radiodifusión terrestre. Estas frecuencias liberadas gozan de un alto valor debido a su calidad. Al ser una banda baja, sus cualidades de propagación y penetración son muy superiores a las de las bandas más altas asignadas a los servicios móviles, resultando especialmente idónea para la prestación de servicios de banda ancha en movilidad incluso en las zonas rurales.

Conforme al artículo 51 de la LES, se habilita más espacio en el espectro radioeléctrico para prestar servicios de comunicaciones electrónicas aprovechando

<sup>2</sup> BOE núm. 169, de 13 julio del 2010.

<sup>3</sup> Ambas en DO L 72, 20 de marzo del 2010.

la **liberación de la banda de frecuencias de 790-862MHz**. En línea con los usos armonizados que se acuerden en la Unión Europea<sup>4</sup>, esta banda se destinará principalmente a la prestación de **servicios avanzados de comunicaciones electrónicas** (ej. comunicaciones inalámbricas de banda ancha o televisión en movilidad) y **deberá quedar libre** para poder ser asignada a sus nuevos usos **antes del 1 de enero de 2015** (art. 51 LES).

A estos efectos y en cumplimiento de la DA 3ª del RD 944/2005, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre, una vez finalizado el proceso de implantación de la TDT, el **Real Decreto 365/2010**, de 26 de marzo, por el que se regula la asignación de los múltiples de la Televisión Digital Terrestre tras el cese de las emisiones de televisión terrestre con tecnología analógica<sup>5</sup>, recientemente modificado por Real Decreto 169/2011, de 11 de febrero<sup>6</sup>, determina los criterios a seguir para la planificación de nuevos múltiples digitales de ámbito estatal y autonómico; establece los criterios para la asignación de los múltiples digitales después del cese de emisiones analógicas y la reserva del «dividendo digital» a servicios distintos a los de televisión. En definitiva, regula el proceso de tránsito para la paulatina (y no traumática) liberalización de frecuencias, fijando los criterios para liberar la banda de frecuencias de 790 a 862 MHz antes del 1 de enero de 2015.

Sin demasiados detalles acerca del procedimiento (concurso público, subasta o híbrido), la LES parece optar por el procedimiento de licitación pública de las frecuencias liberadas al establecer que «los costes derivados de la reorganización del espectro radioeléctrico que es necesario realizar para liberar la banda de frecuencias 790 a 862MHz, serán sufragados por la Administración con los ingresos obtenidos en **las licitaciones públicas** que se convoquen para asignar espectro radioeléctrico» (art. 51.II LES).

Sin fijar un plazo, se insta al Gobierno a adoptar una propuesta de actuaciones en materia de espectro radioeléctrico, «una vez analizadas las aportaciones de los agentes del sector y las Comunidades Autónomas» (art. 51.III). Esta propuesta incluirá la banda de frecuencias 790 a 862MHz y tendrá como objetivos prioritarios optimizar y flexibilizar el uso del espectro, así como poner a disposición del sector todo el espectro disponible.

### 1.3. *Mercado secundario del espectro radioeléctrico (art. 48)*

Se pretende dar un nuevo impulso al mercado secundario del espectro. El Gobierno, mediante Real Decreto, aprobará las previsiones necesarias para la introducción de nuevas bandas de frecuencias en las que se puede efectuar la transferencia de títulos habilitantes o cesión de derechos de uso del dominio público radioeléctrico, en particular las bandas de frecuencias de 900MHz (880915MHz y 925-960MHz), 1.800MHz (1.710-1.785MHz y 1.805MHz-1.880MHz) y 2.100MHz (1.900-2.025MHz y 2.110-2.200MHz), utilizadas actualmente para la prestación de los servicios de comunicaciones móviles, y la banda de 3,5GHz (3,4-3,6GHz), utilizada para la prestación de servicios de acceso inalámbrico.

Hasta ahora, la transferencia parcial de títulos o la cesión a terceros de los derechos de uso del dominio público radioeléctrico quedaba limitada a los servicios con frecuencias reservadas en las bandas indicadas en el anexo del Reglamento de uso del dominio público radioeléctrico aprobado por RD 863/2008, de 23 de mayo.

<sup>4</sup> Cfr. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 28 de octubre de 2009, «Transformar el dividendo digital en beneficios sociales y crecimiento económico», COM(2009) 586 final y Decisión de la Comisión Europea 2010/267/UE, de 6 de mayo de 2010, sobre las condiciones técnicas armonizadas relativas al uso de la banda de frecuencias de 790-862 MHz para los sistemas terrenales capaces de prestar servicios de comunicaciones electrónicas en la Unión Europea (DOUE L 117, 11-5-2010).

<sup>5</sup> BOE núm. 81, de 3-4-2010.

<sup>6</sup> BOE núm. 37, de 12-2-2011.

## 1.4. Desarrollo reglamentario previsto

Según la información facilitada por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, el proyecto de Real Decreto sobre actuaciones en materia de espectro radioeléctrico para el desarrollo de la Sociedad Digital, que desarrollará lo establecido en la LES, incluye una serie de actuaciones que buscan poner a disposición de los operadores todo el espectro disponible en estas bandas de frecuencias de gran interés económico y social a fin de impulsar nuevas inversiones en redes de acceso inalámbrico, incrementar la cobertura de servicios de banda ancha en movilidad en zonas rurales y dar respuesta a la demanda de espectro derivada de la popularización de teléfonos inteligentes, tabletas, libros electrónicos, así como los nuevos servicios de comunicaciones móviles.

Las medidas más significativas son:

- **Refarming.** En atención al principio de neutralidad tecnológica, se autoriza a los operadores que disponen de espectro radioeléctrico en las bandas de 900 MHz y 1.800 MHz a utilizar cualquier tipo de tecnología y a prestar cualquier tipo de servicios (fijos, móviles, nómadas);
- **Dividendo digital.** Se dedicará la banda 790-862 MHz a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (banda ancha en movilidad);
- **Licitaciones.** Se establece el marco jurídico que permita la licitación de un total de 310 MHz en las siguientes bandas de frecuencias: 800 MHz (dividendo digital), 900 MHz, 1.800 MHz y 2,6 GHz. Se opta por una modalidad mixta (concurso-subasta) para licitar el espectro disponible.

En lo que respecta a las **licitaciones de la banda de 900 MHz**, un bloque de 2 x 5 MHz estará disponible durante 2011 y se licitará mediante concurso. A esta licitación pública no podrán presentarse Telefónica Móviles ni Vodafone; también se sacarán a licitación otros dos bloques, uno de 2 x 5 MHz y otro de 2 x 4,8 MHz, provenientes del espectro recuperado de Telefónica Móviles, cuyo plazo de concesión vence en 2015, de Vodafone y de Orange. Estos bloques estarán disponibles a partir de febrero de 2015 y se adjudicarán mediante un procedimiento de subasta. En esta licitación podrán participar todos los operadores.

Las frecuencias que recupere la Administración en la **banda de 1.800 MHz** se sacarán a licitación pública mediante concurso. En esta licitación podrán participar todos los operadores que no dispongan de frecuencias en esta banda.

En la **banda de 800 MHz** se licitarán los 2 x 30 MHz útiles de dividendo digital en 6 bloques de 2 x 5 MHz. Estas frecuencias estarán disponibles para los operadores antes de finalizar 2014 y se adjudicarán mediante subasta.

La **banda de 2,6 GHz** (2.500 a 2.690 MHz) está actualmente libre de usos que impidan su licitación. Se licitarán 70 MHz FDD para concesiones de ámbito nacional y autonómico y 50 MHz TDD exclusivamente para ámbito nacional, previsiblemente durante el primer semestre del año 2011.

En todos los procesos de licitación se autorizará la neutralidad tecnológica (se podrá utilizar cualquier tecnología en dichas bandas de frecuencia) y de servicio (se podrán prestar servicios de comunicaciones electrónicas fijos, móviles o nómadas), así como el mercado secundario del espectro (reventa del espectro).

Las concesiones tendrán una duración hasta 2030.

Con la finalidad de evitar un acaparamiento de espectro y garantizar una mayor competencia en los servicios de comunicaciones móviles, se establecen límites al total de espectro que puede tener un operador una vez efectuadas las licitaciones: un máximo de 2 x 20 MHz en las bandas de 800 MHz y 900 MHz y de 115 MHz en las bandas de 1.800 MHz, 2.100 MHz y 2,6 GHz.

- **Medidas para evitar el falseamiento de la competencia.** Además de la prohibición impuesta a algunos operadores de concurrir a las licitaciones de nuevas frecuencias y las limitaciones tendentes a evitar el acaparamiento de espectro, se adoptan otras medidas destinadas a evitar que la flexibilización en la utilización del espectro pueda dar lugar a conductas anticompetitivas. Así, la autorización a Telefónica, Vodafone y Orange de efectuar el *refarming* en las bandas de 900 MHz y 1800 MHz conlleva que **la Administración recupera parte del espectro en dichas bandas de frecuencias** (2 x 2,2 MHz de Telefónica, 2x2 MHz de Vodafone y 2 x 1 MHz en el caso de Orange en la banda de 900 MHz y un bloque de 2 x 5 MHz de cada operador en la banda de 1800 MHz). En compensación, se amplían los plazos de sus concesiones como máximo hasta 2030; los operadores que en cada momento tengan asignados 2x10 MHz en la banda de 900MHz deberán ofrecer un servicio mayorista en sus redes de 900MHz con tecnología UMTS y Telefónica y Vodafone deberán realizar inversiones en poblaciones de zonas rurales con menos de 1.000 habitantes.

Según las previsiones, el Real Decreto se aprobará en el primer trimestre de 2011 y el proceso de licitaciones de frecuencias se producirá en el segundo trimestre.

## 3. Redes de acceso ultrarrápido (art. 49 LES)

La normativa reguladora de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones en los edificios garantizará, con arreglo al principio de neutralidad tecnológica, la disponibilidad de los elementos técnicos necesarios para que las viviendas puedan conectarse a las redes de telecomunicaciones de acceso ultrarrápido y a nuevos servicios audiovisuales, de forma que se promueva la competencia y la capacidad de elección de los ciudadanos en el acceso a los servicios (art. 49 LES). Como es sabido, los operadores de telecomunicaciones están iniciando el despliegue de nuevas infraestructuras de acceso ultrarrápidas, también llamadas redes de nueva generación, capaces de proporcionar velocidades varias veces superiores a las actuales, de más de 100 Megabits por segundo y atender a la demanda de nuevas aplicaciones y servicios (televisión de alta definición, acceso a Internet ultrarrápido, videollamadas AD, TV3D, etc.). Lo que se pretende es garantizar que las nuevas edificaciones estén provistas de las infraestructuras comunes necesarias para potenciar «el hogar digital».

El **Reglamento sobre Infraestructuras Comunes de Telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones** fue aprobado por el Consejo de Ministros del 11 de marzo de 2011 y a fecha de 15 de marzo de 2011, está pendiente de publicación en el BOE. Se modifica el RD 401/2003, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de los edificios y de la actividad de instalación de equipos y sistemas de telecomunicaciones<sup>7</sup>, para incluir la fibra óptica, además del cable coaxial y el tradicional par de cobre, entre las redes de acceso a los edificios, en línea con los objetivos de la Agenda Digital Europea.

El Reglamento actualiza la normativa técnica sobre radio y televisión para adecuarla al escenario de la TDT. Esta nueva normativa afecta a todo tipo de viviendas, tanto libres como de protección oficial.

Además, el nuevo Reglamento introduce los elementos necesarios para que este tipo de infraestructuras puedan ser diseñadas de tal forma que resulte sencilla su evolución y adaptación al concepto de «hogar digital». La adaptación a los estándares de «hogar digital» es voluntaria para el promotor. En este sentido, el Reglamento incluye la forma de clasificar las viviendas, en función de las funcionalidades y dispositivos de «hogar digital» que incorporen, lo que permitirá a los promotores y a las Administraciones públicas evaluar las edificaciones y a los compradores disponer de información contrastable en esta materia.

<sup>7</sup> BOE núm. 115, de 14-5-2003.

**4. La conexión de un mega, nueva prestación de servicio universal (art. 52 LES)**

Se incluye como **prestación de servicio universal que la conexión a la red pública de comunicaciones con capacidad de acceso funcional a Internet** permita comunicaciones de datos de banda ancha a una **velocidad en sentido descendente de 1Mbit por segundo** (art. 52). La conexión podrá ser provista a través de cualquier tecnología (ADSL, fibra óptica...).

Teniendo en cuenta los servicios utilizados por la mayoría de los usuarios, el Gobierno podrá actualizar la velocidad de acuerdo con la evolución social, económica y tecnológica.

A fin de garantizar el carácter asequible de los precios de los servicios incluidos dentro del servicio universal y en particular, el de la conexión que permita las comunicaciones de banda ancha, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, a propuesta de los Ministros de Industria, Turismo y Comercio y de Economía y Hacienda, y previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá fijar un precio máximo.

El Gobierno, en el **plazo de cuatro meses** desde la entrada en vigor de la Ley, establecerá, mediante Real Decreto, las condiciones de acceso de banda ancha a la red pública. Ya el pasado 30 de diciembre de 2010, el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio presentó el proyecto de modificación del Reglamento del Servicio Universal. Las modificaciones introducidas tienen como objeto el desarrollo de la Ley de Economía Sostenible. En concreto, el Reglamento precisa que el operador designado para la prestación del servicio universal garantizará a cada usuario que la media de la velocidad de su conexión, en cualquier período de 24 horas, sea al menos de un 1 Mbps por segundo en sentido descendente. Otra novedad importante es que el Reglamento establece que se designará al operador responsable de la prestación de las obligaciones asociadas a cada uno de los servicios integrados en el servicio universal mediante licitaciones separadas.

**5. Tasa general de operadores (art 50 LES)**

El importe de la tasa general de operadores correspondiente al año 2010, será el resultado de aplicar el tipo del 1 por mil a la cifra de los ingresos brutos de explotación que obtengan aquéllos de acuerdo con lo establecido en el Anexo I de la Ley General de Telecomunicaciones (art. 50 LES). Para el resto de ejercicios, la Ley de Presupuestos Generales del Estado establecerá anualmente el porcentaje correspondiente a esta tasa (art. 25.1.a LES).

**6. Nueva calificación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (DF 34ª)**

Como otros organismos similares, la CMT deja de ser un «organismo público de los previstos por el apartado 1 de la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado» para convertirse en «un organismo regulador de los previstos por el artículo 8 de la Ley de Economía Sostenible». La DF 34ª de la LES modifica el artículo 48 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, a fin de adaptar el régimen jurídico de la CMT a la nueva regulación de los organismos reguladores prevista en la propia LES (arts. 8 a 26). El Consejo de la CMT estará integrado por el Presidente y seis consejeros (art. 12.2 LES), frente a los anteriores siete consejeros, Presidente y Vicepresidente. Las funciones atribuidas a la CMT apenas sufren modificaciones.

**7. Régimen especial de las telecomunicaciones en Canarias (DA 13ª)**

En atención a las especiales circunstancias de lejanía, insularidad y dispersión poblacional que concurren en Canarias y sin perjuicio de la especial atención que ha de prestar el Gobierno al desarrollo de las telecomunicaciones en el archipiélago en el marco de la Estrategia Integral para la Comunidad, aprobada por el Consejo de Ministros de 9 de octubre de 2009 (DA 14ª.1 LES), así como de las medidas previstas con cargo a los presupuestos generales del Estado para compensar el sobrecoste que

afrontan los operadores por desplegar servicios de banda ancha en Canarias (DA 4ª Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual), se encomienda a la CMT analizar anualmente la situación de la competencia en Canarias a efectos de determinar si existe competencia efectiva, así como posibles desviaciones en el comportamiento de las ofertas de servicios en relación al resto del territorio nacional y en su caso, proponer las medidas específicas a adoptar por las distintas Autoridades de Reglamentación (DA 13ª LES).

## Telecomunicaciones Anexo: resumen de novedades

**Ana Isabel Mendoza Losana**

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

El documento recoge en un cuadro resumen las principales novedades introducidas por la LES relativas al sector de las telecomunicaciones con indicación de las normas afectadas por la modificación y las normas o proyectos de normas que anticipan o desarrollan el contenido de la LES.

Novedad	Artículo LES	Detalle	Norma vigente que anticipa contenido LES	Normas afectadas
Atribución de dividendo digital	Artículo 51	<b>Dividendo digital:</b> liberación de la banda de frecuencias de 790-862MHz. En línea con los usos armonizados que se acuerden en la Unión Europea, esta banda se destinará principalmente a la prestación de servicios avanzados de comunicaciones electrónicas (ej. banda ancha en movilidad) y deberá quedar libre para poder ser asignada a sus nuevos usos antes del 1 de enero de 2015	<b>Real Decreto 365/2010</b> , de 26 de marzo, por el que se regula la asignación de los múltiples de la Televisión Digital Terrestre tras el cese de las emisiones de televisión terrestre con tecnología analógica modificado por <b>Real Decreto 169/2011, de 11 de febrero.</b>	Arts. 43 a 45 Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones; RD 863/2008, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de uso del dominio público radioeléctrico y Orden ITC/332/2010, de 12 de febrero, que aprueba el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias.

Novedad	Artículo LES	Detalle	Norma vigente que anticipa contenido LES	Normas afectadas
Refarming: coexistencia sistemas GSM y UMTS en bandas 900MHz y 1800MHz	Artículo 47	<b>Neutralidad tecnológica (refarming):</b> las bandas de frecuencias de 880-915MHz y 925-960MHz (banda de 900MHz) y de 1.710-1.785MHz y 1.805MHz-1.880MHz (banda de 1.800MHz) se ponen a disposición de los sistemas GSM, de los sistemas UMTS y de otros sistemas terrestres capaces de prestar servicios de comunicaciones electrónicas que puedan coexistir con los sistemas GSM.	<b>Orden ITC/332/2010</b> , de 12 de febrero, que aprueba el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias;  <b>Orden ITC/1878/2010</b> , de 5 de julio, por la que se regula la prestación de los servicios de comunicaciones móviles en aeronaves en vuelo (servicios de MCV)	Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, RD 863/2008, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de uso del dominio público radioeléctrico.

Novedad	Artículo LES	Detalle	Norma vigente que anticipa contenido LES	Normas afectadas
Impulso al mercado secundario del espectro radioeléctrico	Artículo 48	Remisión a un Real Decreto que apruebe las condiciones para efectuar la transferencia de títulos habilitantes o cesión de derechos de uso del en las bandas de 900MHz (880-915MHz y 925-960MHz), 1.800MHz (1.710-1.785MHz y 1.805MHz-1.880MHz) y 2.100MHz (1.900-2.025MHz y 2.110-2.200MHz) y en la banda de 3,5GHz (3,4-3,6GHz); Ampliación de las posibilidades de transferencia o cesión del anexo Reglamento de uso del dominio público radioeléctrico aprobado por RD 863/2008, de 23 de mayo.		Art. 45 Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones y anexo del RD 863/2008, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de uso del dominio público radioeléctrico.

Novedad	Artículo LES	Detalle	Norma vigente que anticipa contenido LES	Normas afectadas
Redes de acceso ultrarrápido	Artículo 49	<b>ICAT:</b> Remisión a la normativa reguladora de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones en los edificios para que garanticen la disponibilidad técnica para que las viviendas puedan conectarse a las redes de telecomunicaciones de acceso ultrarrápido (acceso a Internet a más de 100 Mbits/s) y a nuevos servicios audiovisuales. Aprobado Reglamento de desarrollo aprobado por el Consejo de Ministros, el 11 de marzo de 2011.		Artículo 37 Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones y RD 401/2003, de 4 de abril, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de los edificios y de la actividad de instalación de equipos y sistemas de telecomunicaciones.

Novedad	Artículo LES	Detalle	Norma vigente que anticipa contenido LES	Normas afectadas
Tasa general de operadores	Artículos 50 y 25.1,a	Reducción a 1 por mil de ingresos brutos (ejercicio 2010); LPGE determinará porcentaje para resto de ejercicios		Anexo I Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones
Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones	Disposición Final 34ª	Adaptación a su naturaleza como "organismo regulador" de la LES		Artículo 48 Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones
Particular atención a Canarias	DA 13ª	Impulso del sector de las telecomunicaciones; CMT valorará anualmente situación de competencia y en su caso, propondrá medidas específicas		

Novedad	Artículo LES	Detalle	Norma vigente que anticipa contenido LES	Normas afectadas
Servicio universal: conexión de 1 Mbit/s	Artículo 52	<b>Servicio universal:</b> Se incluye como prestación de servicio universal que la conexión a la red pública de comunicaciones con capacidad de acceso funcional a Internet permita comunicaciones de datos de banda ancha a una velocidad en sentido descendente de 1Mbit por segundo; El Gobierno desarrollará condiciones en el plazo de cuatro meses desde entrada en vigor LES		Art. 22 Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones; art. 27 RD 424/2005, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios y art. 3, a RD 899/2009 por el que se aprueba la Carta de Derechos del Usuario de los Servicios de Comunicaciones electrónicas

## Ordenación de los transportes

**Alberto Díaz Moreno**

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

En relación con la ordenación administrativa del sector de los transportes, la Ley de Economía Sostenible (LES) incorpora medidas de diferente naturaleza y alcance. Entre ellas cabe destacar las que tienden a asegurar la sostenibilidad medioambiental del sector y aquellas otras que buscan garantizar la movilidad sostenible (para lo que resultará pieza clave la implantación de los llamados Planes de Movilidad Sostenible). La LES contiene también normas referentes a los mercados del transporte y prevé la actualización del Plan Estratégico de Infraestructuras y Transportes (PEIT), con objeto de adaptarlo a los objetivos y prioridades establecidos en la propia Ley. Finalmente, cabe recordar que se contempla igualmente la creación de un organismo regulador del sector transporte y se modifica la LOTT (señaladamente en relación con el régimen de las concesiones).

### 1. En relación con la sostenibilidad medioambiental

**Cuota mínima de energías renovables.** En el marco del objetivo general nacional mínimo de participación de las energías renovables en el consumo de energía final bruto del 20 por ciento en 2020, se fija para todos los tipos de transporte el objetivo específico de alcanzar una cuota de energías renovables equivalente, como mínimo, al 10 por ciento del consumo final de energía del sector (art. 78.1).

### 2. En relación con la regulación del transporte y de de la planificación y gestión de las infraestructuras y los servicios

**Regulación del transporte.** Em este ámbito la LES: (i) Fija los principios a los que habrán de atenerse las administraciones públicas en la regulación de las actividades de transporte (art. 93). (ii) Prevé la clasificación de los mercados del transporte en mercados con acceso libre, mercados con acceso restringido y mercados reservados a un operador en exclusiva (art. 94); el Ministerio de Fomento deberá elaborar una propuesta de clasificación de los mercados en el plazo de seis meses contados desde la entrada en vigor de la Ley (disposición adicional 3ª). (iii) Define el concepto de servicio de transporte de interés público como aquél que las empresas operadoras no prestarían si tuviesen en cuenta exclusivamente su propio interés comercial y que resultan necesarios, sin embargo, para asegurar el servicio de transporte, a través de cualquier modo de transporte, entre distintas localidades o para garantizar su prestación en condiciones razonablemente aceptables de frecuencia, precio, calidad o universalidad (art. 95.1); a este propósito se establece que solamente podrán otorgarse subvenciones cuando se presten servicios de interés público como compensación a la asunción de obligaciones de servicio público (art. 95.2). (iv) Sienta el principio de que en los mercados de transporte, las funciones de operación y regulación corresponderán a entidades y órganos diferenciados y funcionalmente independientes entre sí, de conformidad con la normativa comunitaria (art. 96).

**Planificación y gestión de infraestructuras y servicios.** En este campo la LES: (i) Determina los objetivos de la planificación estatal de las infraestructuras del transporte (art. 97). (ii) Prevé el desarrollo de un sistema de información integrado sobre capacidad, uso y oferta de la red estatal de infraestructuras del transporte, que se mantendrá permanentemente actualizado, y será de acceso electrónico, universal y gratuito (art. 98).

**Plan estratégico de infraestructuras y transportes.** En el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley, el Gobierno llevará a cabo una actualización del Plan Estratégico de Infraestructuras y Transportes (PEIT), con objeto de adaptarlo a los objetivos y prioridades establecidos en la Ley. Además, aprobará el Plan de Transporte Intermodal de Mercancías previsto en el PEIT, que determinará la adecuada ubicación y dimensionamiento de los centros intermodales, tanto públicos como privados, en función de las necesidades de la demanda, así como su sistema de financiación y gestión (disposición adicional 4ª).

### 3. En relación con la movilidad sostenible

**Planes de movilidad sostenible.** A partir del 1 de enero de 2012, la concesión de cualquier ayuda o subvención a las Administraciones autonómicas o Entidades locales

incluida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y destinada al transporte público urbano o metropolitano, se condicionará a que la entidad beneficiaria disponga del correspondiente Plan de Movilidad Sostenible (PMS), y a la coherencia de éste con la Estrategia Española de Movilidad Sostenible (art. 102). Los PMSs se definen como un conjunto de actuaciones que tienen como objetivo la implantación de formas de desplazamiento más sostenibles en el ámbito geográfico que corresponda, priorizando la reducción del transporte individual en beneficio de los sistemas colectivos y de otros modos no motorizados de transportes y desarrollando aquéllos que hagan compatibles crecimiento económico, cohesión social, seguridad vial y defensa del medio ambiente, garantizando, de esta forma, una mejor calidad de vida para los ciudadanos. Estos planes deberán dar cabida a soluciones e iniciativas novedosas, que reduzcan eficazmente el impacto medioambiental de la movilidad, al menor coste posible (art. 101). Su ámbito territorial puede ser autonómico, supramunicipal o municipal.

**Planes de transporte en empresas.** Se fomentará el desarrollo de planes de transporte de empresas, con vistas a reducir el uso del automóvil y promover modos menos contaminantes en los desplazamientos de los trabajadores. Estos planes de transporte se tratarán en el marco del diálogo social y tendrán carácter voluntario para las empresas (art. 103).

**Promoción del transporte por carretera "limpio" por parte de los poderes adjudicadores.** Las entidades mencionadas en el art. 105 (poderes adjudicadores) tendrán en cuenta, en las adquisiciones de vehículos de transporte por carretera que realicen a partir del 4 de diciembre de 2010, los impactos energético y medioambiental de la utilización durante la vida útil del vehículo<sup>1</sup> (art. 106). Esta regla será de aplicación a las compras de vehículos de transporte por carretera de las categorías M1, M2, M3, N1, N2 y N3, tal como se definen en la Directiva, 2007/46/CE. No obstante, quedan excluidos de esta norma los vehículos diseñados y fabricados para su uso principalmente en obras, canteras, instalaciones portuarias o aeroportuarias, o para su uso por el ejército, protección civil, servicios de bomberos y fuerzas responsables del mantenimiento del orden público, así como las máquinas móviles.

### 4. Ordenación del sector

**Organismo regulador del sector transporte.** El Gobierno remitirá al Parlamento (cuando así lo aconsejen las condiciones de competencia en los mercados de transporte, y, en particular, los avances en el proceso de liberalización del sector ferroviario), un proyecto de Ley de creación de un *organismo regulador del sector transporte*, que integre las funciones actualmente atribuidas al Comité de Regulación Ferroviaria y la regulación del resto de modos de transporte (disposición final 4ª).

**Modificación de la LOTT (disposición final 22ª).** Se modifican los artículos 72.3, 73.3 y 74.1 LOTT. Los cambios afectan: (i) a la duración de las concesiones para la prestación de servicios de transporte público de viajeros de uso general (que, como regla general –aunque caben excepciones– se reduce a un máximo de 10 años sin establecer mínimo); (ii) a las condiciones de prestación del servicio de transporte público de viajeros por carretera que se incluyan en los correspondientes pliegos de condiciones, puesto que se precisa que en su fijación se prestará especial atención a los criterios de eficiencia económica, y también a los criterios medioambientales y de eficiencia energética, a la accesibilidad para personas de movilidad reducida y al fomento del empleo (previéndose, en su caso, la subrogación en las relaciones laborales si, como

consecuencia de lo establecido en la Ley,, resulte adjudicataria de la concesión una empresa distinta de la que hasta entonces hubiera explotado el servicio); (iii) a las circunstancias que habrán de tenerse en cuenta en los concursos de adjudicación de las concesiones, ya que se establece que se valorarán con especial atención las circunstancias que se acaban de señalar *supra sub (ii)*.

<sup>1</sup> La metodología para el cálculo de los costes de utilización durante la vida útil de los vehículos se precisa en la disposición adicional sexta de la LES (cuya lectura y manejo debe ser completada con los de los cuadros recogidos en su Anexo).

Modificación de la Ley del Sector Ferroviario (disposición final 23ª). Se modifican determinados preceptos de la Ley del Sector Ferroviario. Los cambios afectan a la regulación de los pasos a nivel (art. 8.7 LSF), a la prestación de servicios adicionales, complementarios y auxiliares (art. 40 LSF) y, sobre todo, al carácter, composición, funciones y competencias del Comité de Regulación Ferroviaria (arts. 82, 83 y 84 LSF).

## Modificaciones al régimen de las instalaciones fotovoltaicas

Ana Isabel Mendoza Losana

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

La Ley de Economía Sostenible vuelve a modificar el régimen de las instalaciones fotovoltaicas resultante del Real Decreto-ley 14/2010, ampliando a 30 años el plazo de tiempo con derecho a retribución y limitando las posibilidades de modificación retroactiva del número de horas de funcionamiento de las instalaciones.

### 1. Introducción

El 26 de enero del 2011, el Congreso de los Diputados convalidó el polémico Real Decreto Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico<sup>1</sup>, y rechazó su tramitación como proyecto de ley. Curiosamente, de forma casi simultánea, aprovechando el trámite de enmiendas en el Senado a la Ley de Economía Sostenible y recogiendo el sentir del sector, a propuesta del Grupo Parlamentario de Convergència i Unió (CiU) y del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas (GPSN) se propuso la modificación del citado real decreto ley (*vide* nota «¿Será la Ley de Economía Sostenible una tabla de salvación para el sector fotovoltaico?»). Finalmente, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), modifica el Real Decreto Ley 14/2010 en los términos que a continuación se exponen.

### 2. Prohibición de modificar retroactivamente el número de horas equivalentes de funcionamiento (DF 44.ª.Uno LES)

Como ya establecía el Real Decreto Ley 14/2010 en su redacción original, el Gobierno podrá modificar el número de horas equivalentes de funcionamiento de las instalaciones fotovoltaicas en las distintas zonas climáticas, mediante real decreto en función de la evolución tecnológica, pero «*las eventuales modificaciones sólo afectarán a las instalaciones que no se encuentren en funcionamiento en el momento de la entrada en vigor de dicho real decreto*». Se pretende así dar mayor seguridad al sector y evitar que las modificaciones futuras del número de horas equivalentes de funcionamiento se aplique con carácter retroactivo. A estos efectos, se considerará la fecha de inscripción en el registro de preasignación de retribución para instalaciones fotovoltaicas (DA 1.ª.4 del RDL 14/2010 en redacción dada por la DF 44.ª.Uno LES).

### 3. Nueva ampliación del plazo de funcionamiento de las instalaciones con derecho al régimen retributivo especial (DF 44.ª.Dos LES)

Las instalaciones de tipo b.1.1. (fotovoltaicas) percibirán retribución a cargo del régimen especial de producción de energía eléctrica durante *los primeros treinta años* de funcionamiento, en vez de en los primeros veintiocho, como establecía el Real Decreto Ley 14/2010 (DF 1.ª del RDL 14/2010 en redacción dada por la DF 44.ª.Dos LES). Se modifica de nuevo la tabla 3 del artículo 36 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, que a su vez había sido modificada por el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre (veinticinco años) y por el Real Decreto Ley 14/2010, de 24 de diciembre (veintiocho años).

### 4. Acceso a las líneas de financiación ICO (DF 45.ª LES)

En el marco de las actuaciones de impulso de las energías renovables, «los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica con tecnología fotovoltaica podrán acceder a las actuales líneas de liquidez del ICO para facilitar la adaptación a su marco regulatorio» (DF 45.ª LES). Las enmiendas propuestas en este ámbito han quedado

<sup>1</sup> BOE núm. 312, 24-12-2010.

notablemente diluidas. Ciertamente, se pretendía facilitar el acceso de las instalaciones fotovoltaicas afectadas por la reducción de tarifas a las líneas de financiación del Instituto de Crédito Oficial en condiciones peculiares, pero las propuestas más significativas no han quedado incorporadas al texto definitivo de la LES: la fecha límite para poner en funcionamiento estas líneas de crédito (antes del 30 de abril del 2011), los beneficiarios de las peculiares condiciones de financiación (las pymes y personas físicas afectadas por la reducción de la tarifa regulada establecida en la disposición transitoria segunda del Real Decreto Ley 14/2010), el límite máximo a la financiación por instalación (25 % de la retribución de aquélla durante el año 2010) y, sobre todo, las garantías otorgadas (garantía exclusiva de la propia instalación).

## Regulación de los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales

Ángel Carrasco Perera

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

Sorprendente reforma legal de la Ley de Contrato de Agencia (LCA): a última hora, por sorpresa, y aprovechando el *totum convolutum* que ha sido la experiencia de la fabricación legal de la Ley de Economía Sostenible (LES). Ejemplo del grado al que ha llegado el *lobbysmo* en nuestro país y de la falta de criterio de los partidos políticos en una materia tan delicada como la presente. A estas horas, la reforma operada por la Disposición adicional 16.ª de la LES en el régimen de los contratos de distribución es conocida por todos y procede en esta nota hacer un análisis de contenido algo más profundo que simplemente dar cuenta de la nueva regulación.

A la semana de salir a la calle esta norma perdió su vigor, porque rápidamente los partidos políticos se lanzaron a proponer la desaparición del monstruo que acababan de aprobar, lo que previsiblemente ocurrirá en la reforma de la Ley de Sistemas de Pago. Pesimista reflexión sobre el futuro de las reglas de derecho en nuestro país. Con todo, la reflexión sobre la reforma de la LES no es irrelevante. No estoy yo seguro de que un texto semejante no vuelva a aparecer cuando el ministro Sebastián incumpla su compromiso de tener en tres meses en la calle una ley de contrato de distribución que contente a todos.

### 1. Descripción de la reforma legal

La ley contiene una *extensión* a los contratos de *distribución* de vehículos automóviles e industriales del régimen jurídico del contrato de agencia. Mas, propiamente, no hay *extensión* de la regulación de la LCA, sino creación de una normativa específica para estos contratos de distribución que se declara imperativa, es decir, que no puede ser modificada por contrato entre el fabricante o importador y el concesionario. Se declara nulo el pacto por el que el proveedor se reserva la facultad de modificar unilateralmente el contenido *esencial* (?) de estos contratos, y «en particular, la gama completa de productos y servicios contractuales, el plan de negocio del distribuidor, las inversiones y plazo de amortización, la remuneración fija y variable, los precios de los productos y servicios, las condiciones generales de venta y garantía postventa, las directrices comerciales y los criterios de selección de los distribuidores». Con un lenguaje de calidad deplorable, la ley establece que el distribuidor «únicamente vendrá obligado a realizar las inversiones específicas que sean necesaria[s] para la ejecución del contrato [y] que figuren expresamente relacionadas, de forma individualizada, en el contrato o en su modificaciones, y únicamente en el caso de que se establezca para cada una de ellas el periodo en el que se considere que quedarán amortizadas». Se consideran inversiones específicas las que no pueden ser aprovechadas de forma efectiva para usos distintos.

Cuando el distribuidor esté «obligado a una compra mínima para disponer de un *stock* calculado en función de los objetivos comerciales», podrá devolver los productos no vendidos en los sesenta días posteriores a su adquisición y el proveedor deberá recomprarlos.

En caso de extinción del contrato «por cualquier causa», al distribuidor se le compensará por el importe pendiente de amortización correspondiente al valor de las inversiones específicas. También tendrá derecho a una compensación por clientela en términos similares a los del artículo 28 de la LCA, pero sustituyendo el importe medio anual de las *comisiones* de agencia por el importe medio anual de las ventas efectuadas por el proveedor al distribuidor. El proveedor deberá pagar al distribuidor las «indemnizaciones del personal laboral» del que haya tenido que prescindir éste por la extinción

En una noche se quiso revolucionar el régimen de los contratos de distribución comercial. Y, tan pronto como apareció la injustificable reforma en el BOE, se pusieron en marcha las alianzas parlamentarias para derogarla. Cuando este boletín vea la luz, puede que la Disposición adicional 16.ª de la LES haya sido derogada sin haber llegado a vivir siquiera para haber sido aplicada. Pero no es inútil la tarea. El ministerio promete una ley nueva en seis meses. Los distribuidores han ganado un terreno con la LES que no estarán dispuestos a perder, y toda o parte de esta disposición adicional se conservará.

del contrato, y «en cualquier caso de extinción del contrato» el proveedor deberá adquirir del distribuidor las mercancías que se hallen en poder de éste, al mismo precio al que fueron vendidas. Las anteriores *compensaciones* se establecen «sin perjuicio» de las indemnizaciones a que hubiere lugar por incumplimientos contractuales, «siendo nulo cualquier pacto en contrario».

El proveedor no podrá oponerse a la cesión total o parcial del contrato si la empresa cesionaria se compromete por escrito a mantener la organización, estructura y recursos del cedente.

La competencia para el conocimiento de las acciones derivadas de este contrato corresponde al juez del domicilio del distribuidor, «siendo nulo cualquier pacto en sentido distinto».

El Senado aprobó —aunque el Congreso finalmente rechazó— la norma de derecho transitorio mediante la cual «los preceptos de la presente ley» serán de aplicación a los contratos de distribución celebrados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor.

## 2. Análisis

¡Pero esta ley no se aplica a los contratos de distribución!

La cólera mostrada estos días por fabricantes e importadores de automóviles y vehículos industriales no tiene razón de ser. Se nos dice en la Disposición adicional 16.<sup>a</sup> de la LES que el nuevo régimen se aplica a un sujeto que «a cambio de una remuneración «promueve» operaciones comerciales «por cuenta y en nombre de su principal». Pero el distribuidor concesionario de nuestros mercados no recibe «remuneración», sino que obtiene sus propios rendimientos de la reventa final de los productos y, desde luego, no vende por cuenta ni en nombre del concedente, sino por cuenta propia —no es un comisionista— y en su propio nombre. En definitiva, la burda reforma legal no ha conseguido su propósito porque de hecho *sólo se aplicaría a los agentes comerciales*. Y no a todos, sólo a los agentes que «asumieran el riesgo y ventura» de la operación, es decir, a los agentes que han convenido una garantía de operaciones en el sentido y límite del artículo 19 LCA, o sea, prácticamente nadie.

No ignoramos que en ocasiones el distribuidor posee los vehículos en una suerte de depósito, sin adquirir la propiedad, y el contrato final se celebra en nombre del fabricante o importador. Pero también sería un absurdo que la nueva regulación se aplicara tan sólo a estos concesionarios. Porque el proveedor podría entonces escapar de la ley procediendo simplemente a imponer a su concesionario que vendiese en nombre propio. Además, el modelo del concesionario-agente no se acomoda al régimen de recompra, *stocks* y cláusulas prohibidas que se contienen en los siguientes apartados de la Disposición adicional 16.<sup>a</sup> de la LES, que presuponen que el distribuidor asume los riesgos de la propiedad y de la venta final.

Como esta conclusión, que es indiscutible, conduce al absurdo legal, es posible que se aproveche cualquier ocasión para atropellar el texto aprobado y producir una «recalificación» legal del supuesto por trámite de corrección de erratas. Por ello no daremos mucha importancia a la presente objeción. Sólo tiene sentido continuar este comentario de la forma en que procedemos más adelante si suponemos que va a efectuarse esta *corrección* de alguna manera.

### *Aplicación de la Ley de Contrato de Agencia*

La Disposición adicional 16.<sup>a</sup> de la LES extiende la aplicación de la LCA a estos contratos de distribución. Se aplicará toda la ley, suponemos, porque, a pesar de que la regulación contenida posteriormente en la Disposición adicional 16.<sup>a</sup> es distinta de la que consta en la LCA, no se dice que ésta se aplique con las salvedades de lo dispuesto en la citada disposición. Mas sería imposible aplicar la Disposición adicional 16.<sup>a</sup> junto con las normas de la LCA que la contradicen, por lo que hay que entender que la LCA es de aplicación supletoria.

Sustancialmente, los únicos preceptos de la LCA que cabe imaginar extensibles a los distribuidores son los artículos 7 (obligación de exclusiva del distribuidor [!]), 20 y 21 (pactos de no competencia y sus límites temporales), 23, 24, 25, 26 (duración, terminación y preaviso) y 31 (prescripción para reclamar compensaciones por clientela, inversiones no amortizadas y daños y perjuicios).

«Hasta la aprobación de una ley»

La Disposición adicional 16.<sup>a</sup> de la LES se presenta como de régimen transitorio hasta que se apruebe una ley específica sobre el contrato de distribución. Es cierto que en la Comisión General de Codificación se lleva tiempo trabajando en una ley de este tenor. Pero para el conocedor del duradero destino que siempre han tenido en España las leyes «provisionales» no será una sorpresa que la regulación en la que se estaba trabajando ya no salga a la luz. Ningún Gobierno se atreverá a promulgar una norma que cancele la *conquista social* que para los distribuidores ha supuesto la Disposición adicional 16.<sup>a</sup> de la LES, como enseñan otros ejemplos históricos de regímenes contractuales proteccionistas. Y la presente regulación será duradera. Hasta el punto que sólo cabe esperar una especie de refundición de la Ley 12/199, para no perpetuar el bochornoso espectáculo de que en España se provee a los distribuidores de bienes ajenos de un estatus legal más ventajoso que el de los agentes comerciales.

### *Modificación unilateral del contenido esencial del contrato*

Será nulo el pacto que permita al concedente modificar condiciones esenciales del contrato como las que (no taxativamente) lista la norma. Entendemos que por ello mismo habrá de ser nula la cláusula por la que se declara la terminación anticipada del contrato si el distribuidor no se aviene a los cambios propuestos por el proveedor. Mas, en tal caso, lo que hace la ley es crear un incentivo poderoso para que los concedentes acuerden contratos de una duración lo suficientemente breve como para modificar discrecionalmente dichas condiciones comerciales en la posterior renovación, al menos mientras no exista el riesgo de tener que pagar las gravosas compensaciones por terminación que establece la nueva ley. O, lo que es más, se crean incentivos para que el concedente imponga desistimientos contractuales en los contratos de duración indefinida. La norma, por demás, al sacrificar la seguridad jurídica con el empleo del término «esencial», que deberá ser concretado caso por caso en un sistema que hace necesario el pleito, será generadora —y no preventiva— de conflictos nuevos. Por último, no se entiende cómo el proveedor no puede establecer unilateralmente los «criterios de selección de los distribuidores». Por definición, el candidato a distribuidor, o a que le renueven el contrato existente, no puede tener ninguna pretensión legítima de concurrir con el proveedor para fijar las condiciones en que debe desenvolverse la selección. Con todo, puede querer referirse la norma al cesionario del contrato del apartado 7, y el sentido de la prohibición vendría a ser que el principal no puede predeterminar el perfil del distribuidor de forma tal que impida de modo efectivo al distribuidor actual proceder a la cesión del contrato.

### *Realización de inversiones específicas*

El defectuoso apartado 4 de la Disposición adicional 16.<sup>a</sup> de la LES parece supeditar el deber del concesionario de efectuar «inversiones específicas» a dos condiciones concurrentes. Primera: tales inversiones tienen que haberse determinado convencionalmente, de una manera individualizada y expresa. Segunda: debe establecerse para cada una de ellas el tiempo en que «se considere» que pueden quedar amortizadas. Si, por caso, se omite esto último, el distribuidor queda excusado de llevarlas a cabo, aunque se haya comprometido a costearlas.

¿Qué ocurre si la previsión de amortización resulta errada? No basta decir *ex post* que el distribuidor no habría debido hacerlas, pues están hechas. Cabe pensar entonces que se compensarán, en los términos del apartado 6, letra a, si de cualquier manera están pendientes de amortización en el momento de extinción del contrato. ¿También si la imprevisión es imputable al distribuidor, obligando de esta forma al concedente a cargar con el riesgo del error de aquél, incluso si el contrato hubiere terminado en el plazo de duración pactado? Es un sinsentido proponerlo. Recordemos que, en los con-

tratos de agencia, esta compensación sólo es aplicable al de duración indeterminada y sólo si el contrato no se hubiera extinguido por resolución debida a incumplimiento imputable al agente.

Pero una situación más común puede ser la de la «previsión» correcta de inversión, con una terminación extraordinaria del contrato por resolución debida al incumplimiento del distribuidor. ¿Se deberá esta compensación? En el entender de la LES, sí, pues la indemnización en cuestión se debe cualquiera que sea la causa (*sic*) por la que el contrato se haya extinguido.

¿Y si el distribuidor efectúa inversiones específicas no «debidas»? Por ejemplo, por haber sido sugeridas por el concedente y aceptadas por aquél sin cumplir los requisitos del apartado 4. O porque de hecho lleva a cabo inversiones que él mismo no considera específicas pero que luego resultan serlo (quizá porque la empresa que le hacía la competencia eventual al fabricante ha concursado o se ha fusionado con éste).

#### *Devolución del stockage*

Conforme al apartado 5 de la Disposición adicional 16.<sup>a</sup> de la LES, la obligación de recompra tiene lugar cuando el principal impone al distribuidor una «compra mínima para disponer de un *stock* calculado en función de los objetivos comerciales». En consecuencia, no procederá el deber de recompra si la obligación de compra mínima obedece a propósito distinto del de la creación de *stock*; por ejemplo, para que el fabricante haga anualmente unas inversiones mínimas o para comprometer al distribuidor en un óptimo desempeño.

Podrá devolver el distribuidor los productos suministrados «y no pedidos por clientes». No podrá devolver entonces los vendidos y recuperados por impago del cliente y ejercicio de la reserva de dominio o condición resolutoria. Cuando hay derecho de devolución, el fabricante o importador debe «recomprar». La técnica legal utilizada no es apurada porque la norma supone que la reversión requiere de un pacto bilateral de compraventa que precisa un nuevo acuerdo de voluntades, aunque sea obligado. Lo que se hubiera correspondido con los intereses protegidos por esta norma es haber concedido al distribuidor un derecho de opción de (re)venta que se hubiera perfeccionado con su simple comunicación.

El riesgo del tiempo intermedio es del distribuidor. Si los productos no pueden devolverse en las mismas condiciones en que se suministraron, el principal no tiene que aceptar la devolución.

#### *La indemnización por clientela*

La indemnización por clientela del apartado 6b de la Disposición adicional 16.<sup>a</sup> de la LES acaba con años de debate y de contiendas legales e interpretativas sobre la aplicabilidad a este distribuidor de la compensación por clientela establecida en el artículo 28 de la LCA. Pero este agraciado distribuidor de la LES lo tiene aún mejor que los simples agentes; la simple analogía ya le queda corta.

El agente de la LCA tiene derecho a esta compensación sólo «cuando hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente» y cuando su actividad anterior pueda continuar produciendo «ventajas sustanciales» al empresario. Al distribuidor de la LES no se le imponen tales condiciones. Mas es evidente que han de serle aplicables, porque la compensación por clientela se justifica sólo en un enriquecimiento (futuro) impuesto por el concesionario al principal y no compensado dentro del contrato. Si la clientela está vinculada a la marca —como difícilmente dejará de ocurrir en vehículos automóviles—, la creación o el incremento serán imputables a la marca del fabricante, no al desempeño del distribuidor. Por tanto, propongo que se siga aplicando la analogía de la LCA, si bien ahora *in malam partem* para el distribuidor.

También ha de ser aplicable la tercera restricción establecida en el artículo 28.1 de la LCA, a saber, que esta compensación «resulte equitativa» por la existencia de pactos

de limitación de compensación, «por las (ventas) que pierda o por las demás circunstancias que concurren».

La desmesura del legislador «clandestino» de la LES no acaba aquí. La compensación por clientela del agente «no puede exceder en ningún caso» del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años. Pero la del distribuidor de la LES «en ningún caso podrá ser inferior» a la cantidad establecida. Es decir, que lo que en el agente sería el tope máximo aquí se concedería como regla. Y la base del cálculo, que no pueden ser ahora las comisiones, pasa a ser el importe medio de las ventas anuales efectuadas por el proveedor durante los últimos cinco años. Es decir, ni siquiera el «margen» del distribuidor, sino el precio bruto cobrado por el concedente, lo que es absurdo.

Finalmente, pero lo más grave, la indemnización por clientela es un derecho del distribuidor que se halla a prueba de su propio incumplimiento, porque —nueva diferencia con el agente— conserva la pretensión compensatoria aunque el contrato se haya extinguido por resolución instada por el principal debido al incumplimiento del distribuidor.

#### *Otras compensaciones*

La LES concede al distribuidor compensaciones que no eran imaginables siquiera por un agente «protegido» por la Ley 12/1992. Además de las ya examinadas, el distribuidor tiene en todo caso derecho a ser compensado por las indemnizaciones del personal laboral del que haya tenido que prescindir por la extinción del contrato y el precio de recompra de las mercancías que se hallaren en *stock*.

Estas normas son descabelladas hasta lo indecible. Imagínese que la LES está obligando al principal a indemnizar por los costes laborales de despido, incluso si el contrato hubiese terminado por cumplimiento regular de su plazo o si el distribuidor hubiere desistido o incumplido o caído en concurso de acreedores. Respecto de la readquisición del *stock*, no sólo puede darse el caso, conforme a lo dicho, de que el contrato haya terminado por razones que no dependan de la voluntad o criterio del proveedor, sino que las mercancías ya no se encuentren en el mismo estado en que fueron adquiridas, o que fueron adquiridas sin imposición por el proveedor de un deber de *stockage* mínimo. Y como en esta norma todo es imperativo, no podrá el concedente exonerarse de este deber mediante el expediente de conceder al distribuidor saliente un plazo suplementario suficiente para liquidar su *stock*.

Las cuatro modalidades de compensación establecidas en el apartado 6 son compatibles («sin perjuicio») con las indemnizaciones que conforme al derecho común procedan por incumplimiento contractual de las partes, siendo nulo cualquier pacto en contrario. Es decir, no será válido el pacto que limite las compensaciones del distribuidor a las ya expuestas si el incumplimiento es imputable al proveedor. Tampoco será válido (?) el pacto de limitación cuantitativa de la indemnización pagadera ni la exclusión de cierto tipo de daños, como los incidentales o el lucro cesante. Me imagino que también se verán con sospecha las cláusulas penales, especialmente en favor del proveedor.

#### *Cesión del contrato*

El apartado 7 de la Disposición adicional 16.<sup>a</sup> de la LES constituye el fondo de comercio como un derecho patrimonializable en beneficio del distribuidor, al permitirle transferirlo sin necesidad de consentimiento del proveedor, apropiándose de sus plusvalías. La opción no es criticable, pero la solución no puede ser tan limpia como supone el legislador. El proveedor no puede impedir el traspaso del fondo de comercio, pero sí podrá convenirse que el cedente permanezca obligado por las deudas pasadas, y acaso también las futuras, si resulta que el proveedor está obligado a soportar al cesionario y no puede rechazar su aceptación por meras razones de solvencia comparativa.

«El proveedor no podrá negar su consentimiento», se expresa el legislador, con lenguaje importado de los contratos internacionales usuales. La locución es desacertada.

El proveedor no está obligado a consentir, sino simplemente está sujeto a la cesión, le guste o no. Podrá objetar la cesión si ésta no cumple con las exigencias expuestas, y entonces será preciso litigar o transigir. Pero la sentencia o laudo desestimatorios de su pretensión no le van a condenar a emitir una declaración de voluntad, sino que declararán bien producida la cesión.

#### Competencia judicial y ley aplicable

Se reproduce para el presente la norma de competencia judicial exclusiva dictada por la LCA, y con ello también se trasladan los problemas interpretativos. ¿No cabrá arbitraje en lugar de proceso? ¿Pueden los contratantes someter su contrato a derecho extranjero? Evidentemente sí, pues la LES no puede derogar los compromisos de España en esta materia, que se contienen en el Reglamento *Roma I* de la UE. La posible elección (incentivada por la LES) de un derecho extranjero —que no podrá ser impedida— genera incertidumbres de toda clase sobre si el juez español eventualmente competente podrá entonces aplicar el régimen legal como una suerte de norma imperativa o principio de orden público del foro. Dejo este tema abierto. ¿Se aplicará la norma de competencia exclusiva cuando resulte competente un tribunal extranjero conforme a alguno de los criterios del Reglamento 44/2001? Evidentemente, no, pues la ley interna no puede derogar los foros de competencia, incluso electiva, de esta norma comunitaria (conforme, STS 15 de noviembre del 2010, para un contrato de agencia).

El pronóstico no es dudoso. Fabricantes e importadores querrán imponer en sus contratos un derecho extranjero y someterán las contiendas futuras a arbitraje comercial o a jurisdicción extranjera. Pero las incertidumbres no habrán acabado con ello.

#### Otros contratos de distribución

La Disposición adicional 16.<sup>a</sup> de la LES se aplica sólo a contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales, pero quien conozca la experiencia judicial producida desde la promulgación de la LCA en 1992 sabe bien los perversos resultados a que puede conducir la alegre postulación de aplicaciones analógicas. Si, hoy por hoy, nuestra jurisprudencia civil no ha conseguido liberarse de la sombra de la aplicación analógica de la LCA a los contratos de distribución, téngase por asegurada la aplicación analógica de esta nueva ley al resto de los contratos de distribución distintos de los de la Disposición adicional 16.<sup>a</sup> de la LES. Mucho menos trecho tiene que recorrer el juez para llegar desde esta ley a los otros contratos de distribución que el que ha tenido que recorrer para llegar desde la Ley de Contrato de Agencia a los contratos de concesión mercantil. No es preciso magnificar el impacto brutal que en nuestro sistema jurídico va a producir esta deplorable aventura legislativa nocturna y clandestina del Senado español.

#### Transitoriedad

El Congreso rechazó que el nuevo régimen se aplicara a los contratos de distribución ya existentes. Pero ¿de verdad hizo esto el Congreso?

Lo que se produjo fue el rechazo de la enmienda del Senado por la que esta ley se aplicaría a los contratos de distribución celebrados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la LES. Con esto no se quiere suponer que la nueva ley no tenga eficacia retroactiva, sino exclusivamente *que se aplican las reglas generales* de derecho intertemporal. Advierto que el dilema se halla en la añeja diversidad de principios que rigen las Disposiciones transitorias 1.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del Código Civil y que aquélla se hace manifiesta cuando las situaciones intertemporales son, como los contratos de distribución, relaciones jurídicas de tracto duradero. La cuestión es lo bastante grave como para dejarla, de momento, irresuelta.

## El nuevo régimen sancionador de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal

Isabela Crespo

Departamento de Propiedad Industrial e Intelectual de Gómez-Acebo & Pombo

La Ley de Economía Sostenible (LES) se presenta como un documento que incluye medidas en varios ámbitos con las que el Gobierno quiere impulsar un cambio en el actual modelo productivo. No cabe duda que las medidas que mayor protagonismo han dado a la LES en las últimas semanas han sido las recogidas en su Disposición Final Cuadragésima Tercera, también conocida como "Ley Sinde". No obstante, no debemos dejar pasar por alto las modificaciones que la LES prevé en su Disposición Final Quincuagésima Sexta, que afectan a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), en concreto, a su Título VII "Infracciones y Sanciones" (artículos 43 a 49) y que suponen cambios significativos sobre el mismo.

Las modificaciones que la LES introduce en el régimen sancionador de la LOPD apuestan por reducir la apertura de procedimientos sancionadores a través del uso de mecanismos de advertencia; y en el caso de prosperar la apertura del correspondiente procedimiento sancionador, permite graduar y atenuar la imposición de sanciones a través del establecimiento de criterios objetivos que permiten valorar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

Los principales cambios propuestos por la LES se refieren a: la tipificación de las infracciones; la fijación de la cuantía de las sanciones, los criterios a seguir para su graduación y el establecimiento de supuestos de atenuación; y la inclusión de la figura del apercibimiento.

### 1. Tipificación de las infracciones

Las infracciones se tipifican o califican atendiendo a la vulneración de principios específicos que garantizan la protección de datos personales. El objetivo, sin duda, incrementar la seguridad jurídica.

Con la nueva redacción del artículo 44 de la LOPD se introducen básicamente dos cambios: la fijación de nuevos supuestos considerados como infracción; y la "recalificación" de ciertas infracciones.

Se consideran **nuevas infracciones**: por un lado, "*la transmisión de datos a un encargado del tratamiento sin dar cumplimiento a los deberes formales establecidos en el artículo 12 LOPD*"; y por otro, "*no atender los requerimientos o apercibimientos de la Agencia Española de Protección de Datos o no proporcionar a aquélla cuantos documentos e informaciones sean solicitadas por la misma*"

La primera de las nuevas infracciones, tipificada como leve, se refiere a la falta del contrato formal y por escrito entre el responsable y el encargado del tratamiento en el que, además, deben figurar todos los extremos señalados en el referido artículo 12 LOPD (*el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas*). De esta manera, el responsable del tratamiento deberá llevar a cabo un control exhaustivo de aquellos terceros a los que permite el acceso a sus ficheros y formalizar por escrito dichos accesos. De lo contrario, podría estar incurriendo en una infracción leve.

Las modificaciones que la LES prevé en su Disposición Final Quincuagésima Sexta afectan al régimen sancionador de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, las cuales apuestan por reducir la apertura de procedimientos sancionadores a través del uso de mecanismos de advertencia; y en el caso de prosperar la apertura del correspondiente procedimiento sancionador, permiten graduar y atenuar la imposición de sanciones a través del establecimiento de criterios objetivos que permiten valorar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

La falta de atención a los apercibimientos de la AEPD se califica como infracción grave. Sobre este punto nos referiremos más adelante, toda vez, que una de las principales novedades que surge con la LES es la introducción de la figura del apercibimiento.

Además, como señalábamos, la LES **modifica la calificación de determinadas infracciones** de la LOPD. En concreto, la relativa a la cesión de datos que no sean especialmente protegidos o datos sensibles y la tipifica como infracción grave, en lugar de muy grave. Por su parte, la vulneración del deber de secreto deja de ser infracción leve y se califica como grave.

## 2. Sanciones: cuantía, graduación y atenuación

Con la LES, la **cuantía** de las sanciones previstas en la LOPD (artículo 45 LOPD) sufre un doble cambio: por un lado, la conversión de pesetas a euro; y por otro, el importe de las infracciones leves y graves.

Hasta el momento, los importes de las multas se fijaban en pesetas (téngase en cuenta que la LOPD es de 1999), con la LES las cantidades se señalan en euros. Además, se aumenta la cuantía mínima de las sanciones correspondientes a las infracciones leves (de 601,01 a 900 Euros) y se reduce el límite superior (de 60.101,01 a 40.000 Euros) disminuyendo igualmente el límite inferior de las sanciones graves (de 60.101,01 a 40.000 Euros).

Otra de las novedades que trae consigo la LES es la inclusión de cuatro nuevos criterios de **graduación** de las sanciones que deberán ser tenidos en cuenta por la AEPD en el momento de fijar la cuantía de las mismas:

El carácter continuado de la infracción.

La vinculación de la actividad del infractor con la realización del tratamiento.

La acreditación de que con anterioridad a los hechos constitutivos de infracción la entidad imputada tenía implantados procedimientos adecuados en la recogida y tratamiento de los datos de carácter personal, siendo la infracción consecuencia de una anomalía en el funcionamiento de dichos procedimientos no debida a una falta de diligencia exigible al infractor.

El volumen de negocio o actividad del infractor.

Especial mención requiere el último de los criterios señalados, según el cual, la sanción se graduará atendiendo al volumen de negocio o actividad del infractor. De acuerdo con este criterio, la AEPD deberá tener especial atención a la hora de imponer sanciones a personas físicas o a pequeñas y medianas empresas.

Entre los criterios objetivos que permiten la aplicación de la escala inferior de sanciones cabe destacar el reconocimiento espontáneo de su culpabilidad por parte del infractor.

## 3. Apercibimiento

La modificación más relevante es, sin duda, la introducción de la figura del **apercibimiento (artículo 45.6 LOPD)** como alternativa al procedimiento sancionador y a la multa. La AEPD podrá apercibir de forma excepcional, y no iniciar un procedimiento sancionador, cuando atendida la naturaleza de los hechos, y concurriendo de forma significativa los criterios de graduación y atenuación, los hechos sean constitutivos de infracción leve o grave y el infractor no haya sido **sancionado o apercibido con anterioridad**. En este caso, el sujeto responsable deberá acreditar, en el plazo fijado por el órgano sancionador, la adopción de las medidas correctoras que en cada caso resulten pertinentes. De lo contrario, procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador.

Con la nueva figura del apercibimiento se entiende que aquellas empresas que cometan una infracción leve o grave por primera vez, en lugar de ser sancionadas con

una multa, podrán ser advertidas por la AEPD de la irregularidad cometida y requeridas para que adopten las medidas adecuadas que permitan, en cada caso, corregir la situación o evitar la repetición de la conducta infractora.

## Aspectos medioambientales (modelo energético, cambio climático y deducciones fiscales)

**Blanca Lozano Cutanda**

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco  
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

En el Título III de la LES, dedicado a la "Sostenibilidad Medioambiental" se analizan las disposiciones relativas al modelo energético (Capítulo I) y la reducción de emisiones (Capítulo II). En este último capítulo se incluye la medida consistente en mantener la deducción fiscal por inversiones medioambientales en instalaciones destinadas a la protección del medio ambiente.

La Ley 2/2011, de Economía Sostenible (LES), dedica su Título III a la "Sostenibilidad Medioambiental" (denominación que es una tautología, pues toda actuación medioambiental se orienta, por definición, a la sostenibilidad o desarrollo sostenible). En este Título se engloban disposiciones diversas, relativas al modelo energético (Capítulo I); la reducción de emisiones (Capítulo II); y el transporte y movilidad sostenible (Capítulo III). Nos centraremos aquí en los dos primeros capítulos.

### 1. Modelo energético sostenible (arts. 77 a 86)

- Como principios de la política energética que justifican las medidas adoptadas, se enuncian la seguridad del suministro, la eficiencia económica y la "sostenibilidad medioambiental".
- Objetivos nacionales en materia de ahorro y eficiencia energética y energías renovables.

Se fija "el objetivo nacional mínimo de participación de las energías renovables en el consumo de energía final bruto del 20 por ciento en 2020". Interesa destacar que, al configurarse como "objetivo mínimo", se contemplan incrementos mayores y que, de hecho, la previsión actual es que ese objetivo va a ser superado <sup>1</sup>.

En materia de eficiencia energética, se fija el objetivo de la reducción de la energía primaria en un 20% en 2020 con respecto al escenario tendencial en ausencia de políticas activas de ahorro y eficiencia energética. Si bien este es también un objetivo de la Unión Europea (adoptado en el Consejo Europeo de marzo de 2007), no se ha establecido aún con carácter vinculante para los Estados miembros. Para el sector público, el cumplimiento de este objetivo de eficiencia energética se adelanta al año 2016, para lo que deberán establecer programas específicos de ahorro y eficiencia energética (art. 85 LES).

- Se dispone que el Gobierno aprobará, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la Ley, un documento de planificación energética indicativa que establecerá un modelo de generación y distribución de energía acorde con los principios de la Ley.

<sup>1</sup> De acuerdo con el Informe enviado por España a la Comisión Europea sobre las previsiones de cumplimiento de los objetivos marcados por la Directiva 2009/28/CE, relativa al uso de energía procedente de fuentes renovables, la aportación de las energías renovables al consumo final bruto de energía en España se estima para el año 2020 en un 22,7%, casi tres puntos superior al objetivo obligatorio fijado por la UE para sus estados miembros, mientras que la aportación de las renovables a la producción de energía eléctrica alcanzará el 42,3%, con lo que España también superará el objetivo fijado por la UE en este ámbito (40%).

Por ello, España manifiesta en este Informe su interés en aprovechar los excedentes de energía renovable mediante los mecanismos de flexibilidad previstos en la Directiva (en especial, las transferencias estadísticas y los proyectos conjuntos con terceros países), si bien señala que para la aplicación de estos mecanismos resulta indispensable un mayor desarrollo de las interconexiones eléctricas de España con el sistema eléctrico europeo.

Esta planificación resulta importante para disponer de un horizonte temporal estable que facilite la toma de decisiones de inversión por la iniciativa privada y la adopción de decisiones de política energética.

Entre los objetivos que se establecen para esta planificación para el año 2020, interesa destacar que, según una enmienda introducida en el Senado y aprobada por el Congreso, se ha suprimido la limitación de la vida útil de las centrales nucleares en 40 años que contenía el Proyecto, previéndose la posibilidad de que, superado su calendario de operación, se otorguen renovaciones teniendo en cuenta las decisiones del Consejo de Seguridad Nuclear sobre los requisitos de seguridad nuclear, la evolución de la demanda, el desarrollo de nuevas tecnologías, los costes de generación eléctrica y las emisiones de gases de efecto invernadero. Esta rectificación podría permitir revisar la polémica decisión del gobierno de cerrar la Central de Garoña (Burgos) en 2013.

- La LES se refiere asimismo a la planificación energética vinculante tanto del sector eléctrico como del gasista pero sin exigir, en este caso, la elaboración de nuevos planes o la revisión de existentes. Procede recordar que el Consejo de Ministros aprobó, el 30 de mayo de 2008, la Planificación de los sectores de electricidad y gas 2008-2016, documento que contiene la planificación vinculante estatal sobre las redes de transporte vigente.
- Se crea la Comisión Sectorial de Energía, como órgano de coordinación entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de energía, que, entre otras competencias, intervendrá en la elaboración de los planes nacionales y, en su caso, de las Comunidades Autónomas (que cuentan con algunos planes de energía, por ejemplo en materia de energías renovables).
- La LES hace hincapié en el fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación en el ámbito de las energías renovables y el ahorro y la eficiencia energéticas, con especial atención al desarrollo de tecnologías que contribuyan a la reducción de emisiones, como las de secuestro y almacenamiento de carbono o carbón limpio, y de las que utilicen fuentes de energía renovable. Destaca en este apartado el compromiso del Gobierno de aprobar programas y medidas para favorecer el desarrollo de redes de transporte y distribución inteligente o *smart grids*, que se está produciendo a gran velocidad en otros países desarrollados y que, además de mejorar la calidad del suministro, permite una incorporación masiva de energías renovables y de otra generación distribuida así como una gestión de la demanda más sofisticada que redundará en un aumento de la eficiencia energética.
- Los preceptos dedicados a la transparencia e información de los consumidores y a la simplificación de los procedimientos administrativos contienen una serie de "declaraciones de buenas intenciones" carentes de contenido jurídico vinculante o que se limitan a recordar obligaciones preexistentes, como la elaboración de un reglamento para la certificación energética de los edificios existentes (exigida por la Directiva 2002/91/CE, sobre eficiencia energética de los edificios). Cabe destacar el compromiso del MITyC de elaborar un catálogo de los procedimientos y trámites a seguir para la implantación de instalaciones de aprovechamiento de la energía renovable y cogeneración de alta eficiencia, a modo de guía para las administraciones competentes, muy necesaria, aunque sea con carácter puramente indicativo, dada la diversidad de trámites existentes. Se señala asimismo la necesidad de que en estos procedimientos se impongan "tasas y gravámenes uniformes".

### 2. Reducción de emisiones (arts. 88 a 92)

#### 1.1. Cambio climático

Las novedades que introduce la LES en esta materia no son especialmente relevantes, debido a que recientemente se han promulgado varias normas en la materia, en especial para adaptar nuestro ordenamiento al nuevo marco jurídico de la lucha contra el cambio climático de la Unión Europea previsto para el periodo

2013-2020<sup>2</sup>. Destaca, en este sentido, la Ley 13/2010, de 5 de julio, por la que se modifica la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, para perfeccionar y ampliar el régimen general de comercio de derechos de emisión e incluir la aviación en el mismo.

- Medidas para incentivar la participación de los propietarios públicos y privados y el sector forestal en el aumento de la capacidad de captación de CO<sup>2</sup> de los sumideros españoles vinculados al uso forestal sostenible y a las prácticas agrícolas ecológicas. Se prevé el fomento de las acciones en este sentido y, en especial, de las que se enumeran (entre las que se menciona expresamente "el uso de la biomasa forestal en el marco de la generación de energía de fuentes renovables"), y se crea un sistema nacional para que las empresas y particulares puedan compensar sus emisiones de CO<sup>2</sup> a través de inversiones en incremento y mantenimiento de masas forestales, programas agrarios de reducción del CO<sup>2</sup> y otros programas que se establezcan por la Administración.

Estas actividades, conocidas como "Reducción de Emisiones derivadas de la Deforestación y Degradación" (REDD) han sido reconocidas de forma muy reciente en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (en las dos últimas Conferencias de las Partes de Copenhague y de Cancún), y no se contemplan en el Régimen de Comercio de Derechos de Emisión de la Unión Europea (ni está prevista su toma en consideración para el cumplimiento de los compromisos nacionales a partir de 2013, si bien la Decisión 406/2009/CE prevé su introducción tras la aprobación por la Unión de un acuerdo internacional sobre cambio climático que así lo disponga). Por ello, la LES precisa que la compensación prevista no será válida a los efectos del cumplimiento de la obligación de entrega anual de derechos de gases de efecto invernadero en el marco del régimen de comercio de derechos de emisión, pero "sí podrá tenerse en cuenta a efectos de lo dispuesto en los artículos 70 y 103 de la Ley 30/2007, de 30 de diciembre, de Contratos del Sector Público", esto es, para la acreditación en los concursos del cumplimiento de determinados requisitos medioambientales que guarden relación con el objeto del contrato.

- Constitución de un Fondo para la compra de créditos de carbono. Se crea un Fondo de carácter público, adscrito a la Secretaría de Estado de Cambio Climático, para la adquisición de créditos de carbono con el objeto de generar actividad económica baja en carbono y contribuir al cumplimiento por España de sus objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero. Entre las disposiciones de la LES relativas a este Fondo (cuya composición y funcionamiento requieren un desarrollo reglamentario) pueden destacarse las siguientes:

- Tendrán carácter preferente las adquisiciones de créditos de carbono derivados de proyectos realizados en el marco de los Mecanismos de Flexibilidad del Protocolo de Kioto y, en especial, los proyectos de eficiencia energética, energías renovables y gestión de residuos, así como aquellos que presenten un elevado componente de transferencia de tecnología en el país en el que se lleven a cabo.
- Para la certificación de las reducciones de emisiones de los proyectos, se atenderá a las normas internacionales que las regulen, en función de su naturaleza.
- El Fondo podrá condicionar la adquisición de dichos créditos a la realización por parte de las empresas de inversiones en sectores no sujetos al comercio de derechos de emisión.

<sup>2</sup> Establecido por la Decisión 406/2009/CE, de 23 de abril de 2009, sobre el esfuerzo de los Estados miembros para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero a fin de cumplir los compromisos adquiridos por la Comunidad hasta 2020, y por la Directiva 2009/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE para perfeccionar y ampliar el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

- Los créditos adquiridos por el Fondo serán activos del Estado que podrán enajenarse, en especial si resultan innecesarios para el cumplimiento de los objetivos nacionales de reducción de emisiones.
- No estarán sujetas a la Ley de Contratos del Sector Público las operaciones de adquisición de créditos de carbono.
- El Fondo estará dotado con las aportaciones que anualmente se consignen en los Presupuestos Generales del Estado.

#### 1.2. "Mantenimiento" de la deducción por inversiones medioambientales en instalaciones destinadas a la protección del medio ambiente

Las deducciones por inversiones medioambientales previstas en el art. 39 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) tienen por finalidad incentivar fiscalmente aquellas inversiones cuyo objeto sea proteger el medioambiente y se aplican a tres modalidades de inversión:

- Art. 39.1. Instalaciones destinadas a la protección del medioambiente. La deducción se aplica a las inversiones realizadas en bienes de activo material destinadas a la protección del medioambiente, consistentes en instalaciones que eviten la contaminación atmosférica procedente de instalaciones industriales, contra la contaminación de aguas superficiales, subterráneas y marinas, o para la reducción superación o tratamiento industriales, siempre que se realicen para la mejora de la normativa vigente en dichos ámbitos de actuación.
- Art. 39.2. Vehículos industriales y comerciales de transporte por carretera. La deducción se aplica para la adquisición de nuevos vehículos industriales o comerciales de transporte por carretera, pero sólo para aquella parte de la inversión que reglamentariamente se determine que contribuye de manera efectiva a la reducción de la contaminación atmosférica.
- Art.39.3. Inversiones para el aprovechamiento de energías renovables. La deducción se aplica a inversiones realizadas en bienes de activo material nuevos destinadas al aprovechamiento de fuentes de energías renovables consistentes en instalaciones y equipos con alguna de las finalidades que enuncia el art. 39.3 TRLIS.

Estas deducciones por inversiones ambientales fueron introducidas por la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos Generales para 1997 y daban derecho a una deducción en la cuota íntegra del 10 o del 12% según la modalidad de la inversión, pero la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, introdujo "por la puerta de atrás" (en la disposición adicional décima del TRLIS), una reducción porcentual y progresiva de su importe para los sucesivos periodos impositivos y previó la derogación del precepto para los periodos que se iniciasen a partir del 1 de enero de 2011.

Lo que hace la LES es "rescatar" de esta supresión de las deducciones por inversiones medioambientales a las previstas en el apartado 1 del art. 39, esto es, las aplicables a las inversiones en instalaciones destinadas a la protección del medio ambiente, fijando su importe en una deducción en la cuota íntegra del 8% de las inversiones que estén incluidas en programas, convenios o acuerdos con la Administración competente en materia ambiental, quien deberá expedir la certificación de la convalidación de la inversión (así lo disponía ya el art. 39 del Reglamento del Impuesto de Sociedades).

Se suprimen, por tanto, tal y como estaba previsto, las deducciones por inversiones medioambientales en vehículos industriales y comerciales de transporte por carretera y para el aprovechamiento de energías renovables, pero se mantiene la deducción por inversiones en instalaciones destinadas a la protección del

## Novedades fiscales

medioambiente en un porcentaje fijo del 8% que será aplicable a los periodos que se inicien a partir de la entrada en vigor de la Ley. No es, desde luego, un gran "incremento" en los incentivos fiscales para la protección ambiental.

**Heribert Padrol y Mariana Díaz-Moro**  
Departamento de Fiscal de Gómez-Acebo & Pombo

**José Manuel Calderón**  
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de A Coruña  
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

### 1. Introducción

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES) publicada en el Boletín Oficial del Estado del 5 de marzo de 2011, contiene una serie de medidas de naturaleza fiscal, las cuales se encuentran recogidas principalmente en el Título II de la referida LES. Tales medidas pretenden contribuir al impulso de la competitividad del modelo económico español, eliminando obstáculos administrativos y tributarios, y fomentando la actividad investigadora y de innovación.

Con todo, cabe apuntar que las medidas (fiscales) recogidas en la LES poseen un alcance limitado, en la medida en que un cierto número de ellas fueron "anticipadas" articulándose a través de los Reales Decretos Leyes 13 y 14/2010, de 3 y 23 de diciembre (respectivamente) y la Ley 39/2010, de 22 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.

Las medidas previstas en la LES afectan a los principales impuestos de nuestro sistema tributario en los términos que pasamos a exponer a continuación.

### 2. Medidas fiscales recogidas en la Ley de Economía Sostenible

#### 2.1. Medidas que afectan al Impuesto sobre Sociedades

- **Régimen de Grupo Fiscal (simplificación de obligaciones formales):** El artículo 44 LES, modifica la norma del Impuesto sobre Sociedades con respecto al proceso de comunicación de las variaciones en la composición de los grupos fiscales. En su virtud, modifica con efectos 1 de enero de 2011, el apartado 6 del artículo 70 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (en adelante, TRLIS) de manera que, las variaciones en la composición del grupo fiscal se deberán comunicar a la Administración tributaria por la sociedad dominante en el primer pago fraccionado al que afecte la nueva composición del grupo. Se elimina por tanto, la obligación de comunicar la composición del grupo fiscal, identificando las sociedades que se han integrado en él y las que han sido excluidas de él, que se debía realizar antes de la finalización del período impositivo al que dicha variación afectaba.

En consonancia con lo anterior y para grupos con ejercicio partido (cuyo período impositivo, no coincide con el año natural), la LES introduce una Disposición Transitoria trigésimo segunda al TRLIS estableciendo que las variaciones en la composición del grupo que se hayan podido producir se deberán incluir en el primer pago fraccionado a presentar con posterioridad al 1 de enero de 2011. En aquellos casos en los que, las variaciones en la composición del grupo se produzcan con posterioridad a esta fecha, se comunicarán en el primer pago fraccionado al que afecte la nueva composición.

- **Deducción de I+D+i:** El artículo 65 LES incorpora, con efectos al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, las denominadas medidas de impulso a la actividad investigadora y a la innovación y en su virtud, modifica la letra c) del artículo 35.2 y el artículo 44.1 TRLIS. En este sentido, se incrementa

La Ley 2/2011, de 4 de Marzo, de Economía Sostenible, contiene un conjunto de normas de modificación de los principales impuestos integrantes de nuestro sistema tributario, así como la regulación procedimental establecida a través de la Ley General Tributaria. A través de esta nota damos cuenta de las principales modificaciones introducidas en el Impuesto sobre Sociedades, IRPF, IVA, IRNR, IEE, así como en la propia Ley General Tributaria.

al 12% el porcentaje de deducción aplicable a los gastos en actividades de innovación tecnológica, dejando sin efecto el apartado 2 de la disposición adicional décima TRLIS. Asimismo, eleva el límite del 50 al 60% de la cuota íntegra del Impuesto, aplicable al conjunto de modalidades de deducción cuando (i) el sujeto pasivo tenga gastos efectuados en el propio período impositivo correspondientes a actividades de investigación científica e innovación tecnológica o para el fomento de tecnologías de la información y de la comunicación (en el caso de estas últimas, desarrolladas por una empresa de reducida dimensión) y (ii) el importe de la deducción correspondiente exclusivamente a los gastos de dichas actividades exceda del 10% de la cuota íntegra minorada en las deducciones para evitar la doble imposición interna e internacional y las bonificaciones.

- **Deducción por Inversiones Medioambientales:** El artículo 92 LES, modifica el apartado primero del artículo 39 y la Disposición adicional décima TRLIS, relativa a la deducción por inversiones medioambientales, con efectos desde la entrada en vigor de la LES. En su virtud, permite aplicar esta deducción a aquellas inversiones destinadas a la protección del medioambiente que eviten, no sólo la contaminación atmosférica, sino también la acústica, siendo el porcentaje de deducción en la cuota íntegra aplicable del 8%.

La LES, en consonancia con lo anterior, modifica la Disposición derogatoria segunda de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (en adelante, LIRPF) por la cual, con efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2011, quedaban derogadas: (i) la deducción para el fomento de las tecnologías de la información y de la comunicación, (ii) la deducción por actividades de exportación, (iii) la deducción por inversiones en sistemas de navegación y localización de vehículos vía satélite que se incorporen a vehículos industriales o comerciales de transporte por carretera, (iv) las inversiones en plataformas de accesos para personas discapacitadas o en anclajes de fijación de sillas de ruedas, que se incorporen a vehículos de transporte público de viajeros por carretera, (v) las inversiones y gastos en locales homologados por la Administración pública competente para prestar el servicio de primer ciclo de educación infantil a los hijos de los trabajadores de la entidad, y los gastos derivados de la contratación de este servicio con un tercero debidamente autorizado, (vi) las deducciones por inversiones medioambientales en lo relativo a porcentajes de deducción incrementados aplicables a determinadas inversiones, (vii) la deducción por gastos de formación profesional y (viii) la deducción por contribuciones empresariales a planes de pensiones de empleo, a mutualidades de previsión social que actúen como instrumento de previsión social empresarial, a planes de previsión social empresarial o por aportaciones a patrimonios protegidos de las personas con discapacidad. Por tanto, se elimina de esta Disposición derogatoria de la LIRPF, la supresión en el Impuesto sobre Sociedades de la deducción por inversiones medioambientales.

Por último se modifica el apartado 1 de la Disposición transitoria vigésimo primera TRLIS que permite, de acuerdo con los plazos y requisitos recogidos en la norma antes de la entrada en vigor de estas modificaciones, aplicar las deducciones reseñadas pendientes al comienzo del primer período impositivo que se inicie a partir del 1 de enero de 2011.

- **Régimen Fiscal de Cooperativas:** La Disposición final cuadragésima segunda LES modifica los artículos 9 y 10 de la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre el Régimen Fiscal de las Cooperativas con efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2011. De acuerdo con la modificación introducida, tendrán la calificación de cooperativas fiscalmente protegidas aquellas cuyo volumen de operaciones con terceros no socios no sea superior al 50% del total de la cooperativa, incluyendo en este límite la distribución al por menor de productos petrolíferos. Asimismo, se eleva de 6.500.000 pesetas a 95.000 euros, el límite de la base imponible del Impuesto sobre Bienes Inmuebles correspondiente a los bienes de naturaleza rústica, que cada socio

perteneciente a una cooperativa agraria debe tener como máximo para poder formar parte de esta.

- **Régimen Fiscal de la Minería:** El artículo 87 LES modifica la letra f del artículo 99 TRLIS, en el sentido de que permite invertir las cantidades que redujeron la base imponible en concepto de factor agotamiento, en gastos, trabajos e inmovilizados directamente relacionados con actividades mineras relativas a actuaciones comprendidas en los planes de restauración previstos en el Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras. Este Real Decreto 975/2009, derogó el Real Decreto 2994/1982, de 15 de octubre, sobre restauración del espacio natural afectado por actividades mineras, al cual hacía referencia, hasta la entrada en vigor de la LES, la letra f del artículo 99 TRLIS citado.

## 2.2. Medidas que afectan al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

- **Trabajadores Autónomos Dependientes:** El artículo 43 LES, modifica el artículo 32.2 LIRPF que, con efectos desde el 1 de enero de 2010, permite aplicar la reducción de los rendimientos netos de actividades económicas con un período de generación superior a dos años, así como aquéllos que se califiquen como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, a los denominados trabajadores autónomos económicamente dependientes de acuerdo con lo establecido en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.
- **Stock Options:** La Disposición final quincuagésima primera LES introduce una Disposición adicional trigésima primera en la LIRPF, en virtud de la cual, limita la aplicación de la reducción del 40% a los rendimientos del trabajo con período de generación superior a dos años, que no se obtengan de forma periódica o recurrente, derivados del ejercicio de opciones de compra sobre acciones o participaciones, a que las citadas opciones no se concedan anualmente. Esta disposición, que tendrá efectos a partir de la entrada en vigor de la LES, será de aplicación a aquellos rendimientos que se imputen a un período impositivo que finalice con posterioridad al 4 de agosto de 2004. La retroactividad señalada por esta ley respecto de la aplicación del requisito de concesión anual plantea dudas sobre su constitucionalidad (art.9.3 CE).

## 2.3. Medidas que afectan a otros tributos

- **Impuesto sobre la Renta de No Residentes:** En el ámbito del Impuesto sobre la Renta de no residentes, la Disposición Final quincuagésima novena LES añade, con efectos a partir de su entrada en vigor, un párrafo a las letras k) y l) del artículo 14 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, relativo a las exenciones en este Impuesto de los dividendos y participaciones en beneficios obtenidos sin mediación de establecimiento permanente por fondos de pensiones e instituciones de inversión colectiva. La LES añade que, estas exenciones serán aplicables a los fondos de pensiones e instituciones de inversión colectiva residentes en Estados integrantes del Espacio Económico Europeo, siempre que estos hayan suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información o un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria.
- **IVA:** En materia del Impuesto sobre el Valor Añadido, la Disposición final quincuagésima LES modifica, al igual que en el caso anterior con efectos a partir de su entrada en vigor, el artículo 117.bis de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, que recoge la obligatoriedad de que las solicitudes de devolución del Impuesto sobre el Valor Añadido soportado por determinados empresarios o profesionales, establecidos en el territorio de aplicación del Impuesto, en operaciones realizadas en la Comunidad se realice por vía electrónica (modelo 360). La LES modifica el ámbito subjetivo de la norma y extiende la obligatoriedad de utilizar este medio, a los empresarios o profesionales establecidos en las Islas Canarias, Ceuta o Melilla.

- **Impuestos Especiales:** La Disposición final trigésimo octava LES modifica la Ley 38/1992, de 28 de diciembre de Impuestos Especiales, habilitando a que reglamentariamente se establezcan los plazos en los que se deberán presentar las solicitudes de devolución de los impuestos especiales de fabricación.
- **Régimen Económico Fiscal de Canarias:** La Disposición final trigésima LES, para los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2010, modifica el artículo 27.4 de la Ley 19/1994, de 6 de julio, relativo a la materialización de la *Reserva para Inversiones en Canarias*. La norma, introduce en las letra A y C de este artículo, los requisitos a cumplir por las obras de rehabilitación, a los efectos de entender incluido en el importe de la materialización, el valor del suelo correspondiente a inversiones realizadas en zonas comerciales situadas en un área cuya oferta turística se encuentre en declive o en actividades turísticas cuya adquisición tenga por objeto la rehabilitación de un establecimiento turístico.

Asimismo, la LES en sus Disposiciones finales vigésimo séptima y vigésimo octava modifica la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias con el objetivo de adaptar la Ley reguladora del *Impuesto General Indirecto Canario* a los cambios realizados en los últimos años a la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 y por la Ley 2/2010, de 1 de marzo, por la que se trasponen determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto de no residentes para adaptarla a la normativa comunitaria.

- **Recurso Cameral:** La Disposición transitoria cuadragésima séptima LES modifica, con efectos desde su entrada en vigor, el recientemente aprobado Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, en cuya Disposición transitoria primera se suprimía el canon obligatorio, recurso cameral, que las empresas pagan a las Cámaras de Comercio. En este sentido, la LES modifica el párrafo segundo de la citada Disposición transitoria primera que recoge el régimen transitorio aplicable, ampliando la exigibilidad de las exacciones que constituyen el recurso cameral permanente hasta 2011, para las entidades sujetas al Impuesto sobre Sociedades cuyo importe neto de la cifra de negocios haya sido igual o superior a diez millones de euros en el ejercicio inmediatamente anterior.

#### 2.4. Modificaciones introducidas en la Ley General Tributaria

- **Notificaciones Electrónicas:** La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, ha supuesto un impulso en la implantación de la Administración Pública electrónica al considerar a los medios electrónicos como los preferentes para comunicaciones entre las distintas Administraciones Públicas, y reconoce el derecho de los ciudadanos a su utilización en sus relaciones con la Administración. En su desarrollo, es reseñable la reciente aprobación del Real Decreto 1363/2010, de 29 de octubre, por el que se regulan supuestos de notificaciones y comunicaciones administrativas obligatorias por medios electrónicos en el ámbito de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en virtud del cual, se introdujo la obligación de recibir por medios electrónicos las comunicaciones y notificaciones que en el ejercicio de sus competencias les dirija la Agencia Estatal de Administración Tributaria a determinados obligados tributarios, fundamentalmente personas jurídicas.

La LES en su artículo 45 y con la misma finalidad, modifica el artículo 112 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT) relativo a las notificaciones por comparecencia. En este sentido y para aquellos casos en que no es posible efectuar la notificación al interesado o a su representante por causas no imputables a la Administración y hechos los intentos recogidos en la norma en el domicilio preceptivo a estos efectos, establece que además de poder citar al interesado o a su representante para ser notificado por compare-

cencia por medio de anuncios que se publicarán una sola vez en Boletín Oficial del Estado o en los boletines de la Comunidad Autónoma o provincia según corresponda, dichos anuncios también se puedan publicar una sola vez, en sustitución de los anteriores, en la sede electrónica del organismo correspondiente, de acuerdo con los artículos 10 y 12 de la Ley 11/2007 antes citada. Expresamente, la Ley habilita a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria respecto a las competencias que le corresponden, en aplicación del sistema tributario estatal y aduanero y en la gestión recaudatoria de los recursos que tiene atribuidos, quedando pendiente el desarrollo mediante orden ministerial de las condiciones, fechas y plazos aplicables.

- **Tasas:** La Disposición final sexagésima LES suprime el segundo párrafo de la letra a) del apartado segundo del artículo 2 de la LGT que contenía, en el contexto de la definición de tasa, lo que se entendía por servicios que se prestan o actividades que se realizan en régimen de Derecho público. Esta modificación en la LGT, al igual que la recogida en el párrafo anterior, entrarán en vigor al día siguiente de la publicación de la LES en el Boletín Oficial del Estado.

En materia de tasas, también cabe reseñar la modificación de la letra i del artículo 20.4 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, introducida por el artículo 42 LES. Dicha modificación, amplía el ámbito del presupuesto de hecho para exigir tasas por verificación de cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa sectorial para actividades no sujetas a autorización o control previo. Asimismo, la Disposición adicional decimoquinta LES modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, en cuanto a lo que a tasas se refiere.

## Cuestiones laborales, de empleo y de protección social

**Rodrigo Martín Jiménez**

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

La LES no incide sustancialmente en ninguna institución laboral conocida, pero no pueden menospreciarse algunas novedades que atañen a la internacionalización de las empresas, a la responsabilidad social, a la formación para el empleo o, en fin, al transporte en las empresas. En el terreno de la protección social complementaria, se prevén reformas importantes de los planes y fondos de pensiones.

El limitado impacto de lo laboral o —más ampliamente— social en el nuevo orden económico que pretende instaurar la LES se aprecia con notoria claridad en su texto articulado, que deja por completo inalteradas las instituciones laborales más conocidas. Ahora bien, lo anterior no significa que sean despreciables algunas novedades que atañen a la internacionalización de las empresas, a la responsabilidad social, a la formación para el empleo o, en fin, al transporte en las empresas. En el terreno de la protección social complementaria, se prevén reformas importantes de los planes y fondos de pensiones que en este documento simplemente se esbozan por ser objeto de un tratamiento específico en otro trabajo.

### 1. Internacionalización de las empresas

Los artículos 66 y 67 regulan esta cuestión con ambición y amplitud de miras. Se considera objetivo prioritario de la política comercial española la internacionalización de las empresas y, en especial, de las pymes y de los autónomos. A tal efecto, los poderes públicos asumen el compromiso de promover el acceso a los mercados internacionales tratando de facilitarlos mediante la eliminación de las barreras existentes.

La definición de la política de internacionalización se hará en colaboración con las comunidades autónomas y con el sector privado y se prevé la elaboración de planes integrales de desarrollo de mercado dirigidos a los mercados de elevado potencial de acuerdo con criterios tales como la renta per cápita, el tamaño, la reducida presencia de empresas españolas o su carácter de mercado emergente.

La política comercial exterior se orientará a la internacionalización de la empresa de acuerdo con las siguientes líneas directrices:

- Una operación o proyecto se entenderá de interés cuando conlleve la exportación directa de bienes y servicios o el proyecto reúna determinadas características que hagan que su ejecución revierta en beneficios claros para las empresas. En especial, se considerará el impulso de la marca, la transferencia de tecnología, la contribución del proyecto a la mejora de la productividad de las inversiones en el exterior, la adquisición de créditos de carbono, la fabricación de equipos suministrados por filiales españolas en terceros países y la vinculación de la operación con contratos de concesión para la prestación de servicios que conlleven la inversión de empresas españolas en el exterior.
- El apoyo público a la internacionalización de la economía sostenible fomentará la competitividad y será complementario —nunca sustitutivo— del mercado privado.
- Gestión transparente, eficiente y optimizadora de los recursos públicos.
- Se considerarán operaciones de especial interés para la política comercial exterior aquellas que se vinculen de forma especial a la lucha contra el cambio climático.

### 2. Responsabilidad social de las empresas

El artículo 39 de la LES pretende incentivar a las empresas, organizaciones e instituciones públicas o privadas y, muy especialmente, a las pymes, para implantar sistemas de transparencia en la gestión, buen gobierno corporativo, compromiso con lo local y el

medio ambiente, respeto a los derechos humanos, mejora de las relaciones laborales, promoción de la integración de la mujer, igualdad efectiva entre mujeres y hombres, igualdad de oportunidades y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y, en fin, consumo sostenible. Esta implantación deberá estar en consonancia con las recomendaciones del Consejo Estatal de la Responsabilidad Social Empresarial, constituido por el Real Decreto 221/2008, de 15 de febrero.

Las empresas que hagan accesible al público información sobre su política de responsabilidad social indicarán los métodos que han utilizado para elaborar dicha información y si ésta ha sido verificada por terceras partes. Asimismo, podrán solicitar voluntariamente ser reconocidas como empresas socialmente responsables de acuerdo con las condiciones que determine el propio Consejo.

Por último, los poderes públicos estimularán el estudio y análisis de los efectos en materia de competitividad empresarial de las políticas de responsabilidad social.

### 3. Formación profesional

La formación profesional se reorienta hacia la consecución de una serie de objetivos generales (art. 72), algunos de los cuales resultan difícilmente compatibles entre sí:

- Sintonizar la formación con las necesidades del mercado y de la sociedad: el catálogo nacional de las cualificaciones profesionales, los títulos de formación profesional y los certificados de profesionalidad han de adaptarse y actualizarse.
- Ampliar la oferta integrada de formación profesional del sistema educativo y para el empleo mediante un mejor aprovechamiento de los recursos.
- Regular y facilitar la movilidad entre la formación profesional y el resto de las enseñanzas del sistema educativo.
- Reforzar la cooperación de las administraciones educativas y laborales con los interlocutores sociales en el diseño y ejecución de las acciones formativas.
- Fomentar e impulsar el papel de la formación profesional en los campos de la innovación y la iniciativa emprendedora.
- Flexibilizar las ofertas de formación profesional para facilitar a las personas adultas su incorporación a las diferentes enseñanzas y favorecer la conciliación del aprendizaje con otras actividades y responsabilidades.
- Garantizar la calidad de la formación profesional, así como su evaluación y seguimiento.
- Títulos: orientar la formación hacia la obtención de un título de formación profesional o un certificado de profesionalidad.
- Promover la accesibilidad aprovechando los sistemas disponibles y desarrollando nuevas herramientas telemáticas.
- Reinserción: implantar medidas que faciliten la reincorporación al sistema educativo de los jóvenes que lo han abandonado de forma prematura.
- Evaluación externa: establecer un sistema de evaluación y calidad externa.

Por otra parte, se desarrolla (art. 73) la calidad en la formación profesional, haciendo especial hincapié en la excelencia y en la actuación coordinada a nivel autonómico, estatal y europeo. A tal efecto se prevé la promoción de planes de formación específicos para el profesorado y para los formadores, se opta decididamente por la colaboración con las empresas y la especialización, se pretende favorecer la movilidad tanto nacional cuanto internacional de los estudiantes y de los trabajadores, además de los propios profesores y formadores.

La implementación del nuevo sistema de formación profesional se hará con la participación de los interlocutores sociales (art. 74), entre los que merecerán sin duda un destacado lugar los sindicatos y las empresas. Precisamente se establece un principio de colaboración entre las administraciones educativas y laborales y las empresas, especialmente las relacionadas con los sectores emergentes, en crecimiento e innovadores (art. 75). Esta colaboración se concreta, entre otras fórmulas, en el llevar a cabo prácticas “no laborales” en las empresas, en la impartición de módulos profesionales, en la utilización por las empresas de las instalaciones y el equipamiento de los centros, en la actualización profesional de los trabajadores y del profesorado mediante la aplicación de soluciones inéditas hasta ahora, como las estancias temporales de los profesores en las empresas, o en el desarrollo conjunto de proyectos de innovación. Se permite asimismo que las empresas efectúen inversiones dirigidas a la construcción, a la adquisición y a la adaptación de medidas de accesibilidad física y sensorial en todas las instalaciones y equipamientos destinados a los centros públicos de formación profesional (art. 76).

Específicamente, se añade un nuevo artículo 15 bis a la Ley Orgánica 5/2002 a fin de promover el desarrollo de un sistema integrado de información y orientación profesional estableciendo una red que asegure, al menos, el asesoramiento de los ciudadanos en relación con las posibilidades de formación, empleo y el reconocimiento de competencias.

Los servicios públicos de orientación profesional deberán adecuarse a las siguientes directrices:

- La orientación integral y la calidad de los servicios de orientación, con independencia de la entidad que los preste.
- La adecuada formación inicial y continua de los profesionales que presten servicios de orientación.
- La coordinación entre los servicios de orientación y las políticas de educación, empleo e inclusión social.
- La accesibilidad de este servicio a todos los ciudadanos, independientemente de su condición social y profesional y de su ubicación geográfica, y de acuerdo con el principio de igualdad de oportunidades.
- La prestación de servicios de atención singularizada a las empresas, especialmente pequeñas y medianas, así como a trabajadores autónomos.

El Gobierno desarrollará una plataforma informática —integrada a nivel nacional y vinculada a la Red europea— de información y orientación, para el asesoramiento sobre las posibilidades de formación, empleo y el reconocimiento de competencias para el desarrollo de las políticas de orientación permanente.

En fin, se implica en la formación a las Universidades (art. 61 LES), cuyas enseñanzas deberán seguir las siguientes recomendaciones:

- Planes de estudios que incorporen el aprendizaje de habilidades y destrezas que vayan orientadas a la innovación, el fomento de la creatividad, el emprendimiento y el espíritu empresarial y que estén integradas en materias, conceptos, competencias transversales, métodos de aprendizaje y de examen y en todos los niveles de la educación, singularmente el doctorado.
- Propuesta de nuevos títulos y ofertas educativas que preparen a los estudiantes para las nuevas cualificaciones que demandan los nuevos empleos; modernizar y adaptar sus enseñanzas a las exigencias de la economía y la sociedad.
- Incremento de la movilidad en el aprendizaje en España y en Europa e incorporación efectiva de los docentes en el mercado laboral.

#### 4. Planes de transporte en empresas

El artículo 103 LES prevé la elaboración de planes de transporte en empresas tanto del sector privado como público con vistas a reducir el uso del automóvil y promover modos menos contaminantes en los desplazamientos de los trabajadores”. Estos planes de transporte tendrán carácter voluntario y se tratarán en el marco del diálogo social.

Los planes se promoverán especialmente cuando lo requieran las circunstancias: dimensión de la plantilla, actividad, procesos, ubicación... Será posible la concertación de planes mancomunados en empresas que compartan un mismo centro o edificio o que desarrollen su actividad en un mismo parque o recinto equivalente; en estos casos habrá que designar a un coordinador de movilidad en empresas que tengan más de 400 trabajadores.

#### 5. Sociedades cooperativas

La Disposición final segunda de la LES modifica el artículo 93.2 d de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, permitiendo a las cooperativas agrarias desarrollar, además de las ya conocidas, “cualesquiera otras actividades que sean necesarias o convenientes o que faciliten el mejoramiento económico, técnico, laboral o ecológico de la cooperativa o de las explotaciones de los socios, entre otras, la prestación de servicios por la cooperativa y con su propio personal que consista en la realización de labores agrarias u otras análogas en la mencionadas explotaciones y a favor de los socios de la misma”.

#### 6. Fondos de pensiones

El artículo 30 de la LES introduce una serie de criterios generales que considerar: actuar con mayor transparencia y eficiencia en la gestión de las entidades aseguradoras, simplificar y agilizar los trámites y procedimientos administrativos de autorización y registro de los fondos de pensiones, racionalizar la asignación de recursos propios exigibles a las entidades gestoras de fondos de pensiones mejorando su eficiencia y manteniendo un nivel suficiente y adecuado para su actividad, etc.

La Disposición final decimotercera de la LES modifica, por su parte, el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones en varias cuestiones, entre las que destacamos dos: los derechos consolidados de los partícipes y las movilizaciones. La nueva redacción de los preceptos es la siguiente:

- Art. 8.8: “Los partícipes sólo podrán hacer efectivos sus derechos consolidados en los supuestos de desempleo de larga duración o de enfermedad grave. Reglamentariamente se determinarán estas situaciones, así como las condiciones y términos en que podrán hacerse efectivos los derechos consolidados en tales supuestos. En todo caso, las cantidades percibidas en estas situaciones se sujetarán al régimen fiscal establecido por la ley para las prestaciones de los planes de pensiones.

Los derechos consolidados en los planes de pensiones del sistema asociado e individual podrán mobilizarse a otro plan o planes de pensiones por decisión unilateral del partícipe o por pérdida de la condición de asociado del promotor en un plan de pensiones del sistema asociado o por terminación del plan.

Los derechos económicos de los beneficiarios en los planes de pensiones del sistema individual y asociado también podrán mobilizarse a otros planes de pensiones a petición del beneficiario, siempre y cuando las condiciones de garantía y aseguramiento de la prestación así lo permitan y en las condiciones previstas en las especificaciones de los planes de pensiones correspondientes.

Los derechos consolidados de los partícipes en los planes de pensiones del sistema de empleo no podrán mobilizarse a otros planes de pensiones, salvo en el supuesto de extinción de la relación laboral y en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, y sólo si estuviese previsto en las especificaciones del plan, o por terminación del plan de pensiones [...]

## Defensa de la competencia

Ricardo Alonso Soto

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

Los derechos consolidados del partícipe en un plan de pensiones no podrán ser objeto de embargo, traba judicial o administrativa hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación o en que se hagan efectivos en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración”.

- Nueva Disposición adicional sexta, relativa a las movilizaciones entre planes de pensiones, planes de previsión asegurados y planes de previsión social empresarial del artículo 51 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos de sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio:

“1. Los derechos consolidados en los planes de pensiones del sistema individual y asociado podrán movilizarse a uno o varios planes de previsión asegurados o a un plan de previsión social empresarial, por decisión unilateral del partícipe, o por terminación del plan. La movilización por decisión unilateral podrá ser total o parcial.

Los derechos económicos de los beneficiarios en los planes de pensiones del sistema individual y asociado podrán movilizarse a planes de previsión asegurados a petición del beneficiario, siempre y cuando las condiciones de garantía y aseguramiento de la prestación así lo permitan y en las condiciones previstas en las especificaciones de los planes de pensiones correspondientes. Esta movilización podrá ser total o parcial.

Los derechos consolidados de los partícipes en los planes de pensiones del sistema de empleo no podrán movilizarse a planes de previsión asegurados o a planes de previsión social empresarial, salvo en el supuesto de extinción de la relación laboral y sólo si estuviese previsto en las especificaciones del plan, o por terminación del plan de pensiones.

Los derechos económicos de los beneficiarios en los planes de empleo no podrán movilizarse salvo por terminación del plan de pensiones.

2. El tomador de un plan de previsión asegurado podrá movilizar la totalidad o parte de su provisión matemática a otro u otros planes de previsión asegurados de los que sea tomador, o a uno o varios planes de pensiones de los que sea partícipe, o a un plan de previsión social empresarial en el que tenga la condición de asegurado, con los requisitos y condiciones que reglamentariamente se establezcan. Una vez producida la contingencia la movilización será posible siempre y cuando las condiciones de garantía y aseguramiento de la prestación así lo permitan y en las condiciones que se establezcan en el plan de previsión asegurado.
3. Los asegurados de los planes de previsión social empresarial podrán movilizar sus derechos económicos a otros planes de previsión social empresarial, a planes de previsión asegurados o a planes de pensiones en el supuesto de cese de la relación laboral y sólo si estuviere previsto en las condiciones generales, especiales o particulares de la póliza.
4. El procedimiento para las movilizaciones previsto en el artículo 8.8 de esta ley será de aplicación a las movilizaciones a que se refieren los apartados anteriores, entendiéndose realizadas, según los casos, a la entidad aseguradora de origen o de destino, o al plan de previsión asegurado o plan de previsión social empresarial de origen o de destino, las referencias de dicho artículo a la entidad gestora de origen o de destino o al plan o fondo de pensiones de origen o de destino, con las adecuadas adaptaciones reglamentarias”.

## 1. Introducción

La Ley de economía sostenible ha introducido importantes modificaciones en la Ley 15/2007, de defensa de la competencia, en relación con las siguientes materias:

- *Requisitos para el sometimiento a control administrativo previo de las operaciones de concentración económica* (Disposición final tercera).
- *Aplicación a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de las normas que rigen los organismos reguladores* (Capítulo II de la Ley y Disposición adicional novena)
- *Estructura y funciones de la Comisión Nacional de la Competencia* (Disposición final trigésima quinta)
- *Cooperación entre la Comisión Nacional de la Competencia y los Organismos reguladores* (Art. 24)

## 2. Requisitos para el sometimiento a control de la CNC de una operación de concentración económica

Como es sabido, el art. 8.1 de la LDC establece que: *El procedimiento de control previsto en la citada ley se aplicará cuando concurra al menos una de las dos circunstancias siguientes:*

- a) Que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 % del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.
- b) Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.

La **Disposición Final tercera** de la Ley de economía sostenible incorpora un nuevo párrafo segundo a la letra a) del art. 8.1 del siguiente tenor: ***Quedan exentas del procedimiento de control todas aquellas concentraciones económicas en las que, aún cumpliendo lo establecido en la letra a), el volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros, siempre y cuando las partícipes no tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50% en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.***

Por lo tanto, no tendrán que someterse a control (ni ser notificadas a la CNC) aquellas operaciones de concentración de escasa significación económica, pese a sobrepasar la cuota de mercado fijada en la Ley.

Esta modificación del art. 8 LDC entrará en vigor al día siguiente de la publicación de la Ley de economía sostenible en el Boletín Oficial del Estado.

Las modificaciones más significativas en este ámbito son: El establecimiento de una excepción a la obligación de someter a control las operaciones de concentración económica cuando, como consecuencia de la operación, se alcance una cuota de mercado igual o superior al 30% y la aplicación a la Comisión Nacional de la Competencia de las normas que rigen los organismos reguladores, lo que provoca cambios en la estructura y funciones de la citada Comisión.

### 3. Aplicación a la CNC de las normas generales sobre organismos reguladores

Aunque la Ley de economía sostenible considera acertadamente que la CNC no es un organismo regulador (art. 8), dispone, sin embargo, que se aplicarán a la misma diversas normas del Capítulo II que establece, con carácter general, el régimen jurídico de los organismos reguladores.

Estas normas son las relativas a las siguientes cuestiones:

#### a) Independencia funcional (art. 9.2).

La independencia de un organismo regulador en el ejercicio de sus funciones consiste en no solicitar ni aceptar instrucciones de ninguna institución pública o privada.

#### b) Composición y funcionamiento del Consejo (art. 12).

El Consejo estará compuesto por el presidente y 6 consejeros (art. 12.2). Podrán asistir al consejo otras personas (personal directivo y las expresamente autorizadas por el presidente) con voz pero sin voto; no podrán asistir los miembros del Gobierno ni los altos cargos de las Administraciones Públicas (art. 12.3).

El Consejo se entenderá válidamente constituido cuando asistan al mismo el presidente y tres consejeros (art. 12.5). Los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos de los asistentes, decidiendo en caso de empate el voto de quien presida (art. 12.6). En caso de vacante o enfermedad del presidente, le sustituirá el consejero más antiguo y, en caso de igualdad, el de mayor edad (art. 12.7).

El Consejo, a propuesta del presidente, elegirá un Secretario no consejero, con voz y sin voto, que realizará la labor de asesoría jurídica (art. 12.8). El Consejo aprobará el reglamento de funcionamiento interno del organismo (art. 12.9).

#### c) Nombramiento y duración del mandato de los miembros del Consejo (art. 13)

El presidente y los consejeros serán nombrados por el Gobierno a propuesta del titular del Ministerio competente, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional, previa comparecencia del Ministro y de las personas propuestas ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados.

El mandato del presidente y de los consejeros será de seis años sin posibilidad de reelección. La renovación de los consejeros se hará parcialmente.

#### d) Funciones e incompatibilidades de los miembros del Consejo (art. 15)

El presidente y los consejeros tendrán dedicación absoluta, no podrán asumir funciones ejecutivas o directivas de áreas concretas del organismo, estarán sometidos al régimen de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración del Estado y durante los dos años posteriores a su cese no podrán ejercer ninguna actividad profesional privada relacionada con la actividad de la Comisión Nacional de la Competencia.

#### e) Cese en el cargo (art. 16)

Serán causas de cese en el cargo: la renuncia, la expiración del mandato, la incompatibilidad sobrevenida, la condena por delito doloso, por incapacidad permanente, por separación acordada por el Gobierno por incumplimiento de sus obligaciones.

#### f) Obligación de información y las garantías para su actuación (art. 19)

El presidente, los consejeros, los directivos y los empleados que hayan trabajado anteriormente en entidades de sus respectivos mercados regulados y tengan derecho a la reserva de plaza o a alguna indemnización o ventaja patrimonial, deberán informar de ello al organismo, el cual, cuando se trate de los consejeros, deberá hacerlos públicos

Los organismos reguladores y la CNC garantizarán que sus empleados dispongan en sus actuaciones y en los procedimientos en que intervengan, de reglas objetivas, predeterminadas y que delimiten adecuadamente sus responsabilidades.

#### g) Publicidad de las actuaciones (art. 20.3)

Cada tres años los organismos presentarán una evaluación de sus planes de actuación y de sus resultados para poder valorar su impacto en el sector y el grado de cumplimiento de sus resoluciones. Estas evaluaciones se remitirán también al Congreso de los Diputados y al Ministerio competente.

#### h) Control parlamentario (art.21)

Los presidentes de los organismos reguladores y de la CNC comparecerán anualmente ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados para exponer las líneas básicas de su actuación, sus planes y prioridades para el futuro. Además deberán comparecer también ante las Comisiones correspondientes del Congreso o del Senado cuando éstas lo soliciten. Cada tres años habrá una comparecencia especial para debatir las evaluaciones a las que se refiere el artículo anterior.

#### i) Endeudamiento (art.26)

Los organismos reguladores y la CNC precisarán de autorización legal para emitir deuda o concertar operaciones de crédito para atender desfases de tesorería, siempre que la duración de los mismos no exceda de un ejercicio presupuestario y no superen el 5% de su presupuesto.

### 4. Estructura y funciones de la CNC

Como consecuencia de lo anterior, la **Disposición Final trigésima quinta** introduce una serie de modificaciones en la Ley 15/2007, de defensa de la competencia, en relación con la estructura y funciones de la CNC.

a) *Atribución de funciones.* Se establece que la CNC ejercerá sus funciones en el ámbito de todo el territorio nacional y en relación con todos los mercados o sectores productivos de la economía, pero aclarando que *sin perjuicio de las competencias que la legislación vigente atribuye a los Organismos Reguladores Sectoriales* (Modificación del apartado 2 del art. 12).

b) *Coordinación con los reguladores sectoriales.* Al articular la obligación de cooperación en los asuntos de interés común, se añade que *se hará, en todo caso, respetando las competencias atribuidas a cada uno de ellos* (Modificación del art. 17.1)

Asimismo se establece el intercambio de información entre los citados organismos y la emisión de **dictámenes determinantes** por parte de los organismos reguladores sectoriales en el marco de los procedimientos de aplicación de la LDC, especialmente en materia de prácticas restrictivas de la competencia y de control de concentraciones y por parte de la CNC en el caso de las regulaciones sectoriales (Modificación del art. 17.2),

Adicionalmente en la vigilancia del cumplimiento de las resoluciones de la CNC en procedimientos sancionadores o de control de concentraciones, el organismo regulador sectorial emitirá un informe determinante, a solicitud de la Dirección de Investigación, cuando se de alguno de los siguientes supuestos: 1) Cuando se detecte la existencia de un incumplimiento de las condiciones o compromisos impuestos por la resolución. 2) Cuando por haberse cumplido las condiciones o compromisos deba proponerse la finalización de la vigilancia. 3) Cuando la empresa autorizada solicite algún tipo de suspensión, modificación o dispensa de las obligaciones derivadas de la resolución objeto de vigilancia.

También se podrá emitir dicho informe, a iniciativa del regulador sectorial, cuando, como consecuencia de la modificación de la estructura del mercado o de la actividad

## Planes y fondos de pensiones

normativa desarrollada por aquél, se considere que las condiciones o compromisos impuestos por la CNC devengan innecesarios o se deba proceder a su modificación.

Finalmente, se establece que la CNC o las autoridades autonómicas de defensa de la competencia deberán solicitar de los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe determinante en el marco de los expedientes sancionadores por conductas restrictivas de la competencia (Modificación del art. 17. 2 d)

Hay que destacar en esta modificación normativa, la aparición de un nueva categoría jurídica de informes o dictámenes, los **informes o dictámenes determinantes** para el organismo que los recibe, que solo podrá disentir de su contenido de forma expresamente motivada.

c) *Órganos de la CNC.* Las principales novedades introducidas en esta materia son la supresión de la figura del Vicepresidente de la CNC, la recuperación del número original de miembros del Consejo de la CNC (que el Proyecto de Ley había fijado en cuatro) y la regulación del cargo de secretario del Consejo, que no será consejero, que tendrá voz pero no voto y que realizará las funciones previstas en el art. 12 de la Ley de economía sostenible.

d) *Régimen transitorio.* La **Disposición adicional novena** contempla el régimen transitorio para los actuales presidentes, vicepresidentes y consejeros de la CNC mientras se produce la adaptación de la CNC a la nueva normativa.

#### 5. Cooperación entre la CNC y los organismos reguladores

El art. 24 establece un deber de cooperación entre los citados organismos. Este deber de cooperación se articula, por una parte, a través de una reunión anual de los presidentes de los organismos citados para analizar la evolución de los mercados e intercambiar experiencias que contribuyan a un mejor conocimiento de los mercados y a una toma de decisiones más eficaces; y, por otra, a través del establecimiento de protocolos de actuación necesarios para facilitar el cumplimiento del art. 17 LDC.

Ricardo Alonso Soto

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

La Disposición final decimotercera de la Ley de economía sostenible modifica el RDL 1/2002, que aprueba el Texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones en relación con las siguientes materias:

#### 1. Planes de pensiones

Con respecto a los planes de pensiones se introducen dos importantes modificaciones que afectan a la movilización de los derechos económicos y a la auditoría del sistema financiero de los planes de empleo.

1.1. **Movilización de los planes de pensiones** (Modificación del apartado 8 del artículo 8 que se refiere a las aportaciones y prestaciones)

a) Se suprime la frase final del párrafo 3º que establecía que, si bien los beneficiarios de los planes de pensiones del sistema individual y asociado podían traspasar a otro plan de pensiones sus derechos económicos, la movilización se haría sin modificación de la modalidad y condiciones de cobro de las prestaciones. Con la modificación introducida no se garantiza al beneficiario el mantenimiento de las modalidades y condiciones de cobro de su prestación.

b) Se añade un nuevo párrafo 5º que establece la forma y procedimiento de movilización de los derechos económicos de un plan de pensiones por el partícipe o el beneficiario.

El procedimiento se desarrollará de la siguiente manera: 1) El partícipe o beneficiario de un plan de pensiones transmitirá por medio fehaciente a la entidad gestora de destino una orden de movilización. 2) La entidad gestora de destino comprobará el cumplimiento de los requisitos exigidos y dirigirá una solicitud de traslado de los derechos a la entidad gestora de origen. 3) La entidad gestora de origen realizará una transferencia bancaria y remitirá a la entidad gestora de destino toda la información financiera y fiscal necesaria para el traspaso.

c) Se introduce una nueva Disposición Adicional sexta que regula las condiciones de movilización entre planes de pensiones, planes de previsión asegurados y planes de previsión social empresarial contemplados en el art. 51 de la Ley 35/2006, en los siguientes términos:

1.º Los derechos consolidados de los en los planes de pensiones del sistema individual y asociado podrán movilizarse a planes de previsión asegurados o a un plan de previsión social empresarial por decisión unilateral del partícipe

2.º Los derechos económicos de los beneficiarios en los planes de pensiones del sistema individual y asociado podrán movilizarse a planes de previsión asegurados a petición del beneficiario siempre y cuando las condiciones de garantía y aseguramiento de la prestación así lo permitan y en las condiciones previstas en el plan de pensiones.

3.º Los derechos consolidados de los partícipes en los planes de pensiones del sistema de empleo no podrán movilizarse a planes de previsión

En relación con los planes de pensiones, la LES ha introducido una nueva normativa sobre comercialización de planes de pensiones individuales y sobre movilización de planes de pensiones. Por lo que respecta a los fondos de pensiones, las novedades son: el establecimiento de reglas de constitución y funcionamiento de los fondos de pensiones y su clasificación; la regulación del capital y recursos propios y de las modificaciones estructurales de las entidades gestoras, así como de las funciones y sistemas de control de las entidades depositarias.

asegurados o a planes de previsión social empresarial, salvo en el supuesto de extinción de la relación laboral y solo si estuviera previsto en el plan, o por terminación del plan de pensiones

- 4.º Los derechos económicos de los beneficiarios en los planes de empleo no podrán movilizarse salvo por terminación del plan de pensiones
- 5.º El tomador de un plan de previsión asegurado podrá movilizar total o parcialmente su provisión matemática a otros planes de previsión asegurados de los que sea tomador o a otros planes de pensiones de los que sea partícipe o aun plan de previsión social empresarial en el que sea asegurado
- 6.º Los asegurados de los planes de previsión social empresarial podrán movilizar sus derechos económicos a otros planes de previsión social empresarial, a planes de previsión asegurados o a planes de pensiones en el supuesto de cese de la relación laboral.

#### 1.2. **Revisión del sistema financiero de los planes de pensiones** (Modificación del apartado 5 del artículo 9)

La modificación consiste en el sometimiento a revisión, al menos cada tres años, por actuario independiente designado por la comisión de control, del sistema financiero y actuarial de los planes de empleo de cualquier modalidad y de los planes asociados de prestación definida y mixta. Con anterioridad la revisión era obligatoria para todas las modalidades de planes de pensiones con la excepción de los planes de aportación definida que no otorgaran garantías a los partícipes o beneficiarios

## 2. Fondos de pensiones

Las novedades introducidas en esta materia se refieren fundamentalmente a la constitución e inscripción registral de los fondos, a su clasificación y a su disolución.

#### 2.1. **Constitución de fondos de pensiones** (Modificación del artículo 11). Se establece una nueva regulación sobre la constitución de los fondos de pensiones.

- a) Los fondos de pensiones se constituirán, previa autorización administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda (MEH), en escritura pública otorgada por las entidades promotoras, gestora y depositaria y se inscribirán en el Registro mercantil y en el Registro especial administrativo establecido al efecto.
- b) Los fondos de pensiones carecerán de personalidad jurídica y serán administrados y representados conforme a lo dispuestos en esta Ley.
- c) Con carácter previo a la constitución del fondo, los promotores deberán solicitar a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGS) la autorización administrativa del proyecto, a cuyos términos se acomodará la escritura de constitución. La autorización no podrá ser título que cause la responsabilidad del Estado.
- d) La escritura de constitución deberá contener necesariamente las siguientes menciones: a) La denominación o razón social y el domicilio de las entidades promotoras, de la gestora y de la depositaria, así como la identificación de las personas que actúan en su representación en el otorgamiento; b) La denominación del fondo, que deberá ser seguida, en todo caso, de la expresión "fondo de pensiones"; c) Las normas de funcionamiento del fondo que especificarán, al menos: El ámbito de actuación del fondo y su categoría. El procedimiento de elección y renovación de los miembros de la comisión de control y el funcionamiento de ésta. La política de inversiones. Los criterios de imputación de resultados. Los sistemas actuariales a utilizar. La comisión máxima a pagar a la gestora. Las normas de distribución de los gastos de funcionamiento. Los requisitos para la modificación de las normas de funcionamiento y para la sus-

titución de la entidad gestora y depositaria. Las normas sobre disolución del fondo. Las condiciones de movilización de las cuentas de posición de los planes de pensiones y los criterios de cuantificación de éstas. Cualesquiera otras que se establezcan reglamentariamente.

- e) En el plazo de tres meses a contar de la autorización, deberá formalizarse la escritura de constitución del fondo y solicitar su inscripción en el Registro mercantil. En caso contrario, quedará sin efecto la autorización administrativa. Una vez inscrito en el registro mercantil, el registrador lo comunicará a la DGS para su inscripción en el registro administrativo especial de fondos de pensiones. Ningún fondo de pensiones podrá integrar planes de pensiones antes de su inscripción en el registro administrativo.
- f) Se crea en la DGS un Registro administrativo de fondos de pensiones y entidades gestoras de fondos de pensiones. En dicho Registro se dejará constancia de los planes de pensiones integrados en el fondo de pensiones.
- g) Las modificaciones de las normas de funcionamiento de un fondo de pensiones no requieren autorización administrativa previa, si bien los acuerdos de modificación deberán ser comunicados a la DGS y contenerse en escritura pública que se inscribirá en el Registro mercantil y en el Registro administrativo. Estas normas se aplican también al cambio de denominación del fondo y a la sustitución de la gestora, depositaria o promotora del fondo.
- h) La denominación "fondo de pensiones" queda reservada a los constituidos conforme a esta Ley.
- i) Podrán constituirse fondos de pensiones que instrumenten un único plan de pensiones.
- j) En los fondos de pensiones que integran planes de pensiones de prestación definida y en los fondos de pensiones abiertos podrá requerirse la constitución de un patrimonio inicial mínimo en razón de las garantías exigidas para su correcto desenvolvimiento financiero

#### 2.2. **Clases de fondos de pensiones** (Modificación del artículo 11)

Los fondos de pensiones se encuadrarán en alguna de las categorías siguientes:

- a) Fondos de pensiones de empleo
- b) Fondos de pensiones personales

En relación con los procesos de inversión, los fondos podrán ser:

- a) *Fondo abierto*, que se caracteriza por poder canalizar las inversiones de otros fondos de pensiones
- b) *Fondo cerrado*, que instrumenta exclusivamente las inversiones de los planes integrados en él.

#### 2.3. **Inscripción registral de los fondos** (Nuevo artículo 11 bis)

Se introduce un nuevo artículo 11 bis sobre Inscripción de los fondos de pensiones en el Registro mercantil y su coordinación con el Registro administrativo de fondos de pensiones.

En este nuevo artículo se establece: a) La apertura en el Registro mercantil de una hoja de inscripción para cada fondo, así como los acuerdos, actos y documentos que se inscribirán en la misma; b) El cierre del Registro a los asientos mientras no se anote la inscripción del fondo en el Registro administrativo; c) La exigencia de que la constitución del fondo, la modificación de sus normas de

funcionamiento, la sustitución de las entidades promotora, gestora o depositaria y la disolución y liquidación del fondo consten en escritura pública y se inscriban en el Registro mercantil. Para los demás actos bastará certificación expedida por el órgano de administración o apoderado de la entidad gestora; d) La utilización de sistemas telemáticos para la remisión de documentos al Registro mercantil y para las comunicaciones con la AEAT; e) La obligación de remisión por el registrador mercantil a la DGS de una certificación de los asientos practicados para su inscripción en el registro administrativo; f) La facultad de la DGS para denegar la inscripción o requerir la subsanación de la documentación; g) La imposición al Colegio de Registradores de la carga de elaborar modelos de certificaciones estandarizados, accesibles de forma gratuita por Internet y aprobados por la DGRN para cumplimentar los trámites citados.

La Disposición transitoria sexta de la Ley de economía sostenible se refiere a la cancelación en el Registro mercantil de hechos de los fondos de pensiones.

#### 2.4. **Disolución de los fondos** (Modificación del artículo 15)

El acuerdo de disolución del fondo se comunicará a la DGS y se inscribirá en el Registro mercantil y en el Registro administrativo conforme a lo establecido en el art. 11 bis. El Registrador remitirá de oficio, por medios telemáticos y sin coste, el citado acuerdo al BORME para su publicación. La entidad gestora deberá publicarlo también en su página web o en un diario.

### 3. Entidades gestoras

Las modificaciones introducidas se refieren a las exigencias de capital y recursos propios y a los cambios estructurales y no estructurales de las entidades gestoras..

#### 3.1. **Capital y recursos propios** (Se modifica la letra a) del artículo 20 sobre capital y recursos propios).

Podrán ser sociedades gestoras de fondos de pensiones las sociedades anónimas que, habiendo obtenido autorización administrativa previa, reúnan los siguientes requisitos:

- a) Tener un capital desembolsado mínimo de 600.000 €.

Adicionalmente, los recursos propios deberán incrementarse en los tantos por mil del activo total del fondo o fondos gestionados según una escala que va del 5 cuando no exceda de € 60 millones al 0,5 de lo que exceda de € 6.000 millones.

A estos efectos se computarán como recursos propios el capital social desembolsado y las reservas que se determinen. En caso de que el fondo o fondos gestionados inviertan en fondos de pensiones abiertos, se establece una forma especial de calcular los recursos propios, consistente en deducir de los activos las inversiones en fondos abiertos gestionados por la misma entidad gestora y las deudas de los promotores de los planes de empleo adscritos.

La Disposición transitoria cuarta de la Ley de economía sostenible se refiere a la adaptación a las nuevas normas de exigencia de recursos propios de las gestoras de fondos de pensiones

#### 3.2. **Modificaciones estructurales y no estructurales de las entidades gestoras** (Adición de un nuevo apartado 7 al artículo 20)

- a) Los cambios de denominación, domicilio y estatutos de las entidades gestoras no precisan autorización administrativa. Deben comunicarse, sin embargo, a la DGS e inscribirse en el Registro mercantil y en el Registro administrativo.
- b) La fusión y escisión de entidades gestoras de fondos de pensiones requiere autorización administrativa previa de la DGS. Lo anterior se entiende sin

perjuicio de lo dispuesto en la Ley de defensa de la competencia sobre control de las operaciones de concentración económica.

### 4. Entidades depositarias

Se modifica parcialmente el artículo 21 que se refiere a las entidades depositarias en los siguientes términos:

N.º 1. Se refiere a las funciones de las entidades depositarias y se mantiene sin cambios, salvo por lo que respecta a la letra c) en la que se introduce una mejora de su redacción.

N.º 2. Cada fondo de pensiones tendrá una sola entidad depositaria, sin perjuicio de la posibilidad de que ésta pueda delegar sus funciones en otra entidad. Esta delegación no afectará a la responsabilidad de la entidad depositaria. (Se incorpora parcialmente el antiguo número 5).

N.º 3. Las entidades depositarias ejercerán la función de custodia en los términos que reglamentariamente se determinen, teniendo en cuenta la naturaleza de los activos del fondo. La responsabilidad por la función de custodia se extiende a la garantía de que la titularidad, pleno dominio y libre disposición de los valores mobiliarios y otros activos custodiados corresponde a los fondos de pensiones titulares de los mismos.

N.º 4. Se refiere al ejercicio del control de legalidad y es similar al nº 2 antiguo, con la salvedad de que se otorga a los depositarios la facultad de recabar de las entidades gestoras toda la información necesaria para el ejercicio de esta función y se les impone el deber de comunicar a la DGS las anomalías detectadas.

N.º 5. Atribuye a la entidad depositaria con carácter exclusivo la instrumentación de los cobros y los pagos derivados de la actividad de planes y fondos de pensiones; y además establece su necesaria intervención en la liquidación de las operaciones sobre instrumentos financieros y la posibilidad de intervenir en la ejecución de las operaciones de compraventa si así lo acuerda con la gestora.

Los números 6 y 7 presentan un contenido similar a los anteriores números 4 y 6 respectivamente

### 5. Ordenación y supervisión administrativa

En este apartado destaca la regulación de la actividad de comercialización de planes de pensiones individuales.

#### 5.1. **Actividad de comercialización de planes de pensiones individuales.**

Se introduce un nuevo **artículo 26 bis** sobre la actividad de comercialización de planes de pensiones individuales.

5.1.1. Podrán comercializar este tipo de planes:

- a) Las entidades de crédito que tengan como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones análogas.

- b) Las entidades aseguradoras.

- c) Las empresas de servicios de inversión.

- d) Las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva.

- e) Las entidades gestoras de fondos de pensiones.
- f) Los agentes de seguros vinculados.
- g) Los operadores de banca-seguros vinculados.
- h) Los corredores de seguros.

La entidad o persona física comercializadora de este tipo de planes deberá disponer de estructura, medios humanos y materiales adecuados a la actividad, garantizar la capacidad y formación de las personas que utilicen para comercializar los planes, disponer de un código de conducta que asegure un servicio de información en interés de partícipes y beneficiarios y acreditar un sistema de control del ejercicio de la actividad.

El acuerdo de comercialización suscrito con la entidad gestora deberá delimitar las competencias y obligaciones del comercializador, incluidas la realización de publicidad, las redes y medios de distribución y las personas que va a utilizar para la comercialización. Las gestoras deberán comunicar a la DGS estos acuerdos.

5.1.2. Serán obligaciones del comercializador:

- a) Suministrar información a los partícipes
- b) Tramitar las solicitudes de éstos sobre aportaciones, movilización, cobro de prestaciones y reembolso de derechos.

Toda entrega o recepción de fondos deberá realizarse directamente entre el partícipe o beneficiario y el fondo. La comercialización no implicará nunca la instrumentación de cobros y pagos, los cuales deberán realizarse a través de la entidad depositaria.

Los gastos y las comisiones derivados de la comercialización no serán a cargo del partícipe o beneficiario ni tampoco del plan o fondo de pensiones.

5.1.3. La entidad gestora del fondo de pensiones vigilará que las actuaciones de los comercializadores se ajusten a lo establecido en el acuerdo y a la Ley. Los comercializadores serán responsables ante los partícipes y los beneficiarios de los perjuicios que les causen por el incumplimiento de sus obligaciones.

Los retrasos en la movilización o pago de los derechos se imputarán a las entidades gestoras.

Las reclamaciones de los partícipes y beneficiarios contra los comercializadores se someterán al defensor del partícipe.

5.1.4. Lo establecido en los apartados anteriores se aplicará a las entidades gestoras cuando realicen actividades de comercialización.

La *Disposición transitoria tercera de la Ley de economía sostenible* se refiere a la adaptación a las nuevas normas de la comercialización de los planes de pensiones individuales.

## 5.2. Facultades del MEH de ordenación y supervisión

Se modifican los apartados 1,2 y 5 del artículo 24 que se refiere a las facultades del Ministerio de Economía y Hacienda en materia de ordenación y supervisión

1. Se amplía la potestad del MEH para recabar información de las entidades o personas en las que se hayan delegado o externalizado funciones, de los

comercializadores de planes de pensiones individuales y de los promotores de planes de pensiones, así como de los representantes de los fondos de pensiones de otros Estados miembros.

2. La DGS podrá ordenar la inspección de las entidades gestoras en los términos del art. 72 LOSSP.
3. A falta de mención expresa en contrario en los planes de pensiones o en las normas de funcionamiento de los planes de pensiones, todas las actuaciones de la inspección se entenderán notificadas cuando se comuniquen a la entidad gestora. Esta norma no se aplicará a las actuaciones que se refieran a personas físicas.
4. La DGS podrá ordenar la inspección de las entidades depositarias para comprobar que cumplen la normativa sobre planes y fondos de pensiones.
5. La DGS podrá inspeccionar las funciones transferidas a un tercero, así como las de comercialización de planes de pensiones.

## 5.3. Infracciones y sanciones

a) Se modifica el artículo 35 que se refiere a las infracciones administrativas. Las modificaciones más significativas son:

- La extensión del régimen de las infracciones a las entidades a las que se hayan transferido funciones y a los comercializadores de planes de pensiones.
- La consideración como cargos de administración a los miembros de comisiones y subcomisiones de control y de las comisiones promotoras.
- La inclusión de las siguientes infracciones en las distintas categorías tipificadas:

Se califican como muy graves: la aceptación de servicios de comercialización de personas no autorizadas o la aceptación de tales servicios sin acuerdo de comercialización; la inversión en bienes distintos de los autorizados cuando excedan del 3% del activo del fondo; el incumplimiento relevante de los deberes de información; la prestación de servicios de comercialización por personas no autorizadas o sin acuerdo de comercialización; la realización de actos y operaciones prohibidos por las normas de ordenación y supervisión de los planes y fondos de pensiones.

Se califican como graves: la inversión en bienes no autorizados cuando no excedan del 3% del activo del fondo; el incumplimiento del deber de información cuando no sea considerado como infracción muy grave; la aplicación de comisiones de gestión o de depósito en cuantía superior a la acordada o a los límites fijados reglamentaria o estatutariamente; el incumplimiento por los actuarios de sus obligaciones de revisión de los planes; el incumplimiento reiterado de los plazos y condiciones de pago y reconocimiento del derecho a las prestaciones, de las movilizaciones de derechos consolidados o el reembolso de éstos; el incumplimiento por parte de las gestoras de la obligación de velar por la actuación de las comercializadoras; la realización de actos y operaciones prohibidos por la normativa de planes y fondos de pensiones, salvo cuando tales conductas tengan carácter ocasional o aislado.

Se califican como leves: El incumplimiento ocasional o aislado de los plazos y condiciones de las formas de cobro y reconocimiento del derecho a las prestaciones, de las movilizaciones de derechos consolidados o el reembolso de éstos.

b) Se modifica el artículo 36 que se refiere a las sanciones administrativas

Se generaliza la posibilidad de imponer sanciones a todas las personas y entidades a las que se aplica la ley de planes y fondos de pensiones con la excep-

ción de los actuarios, los administradores de entidades comercializadoras y los mediadores de seguros que tienen un régimen especial.

#### 6. Modificación de la Disposición adicional segunda

La nueva disposición establece que las solicitudes de autorizaciones e inscripciones reguladas en esta Ley deberán ser resueltas en el plazo de tres meses. El silencio administrativo tendrá carácter negativo, salvo en el caso de solicitud de autorización previa para la constitución de un fondo de pensiones que tendrá carácter positivo

## Ordenación y supervisión de los seguros privados

Ricardo Alonso Soto

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

### 1. Reglas generales

La Ley de economía sostenible bajo la rúbrica de mejora del entorno económico establece dos reglas generales aplicables al sector de los seguros:

a) **Mejora de la regulación** (art. 30) Las Administraciones competentes velarán por la aplicación de una regulación más transparente y eficaz de los mercados de seguros que asegure el cumplimiento de las siguientes finalidades:

- Una mayor transparencia y eficiencia en la gestión de las entidades aseguradoras
- La protección de los ahorradores y los tomadores de seguros y los demás usuarios de los servicios prestados por las entidades aseguradoras.

b) **Protección de los clientes de servicios financieros** (art. 31). Los Servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones ejercerán sus facultades en materia de protección a los usuarios de servicios financieros en los términos previstos en el art. 30 de la Ley 44/2002, de medidas de reforma del sistema financiero.

Quedan suprimidos, por tanto, los comisionados para la defensa del cliente de servicios bancarios, del inversor y del asegurado y del partícipe en planes de pensiones (La Disposición derogatoria establece la derogación de los arts 22 a 28 de la Ley 44/2002 y el RD 303/2004)..

La **Disposición Final undécima de la LES** modifica el art. 30 de la Ley 44/2002, que queda redactado como sigue:

1. Los Servicios de reclamaciones atenderán las quejas y reclamaciones que presenten los usuarios de servicios financieros, que deriven de incumplimientos por las entidades aseguradoras de las normas sobre transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros. También atenderán las consultas que formulen los usuarios sobre estas materias y sobre los cauces legales para el ejercicio de sus derechos.
2. Los Servicios de reclamaciones funcionarán bajo el principio de ventanilla única, debiendo remitir las reclamaciones que se presenten al que de entre ellos corresponda.
3. La organización y funcionamiento de los Servicios de reclamaciones se ajustarán a los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación
4. Los Servicios de reclamaciones resolverán las quejas y reclamaciones mediante informes motivados, que no tendrán carácter de acto administrativo recurrible. Además informarán a los supervisores de los incumplimientos graves y reiterados de las normas que puedan detectar.
5. El Ministerio de Economía y Hacienda desarrollará el procedimiento de presentación de reclamaciones que deberá ajustarse a las siguientes reglas:

En este ámbito se establecen unas reglas generales sobre mejora de la regulación y sobre la protección de clientes de servicios financieros, suprimiéndose la figura del Comisionado para la defensa del asegurado y del partícipe en planes de pensiones. Por otra parte, hay que resaltar el desplazamiento hacia la LOSSP de la regulación de las agencias de suscripción, que anteriormente estaba contenida en una disposición adicional de la Ley de mediación de seguros.

- a) Para la admisión de una reclamación será imprescindible haberla formulado previamente al servicio de atención al cliente o al defensor del cliente de la entidad aseguradora y acreditar que ha sido denegada o que han transcurrido dos meses sin que haya sido resuelta
- b) Recibida la reclamación, el servicio de reclamaciones comprobará si cumple los requisitos y en caso afirmativo procederá a la apertura de un expediente
- c) Formulado el correspondiente informe, y si este fuera desfavorable para la entidad aseguradora, esta deberá informar al citado servicio sobre si ha procedido a la rectificación de manera voluntaria

La Disposición Transitoria quinta de la LES establece que hasta que se proceda al desarrollo reglamentario de esta norma, continuará aplicándose el procedimiento actualmente en vigor.

- 6. La DGS y FP publicará anualmente una memoria de la actuación del servicio de reclamaciones.

## 2. Modificaciones de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados

La **Disposición final decimocuarta** de la LES ha modificado los siguientes artículos del RDL 6/2004, que aprueba el Texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados:

**Art. 24.1** Reconociendo el derecho de separación de los mutualistas en caso de transformación de las mutuas y estableciendo reglas para la valoración de las participaciones sociales en caso de separación.

**Art. 40.1** Se modifica para incluir en su apartado a) a las entidades dominantes de grupos consolidables de entidades aseguradoras y a las agencias de suscripción.

**Art. 50** Se modifica para establecer la aplicación de la normativa de cesión de cartera a la fusión transfronteriza en que los contratos pasen a estar en régimen de libertad de establecimiento o prestación de servicios.

**Art. 60** Se añade un nuevo número 3, que establece que, en los seguros de vida en los que el tomador asume el riesgo de la inversión, se informará de forma clara y precisa acerca de que el importe a percibir depende de las fluctuaciones en los mercados financieros ajenos al control del asegurador y cuyos resultados históricos no son indicadores de resultados futuros. En los seguros de vida en que el tomador no asuma el riesgo de la inversión se informará de la rentabilidad esperada de la operación.

Y un número 4, que establece que, antes de la celebración de un seguro de decesos o de enfermedad, la entidad aseguradora deberá informar al tomador sobre los criterios a aplicar a la renovación de la póliza y actualización de las primas en periodos sucesivos.

Esta norma entrará en vigor el 1 de enero de 2013 para las nuevas pólizas que se suscriban o se renueven a partir de esa fecha.

**Art. 74** Se modifica para incluir nuevos registros administrativos:

1 La DGS llevará los siguientes registros: entidades aseguradoras; altos cargos de entidades aseguradoras; corredores de seguros, sociedades de correduría y sus altos cargos; agencias de suscripción; organizaciones para la distribución de la cobertura de riesgos entre entidades aseguradoras o para prestación de servicios comunes relacionados con su actividad y sus altos cargos.

**Art. 81** Se modifica para introducir el siguiente texto: 1. Las entidades domiciliadas en EEE que operen en España en régimen de libertad de establecimiento o

prestación de servicios tendrán el mismo deber de información al tomador que las C<sup>a</sup> españolas. Asimismo deberán informar de que la liquidación no se hará por las normas españolas. La información se dará en la lengua oficial del domicilio del tomador.

**Art. 86** Se modifica para establecer: 1. Las entidades domiciliadas en EEE que operen en España en régimen de libertad de establecimiento o prestación de servicios tendrán que designar un representante fiscal

## 3. Regulación de las agencias de suscripción

Se añade en el Capítulo I del Título III una nueva Sección 4. Régimen de las agencias de suscripción y se deroga la Disposición adicional tercera de la Ley 26/2006, de mediación de seguros y reaseguros privados.

### Agencias de suscripción (nuevo Art 86 bis de la LOSSP)

3.1. Las entidades aseguradoras domiciliadas en Estados miembros del EEE distintos de España y que ejerzan sus actividades en nuestro país en régimen de libertad de establecimiento o libre prestación de servicios, podrán suscribir contratos de apoderamiento con personas jurídicas españolas para la suscripción de riesgos en nombre y por cuenta de aquéllas. Estas personas jurídicas serán agencias de suscripción.

3.2. Para el ejercicio de esta actividad se precisará la previa autorización administrativa de la DGS y FP, siendo requisitos necesarios:

- a) Ser sociedad mercantil que tenga previsto en su objeto social esta actividad.
- b) Presentar un programa de actividades que contenga los riesgos que se van a suscribir y las entidades para las que trabaja, adjuntar los poderes e informar documentalmente sobre su estructura organizativa y procedimientos de control interno.
- c) Indicar las aportaciones y participaciones en el capital social de los socios con participaciones significativas, así como el cumplimiento por éstos de los requisitos legales exigidos.
- d) Estar dirigidas por personas que reúnan las condiciones de honorabilidad y profesionalidad exigidas legalmente.
- e) Disponer de una cuenta separada del resto de recursos económicos por cada una de las entidades aseguradoras que han otorgado un poder.
- f) Disponer de un seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía financiera en la cuantía que se determine.

La Disposición Transitoria segunda establece que hasta que el Ministerio de Economía y Hacienda no fije normas sobre el seguro o la garantía la cuantía del seguro de responsabilidad civil profesional será de, al menos, un millón y medio de euros por siniestro y, en suma, dos millones de euros para todos los siniestros correspondientes a un determinado año. Las citadas cuantías se actualizarán cada cinco años.

También se precisará autorización administrativa para que una agencia de suscripción pueda operar para otras entidades aseguradoras distintas de las autorizadas y para que pueda suscribir negocio en otros riesgos distintos de los autorizados inicialmente.

3.3. Las agencias de suscripción, una vez autorizadas, se inscribirán en el Registro administrativo especial.

3.4. La denominación agencia de suscripción queda reservada en exclusiva para las autorizadas. En la documentación de suscripción de seguros y en la publicidad

## Mediación de seguros

que realicen deberán hacer constar su naturaleza y las entidades aseguradoras de las que son apoderados

3.5. Las reclamaciones relacionadas con la actuación de las agencias de suscripción se presentarán y resolverán por los servicios de atención al cliente de las entidades aseguradoras para las que actúan.

3.6. La DGS y FP ejercerá la supervisión y control de las agencias de suscripción de la misma forma en que lo hace con las entidades aseguradoras (Art. 86 ter LOSSP).

En este sentido: a) La DGS y FP podrá revocar la autorización concedida a las agencias de suscripción en los términos establecidos en el art. 23 de la LOSSP. b) Serán aplicables a las agencias de suscripción las medidas de control especial contenidas en el art. 39 LOSS. c) A las agencias de suscripción se les aplicará el régimen de infracciones y sanciones previsto en la sección quinta del Capítulo tercero del Título Segundo de la LOSSP.

3.7. La Disposición Transitoria primera establece un período de un año para la adaptación de las agencias de suscripción a la nueva legislación.

Ricardo Alonso Soto

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

La Disposición final duodécima de la Ley de economía sostenible modifica la Ley 26/2006, de mediación de seguros y reaseguros privados (LMS) en los siguientes términos:

### 1. Distribución de seguros a través de redes de agentes exclusivos de otra entidad aseguradora del mismo grupo

Se establece, como novedad, que, cuando las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, que celebren contratos para la distribución de sus pólizas de seguro por medio de las redes de distribución de agentes de seguros exclusivos de otras entidades aseguradoras, formen parte con estas últimas de un mismo grupo consolidable de entidades aseguradoras, deberán indicarlo en el contrato de distribución e incluir en toda la documentación mercantil y publicitaria que utilicen los agentes de seguros, la denominación del grupo al que pertenecen (Modificación del art. 4 apartado 1 LMS)

### 2. Auxiliares externos

Se completa la regulación existente en esta materia estableciendo en el art. 8 LMS:

2.1. Una nueva figura de auxiliar externo, denominada **auxiliar-asesor**, que además de las funciones del auxiliar externo, desarrollará la actividad de asistencia en la gestión, ejecución y formalización de los contratos de seguro o en la gestión de los siniestros.

El auxiliar-asesor si es persona física, la mitad de los componentes de su órgano de dirección si es persona jurídica y los empleados que desarrollen la actividad, deberán tener la formación adecuada y no estar incurso en causas de incompatibilidad.

El auxiliar-asesor deberá suscribir un contrato de auxiliar-asesor con el mediador, que habrá de comprobar previamente que el citado auxiliar cumple los requisitos legales. En este contrato se especificará la información que les corresponde facilitar al tomador de seguros (que será toda o una parte de la establecida en el art. 42 LMS).

Los auxiliares-asesores deberán identificarse como tales e indicar la identidad del mediador para el que actúan.

Los auxiliares-asesores se inscribirán en el Registro administrativo de auxiliares-asesores (art. 52.1 LMS). La cancelación de la inscripción se producirá además de por las causas legales previstas, cuando el auxiliar-asesor o el mediador dejen de cumplir alguno de los requisitos exigidos para ser mediador o cuando el mediador rescinda el contrato que tenía con el ((art. 53.1 LMS)

2.2. Nuevas especificaciones para los auxiliares externos:

a) Los auxiliares externos no tendrán la condición de mediadores de seguros, no podrán asumir las funciones reservadas por la Ley a éstos y desarrollarán su actividad bajo la dirección, responsabilidad y capacidad financiera de los mediadores de seguros para los que actúan.

Las principales modificaciones introducidas por la LES en esta materia son: El reconocimiento de la distribución de seguros a través de la red de agentes exclusivos de otras aseguradoras del mismo grupo, la regulación de la figura del auxiliar-asesor dentro de la categoría de los auxiliares externos, la prohibición de que los agentes de seguros desempeñen cargos de dirección o administración en otras sociedades dedicadas a la mediación de seguros y, finalmente, la introducción de una definición de lo que se entiende por red de distribución de una entidad de crédito en relación con los operadores de banca-seguros.

- b) Un auxiliar externo de un mediador de seguros no podrá colaborar con otros mediadores de seguros de distinta clase a la de aquél que le contrato en primer lugar. Además si es auxiliar externo de un agente exclusivo, solo podrá colaborar con otros agentes exclusivos de la misma entidad aseguradora.
- c) Los mediadores de seguros llevarán un libro registro de los auxiliares externos que estará sometido a control de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGS).

### 3. Agentes exclusivos

En relación con esta modalidad de agentes se introducen las siguientes novedades:

- a) La aplicación del régimen de incompatibilidades a las personas que participan en la mediación bajo la dirección de los agentes exclusivos (art. 13.4 LMS)
- b) La prohibición de que los agentes de seguros exclusivos, sean personas físicas o jurídicas, desempeñen cargos de administración o dirección en sociedades que ejerzan la actividad de agencia de seguros exclusiva, salvo si se adoptan los mecanismos necesarios para garantizar el respeto al pacto de exclusividad y se admita por las entidades aseguradoras afectadas (art. 19. 2 LMS).
- c) La prohibición de que las personas que integren el órgano de dirección responsable de la mediación en las sociedades de agencia de seguros exclusivas desempeñen cargos de administración o dirección en otras sociedades de agencia de seguros exclusiva, de agencia de seguros vinculada, de correduría de seguros o en auxiliares externos de unos y otros, salvo si se adoptan los mecanismos necesarios para garantizar el respeto al pacto de exclusividad y se admita por las entidades aseguradoras afectadas (Art. 19.3 LMS) .
- d) Se considera infracción muy grave la actuación de varios agentes de seguros exclusivos de distintas entidades aseguradoras en condiciones tales que el conjunto de sus actuaciones suponga el ejercicio de hecho de una actividad que aparezca como correduría de seguros o agencia vinculada (art. 55.2 LMS).

### 4. Agentes vinculados

En materia de agentes vinculados, se introducen las siguientes novedades:

- a) La imposición a las entidades aseguradoras de la obligación de adoptar las medidas necesarias para la formación de los agentes de seguros vinculados y de las personas que integren el órgano de dirección de los seguros mediados por éstos (art. 21.3.e) LMS).
- b) La aclaración de que, en materia de capacidad financiera o de responsabilidad civil, la mención que se realizaba anteriormente a las entidades aseguradoras, ha de referirse a todas y cada una de aquellas con las que existe vinculación (art. 21.3 g) y h) LMS). Asimismo se establece que, el seguro de responsabilidad civil deberá contratarse para aquellas actuaciones en las que una entidad aseguradora no ha asumido la citada responsabilidad en virtud del contrato de agencia.
- c) Los agentes de seguros vinculados que sean personas físicas no podrán ejercer cargos de administración o dirección en las sociedades de agencia de seguros exclusiva o de correduría de seguros o de auxiliares externos de unos y otros (art. 24. 2 LMS)

### 5. Operadores de banca seguros

En relación con este tipo de operadores, la única modificación que se introduce consiste en definir qué se entiende por **red de distribución de una entidad de crédito**.

Se entenderá por red de distribución de una entidad de crédito el conjunto de toda su estructura de la organización de medios personales, oficinas operativas y agentes de

la entidad de crédito, de acuerdo con la normativa de creación y régimen jurídico de las entidades de crédito (art. 25.1. LMS).

La red de la entidad de crédito, una vez cedida a un operador de banca-seguros, no podrá fragmentarse para que parte de ella participe en la mediación de seguros como red de otro operador de banca-seguros o como auxiliar externo de otro mediador de seguros (art. 25.1 LMS)

### 6. Otras cuestiones:

#### 6.1. Obligaciones contables

Se extiende la obligación de llevanza de libros contables, que anteriormente se imponía solamente a los corredores de seguros y reaseguros, a los agentes de seguros vinculados y a los operadores de banca-seguros vinculados (art. 49 LMS).

#### 6.2. Responsabilidad administrativa

Se amplía la responsabilidad de los mediadores frente a la Administración a las personas que ejerzan, por si o persona interpuesta, actividades de mediación de seguros o de reaseguros sin cumplir los requisitos legales (art. 54.1 LMS).

#### 6.3. Plazo de resolución

De conformidad con lo establecido en las disposiciones generales de la LES, el plazo máximo para la resolución de las solicitudes de inscripción en el registro administrativo de la DGS será de tres meses. En ningún caso se producirá la inscripción por silencio administrativo (arts. 21.4, 27.2, 35,2, LMS)

#### 6.4. Tasa por inscripción en el Registro administrativo de mediadores.

Se modifica la Disposición adicional cuarta de la Ley de mediación de los seguros y reaseguros privados relativa a las tasas de inscripción en el registro, para incluir en el hecho imponible la inscripción de los auxiliares-asesores y de sus cargos de administración y dirección y las posteriores incidencias, así como para proceder a una elevación de la cuantía de las tasas.

#### 6.5. Agencias de suscripción

Se deroga la Disposición adicional tercera de la Ley 26/2006 relativa a las agencias de suscripción que pasan a estar reguladas en la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados.

## Los organismos reguladores

**Diana Cogilniceanu**

Departamento de Derecho Público de Gómez-Acebo & Pombo

Lo que se refiere a las modificaciones llevadas a cabo por la Ley de Economía Sostenible en relación con los Organismos Reguladores, hay que mencionar que el legislador entró a regular prácticamente la totalidad de los aspectos definitorios de los mismos, desde su naturaleza jurídica y régimen de funcionamiento hasta la delimitación de sus funciones y rendición de cuentas, salvo en el caso de la Comisión Nacional de la Competencia, que conoció una regulación menos detallada.

Siguiendo con el análisis de la Ley de Economía Sostenible (LES), esta vez haremos referencia a las modificaciones —sustanciales y no tanto— de los organismos reguladores (OO. RR.) llevadas a cabo por el legislador en el citado texto (concretamente, en su capítulo segundo, título primero).

Como comienzo obligatorio, conviene tener identificados a dichos organismos, ya que sólo algunos de ellos recibieron este estatus en el nuevo marco regulador, a saber: 1) la Comisión Nacional de Energía; 2) la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y 3) la reciente Comisión Nacional del Sector Postal. En cuanto a lo que incumbe a 4) la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), adelantamos que es un ente al que se aplican meramente algunos de los preceptos incluidos en esta ley, tal y como procederemos a explicar a continuación.

Por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico se hace el esfuerzo de constituir un marco regulador común para todos los OO. RR., salvo en caso de aquellos expresamente excluidos por la propia LES (los vinculados al ámbito financiero). El legislador entró a regular desde la naturaleza jurídica y el régimen de funcionamiento de los OO. RR. hasta la delimitación de sus funciones y la rendición de cuentas por parte de sus miembros, según se expone esquemáticamente más abajo:

### - Reducción del número de los consejeros:

El número de los miembros de los OO. RR. se fija en seis consejeros y un presidente, nombrados todos ellos por el Gobierno mediante real decreto y por un periodo de seis años, sin posibilidad de reelección (en la legislación anterior ésta sí era posible)<sup>1</sup>. Como se puede ver, por otra parte, ha desaparecido la figura del vicepresidente, debido sin duda al objetivo primordial de reducir el número de los consejeros y de aumentar la operatividad y eficacia de los organismos, según anuncia la propia exposición de motivos de la ley.

### - Selección de los candidatos:

Se hará siempre, y como regla general, según criterios objetivos de méritos y capacidad. Tanto el ministro competente que los proponga como los propios candidatos habrán de comparecer ante una comisión parlamentaria ante la cual deberán exponer las razones que les llevaron a solicitar el desempeño del cargo correspondiente y responder a las preguntas que se les formulen. Lo que se echa en falta es una descripción de la composición de dicha comisión, así como el quórum necesario para la toma de decisiones y el procedimiento administrativo apropiado. Las críticas formuladas al respecto se refieren a la conveniencia de que sea el ministerio con el que vayan a trabajar más tarde el que nombre directamente a los consejeros, considerando más eficiente el modelo norteamericano, donde el nombramiento, aunque llevado a cabo inicialmente por el Gobierno, está sujeto después a la confirmación por parte del Congreso de los Diputados. La ley intenta remediar este vacío imponiendo a los presidentes de los OO. RR. el deber general de rendir cuentas anualmente ante el Parlamento exponiendo «las líneas básicas de su

<sup>1</sup> Actualmente, por ejemplo, la Comisión Nacional de la Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones cuentan con nueve miembros; la Comisión Nacional del Sector Postal, con cuatro, y la CNC, por su parte, está formada por ocho miembros.

actuación y sus planes y prioridades para el futuro», así como el de presentar cada tres años una evaluación de sus planes de actuación y los resultados obtenidos.

Por otra parte, el legislador hace una distinción entre el personal directivo y no directivo de los OO. RR. Así, éstos se organizarán en áreas de responsabilidad, al frente de las cuales se designará al personal directivo que deberá cumplir con las funciones de su área de acuerdo con las instrucciones recibidas del Consejo y del presidente del organismo regulador de que se trate. La ley ha preferido en este aspecto hacer una remisión directa a lo establecido en la Ley, del 2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, previendo únicamente que la selección del personal, ya sea directivo o no, siempre se efectuará mediante convocatoria pública y en virtud de procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad de los candidatos.

### - Incompatibilidades y cese de los consejeros:

Se establece igualmente la prohibición, aplicable a los presidentes y a los consejeros de los OO. RR., de ejercer actividades profesionales privadas relacionadas con el sector regulado (o de la CNC) durante un periodo de dos años contado tras el cese de sus cargos, tanto *en* empresas del sector como *para* empresas del sector. Como contraprestación se les concede el derecho a percibir, con el límite máximo de dos años, una compensación económica mensual igual a la doceava parte del 80 % del total de las retribuciones asignadas a su cargo en el presupuesto en vigor durante el plazo indicado. Además —y es aquí donde más resalta el principio de transparencia aclamado por la LES—, la existencia de tal derecho indemnizatorio deberá ser enunciada por sus beneficiarios ante el órgano rector del organismo regulador de que se trate y éste deberá hacer pública tal información si se trata de los miembros del Consejo.

En lo que se refiere al cese de los consejeros, se establece un verdadero principio de inmovilidad de éstos, sólo admitiéndose tal supuesto en los casos expresamente indicados por la ley y de acuerdo con un previo expediente sancionador. El resultado de éste podrá impugnarse, lógicamente, ante la jurisdicción contencioso-administrativa (en el marco de un procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales).

### - Facultades atribuidas a los OO. RR.:

Para poder cumplir con los objetivos marcados por la LES, se faculta a los OO. RR. para ejercer funciones de supervisión; otorgamiento, revisión y revocación de títulos; inspección; sanción; resolución de conflictos entre operadores, y arbitraje, entre otras. Así, en algunos casos, las nuevas facultades otorgadas exceden a las ejercidas con anterioridad; por ejemplo, no todos los OO. RR. tenían antes facultad sancionadora. Por otra parte, se omite hacer mención de la facultad de los OO. RR. de dictar instrucciones y circulares, en virtud de la llamada capacidad normativa de segundo grado. Otro aspecto reseñable es que el legislador no aclara si el arbitraje tendrá carácter público (regulado por las normas del procedimiento administrativo, la Ley 30/1992, siendo su resultado revisable ante la jurisdicción contencioso-administrativa) o, por el contrario, voluntario (regido por la Ley de Arbitraje del 2003 y siendo el laudo resultante únicamente susceptible de recurso de anulación en virtud de los motivos expresamente tasados en la referida Ley del 2003).

### - Independencia funcional:

En el ejercicio de sus funciones, «ni el personal ni los miembros de los órganos rectores de los organismos reguladores o de la Comisión Nacional de la Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada». Esta obligación de independencia funcional es reflejo directo de la transposición de la Directiva 2009/72/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. Otra muestra de tal anhelo independentista es el hecho de que la ley, al referirse a la conexión que deberá existir entre los OO. RR. y los titulares de los ministerios con los que colaboren, sustituye sutilmente el adjetivo «adscritos» (término utilizado en la legislación anterior) por el verbo «se relacionarán» para dejar bien claro que no existe relación jerárquica alguna entre ellos.

## Energía nuclear

## Lo que dice (y no dice) la LES sobre las centrales nucleares

Ana Isabel Mendoza Losana

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

Con independencia de lo expuesto en el punto precedente, los OO. RR. estarán sometidos a un control respecto al ejercicio de sus facultades, debiendo hacer públicas todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que vayan a dictar en aplicación de las leyes que los regulan y «preservando aquellos aspectos que afecten a la confidencialidad a la que tienen derecho las empresas». Respecto a este último aspecto, y aunque la ley no indique expresamente qué debe entenderse por tal confidencialidad, la lógica hace pensar que debe de tratarse de aquellos procedimientos que no estén concluidos todavía. Otra novedad procedimental es que las resoluciones de los OO. RR. ya no son susceptibles de recurso de alzada porque ponen fin a la vía administrativa, según la ley.

*- Competencias de la CNC y cooperación interinstitucional:*

Como hemos indicado previamente, sólo algunos de los preceptos relativos a los OO. RR. se aplicarán a la comisión en cuestión, por lo que consideramos más práctico enumerar lo que no le será de aplicación. Así: los preceptos relativos a la independencia del ente; los estatutos de los miembros del Consejo; las reglas sobre el nombramiento, mandato, funciones e incompatibilidades de los Consejeros; las causas de cese de los cargos; la publicidad y evaluación de las actuaciones de la comisión, y la coordinación con los demás OO. RR. En lo que se refiere a las relaciones de la CNC con los restantes OO. RR., indica la ley que estos últimos «deberán preservar y promover el mayor grado de competencia efectiva y transparencia en el funcionamiento de los sectores económicos por ellos regulados, sin perjuicio de las funciones atribuidas a la CNC o a los órganos equivalentes de las comunidades autónomas», es decir, habrá una separación de competencias. Lo que no queda tan claro es a quién y en qué casos corresponderá la facultad de conocer de un tema de competencia, ya que la LES no delimita los campos de actuación de cada uno de los entes mencionados con anterioridad. Lo que sí se prevé es la obligación de los presidentes de todos los OO. RR. y de la CNC de reunirse, con la mínima periodicidad de un año, para analizar la evolución de los mercados de sus respectivos sectores.

Y en lo concerniente a la cooperación europea, los OO. RR. deberán «fomentar el contacto, la colaboración y la coordinación» con los organismos reguladores de los Estados miembros de la Unión Europea, con la Comisión Europea y con otros Estados en general, todo ello con el fin de perfeccionar el mercado único europeo y el sistema económico internacional.

*- Endeudamiento:*

Sin lugar a duda, es el aspecto más delicadamente tratado por la ley, ya que impone un sistema restrictivo importante: declara el texto legal que tanto los OO. RR. como la propia CNC deberán requerir autorización legal para emitir deuda o contraer crédito. Sin embargo, se establece una pequeña excepción a esta regla general, pues se podrán conceder operaciones de crédito para atender desfases temporales de tesorería siempre y cuando se cumplan dos condiciones: a) que los referidos créditos se concierten y se cancelen dentro del mismo ejercicio presupuestario, y b) que no superen el 5 % del presupuesto asignado; además todas las tasas aplicables a las actividades y servicios prestados por los OO. RR. serán establecidas anualmente en el marco de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Ante la polémica suscitada en torno a la prolongación de la vida útil de las centrales nucleares, este documento pretende aclarar qué es lo que la Ley de Economía Sostenible realmente dice (y no dice) sobre tales instalaciones.

**1. Introducción**

Como casi una premonición, aprovechando el trámite de enmiendas en el Senado, a iniciativa del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) y del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas (GPSN), se modificó el texto del proyecto de la Ley de Economía Sostenible aprobado inicialmente por el Congreso de los Diputados en lo referente a las instalaciones nucleares. Esto reabrió en España un debate, que, en realidad, siempre había estado latente, sobre la energía nuclear y su relevancia en el *mix* energético. Desde ciertos sectores, la modificación del texto legal se ha presentado como un giro en la posición del Gobierno respecto a la energía nuclear e incluso se ha hablado de la posibilidad de «indultar» a Garoña con la nueva ley en la mano. Justo cuando parecían abrirse camino las posiciones pro nucleares, se produce el desastre en Japón y resurgen con más fuerza que antes las voces antinucleares a las que se suman incluso aquellos que se habían erigido en claros defensores de la energía nuclear y habían apostado por un alargamiento de la vida útil de las centrales nucleares (caso alemán).

Sin ánimo ni cualificación técnica necesaria para entrar en la polémica sobre la seguridad de las centrales nucleares, sí considero oportuno examinar qué es lo que realmente dice (y no dice) la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES) sobre las instalaciones nucleares.

**2. Artículo 79 de la LES: redacción originaria frente a redacción enmendada en el Senado**

Para facilitar la lectura del comentario, cito literalmente la parte de la norma objeto de este documento:

«Artículo 79. Planificación energética indicativa

1. El Gobierno, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta ley, previo informe de la Conferencia Sectorial de Energía y tras el correspondiente proceso de información pública, aprobará un documento de planificación, que establecerá un modelo de generación y distribución de energía acorde con los principios recogidos en el artículo 77 y con los objetivos establecidos.
2. La planificación recogerá con carácter indicativo varios escenarios sobre la evolución futura de la demanda energética, sobre los recursos necesarios para satisfacerla, sobre las necesidades de nueva potencia y, en general, previsiones útiles para la toma de decisiones de inversión por la iniciativa privada y para las decisiones de política energética, fomentando un adecuado equilibrio entre la eficiencia del sistema, la seguridad de suministro y la protección del medio ambiente.
3. Dicha planificación y las posteriores actuaciones de ordenación del sistema energético se orientarán a la consecución, bajo diferentes escenarios de demanda, de los siguientes objetivos para el año 2020:
  - a) Optimizar la participación de las energías renovables en la cesta de generación energética y, en particular, en la eléctrica.

- b) Reducir la participación de las energías con mayor potencial de emisiones de CO<sub>2</sub> en la cesta de generación energética y, en particular, en la eléctrica.
- c) Determinar los niveles de participación de la energía nuclear en la cesta de generación energética, de acuerdo con el calendario de operación de las centrales existentes y con las renovaciones que, solicitadas por los titulares de las centrales, en el marco de la legislación vigente, en su caso correspondan, teniendo en cuenta las decisiones del Consejo de Seguridad Nuclear sobre los requisitos de seguridad nuclear y protección radiológica, la evolución de la demanda, el desarrollo de nuevas tecnologías, la seguridad del suministro eléctrico, los costes de generación eléctrica y las emisiones de gases de efecto invernadero, y ateniéndose en todo caso al marco de referencia establecido por la normativa europea vigente.
- d) La participación de las diferentes tecnologías en el largo plazo tenderá a reflejar la competitividad relativa de las mismas, entendiéndose por ésta una medida comprensiva de los costes y beneficios de cada una de las tecnologías que abarque, entre los costes, los relativos a toda la cadena de generación, incluyendo los costes medioambientales y los intergeneracionales, y, entre los beneficios, la aportación a la seguridad del suministro energético, incluyendo las contribuciones en términos de autosuficiencia, gestionabilidad y predictibilidad de las fuentes.

[...].».

El texto inicialmente aprobado por el Congreso de los Diputados, —después enmendado en el Senado a iniciativa de los grupos nacionalistas—, señalaba como objetivo, incluido en la letra c del párrafo 3, «mantener el calendario de operación de las centrales del parque nuclear existente, considerando el plazo de cuarenta años para el que fueron diseñadas y teniendo en cuenta el desarrollo de nuevas tecnologías, la seguridad del suministro eléctrico, los costes de generación eléctrica y las emisiones de gases de efecto invernadero». La modificación se justificó en la consideración de que la limitación «a priori» de la vida útil de las centrales nucleares en la legislación española no aporta ninguna ventaja y es contraria a las previsiones de la Ley del Sector Eléctrico, por cuanto convierte la planificación para la actividad de generación en vinculante, frente al carácter de indicativa con el que está designada en la citada ley. Además —señalaba la justificación de la enmienda—, «limitar administrativamente la vida útil de las centrales nucleares resulta ineficiente desde el punto de vista económico, y por tanto perjudicial para los intereses de los consumidores que se beneficiarían de un coste de producción en sus tarifas más barato».

### 3. Breve comentario al artículo 79 de la LES

Una lectura sosegada del artículo 79 de la LES suscita los siguientes comentarios:

- a) *Planificación energética indicativa.* El artículo 79 es uno de los preceptos dedicados a la planificación energética, en concreto, a la planificación energética indicativa, y lo que hace realmente es instar al Gobierno a aprobar en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la ley un documento de planificación que establecerá un modelo de generación y distribución de energía acorde con los principios y objetivos establecidos por la propia ley. Esta planificación recogerá con carácter indicativo varios escenarios sobre la evolución futura de la demanda energética, sobre los recursos necesarios para satisfacerla, sobre las necesidades de nueva potencia y, en general, previsiones útiles para la toma de decisiones de inversión por la iniciativa privada y para las decisiones de política energética.
- b) *Objetivos.* La planificación del Gobierno y las posteriores actuaciones de ordenación del sistema energético se orientarán a la consecución, bajo diferentes escenarios de demanda, de los diversos objetivos para el año 2020 definidos por la LES. Tal definición ha sido una de las cuestiones más polémicas y mediáticas de la nueva ley en materia energética. Junto con la necesidad de optimizar la participación de las energías renovables en la cesta de generación energética, especialmente en la eléctrica, o reducir la participación de las energías con mayor potencial de emisiones de CO<sub>2</sub> en dicha cesta, en particular también en la eléctrica, se proclama como ob-

jetivo el «determinar los niveles de participación de la energía nuclear en la cesta de generación energética».

El legislador parece confundir los contenidos de la planificación energética con los objetivos. El objetivo será fomentar o reducir la participación de la energía nuclear en la cesta de generación energética, pero no determinar esa participación. Aun siendo difícil adoptar una decisión al respecto, entiendo que determinar los niveles de participación de la energía nuclear en la cesta de generación eléctrica no puede calificarse propiamente como un objetivo de la planificación, sino como un contenido de ésta.

- c) *Calendario de operaciones de las centrales nucleares.* El Gobierno determinará los niveles de participación de la energía nuclear en la cesta de generación energética de acuerdo «con el calendario de operación de las centrales existentes y con las renovaciones que, solicitadas por los titulares de las centrales, en el marco de la legislación vigente en su caso, correspondan». El calendario de operación de las centrales existentes viene establecido en las correspondientes autorizaciones de explotación. La novedad de la enmienda introducida en el Senado es la eliminación de la referencia expresa a los cuarenta años de vida útil de la instalación.

Este horizonte temporal de cuarenta años de previsible explotación es el establecido para la vida de las centrales nucleares a los efectos de los cálculos y planificación técnica y económica en el vigente VI Plan General de Residuos Radiactivos (PGRR), aprobado por el Gobierno el 23 de junio del 2006. En él se prevé el desmantelamiento total (nivel 3) de todas las centrales nucleares españolas que funcionan actualmente. Una vez que éstas hayan cumplido su vida útil (cuarenta años) se procederá a su cierre y, tres años después, a su desmantelamiento. El PGRR se renueva cada cuatro años y, en función de las exigencias de la planificación energética, podrá mantenerse o ampliarse el plazo de cuarenta años, que la LES —tras su paso por el Senado— ya no impone.

Esto significa que, cumplido el calendario de operación de las centrales existentes (los cuarenta años para los que fueron diseñadas), se podrá aceptar o rechazar la solicitud de renovación en atención a los factores condicionantes previstos en la ley.

- d) *Respuesta a las solicitudes de renovación.* El Gobierno aceptará o rechazará una solicitud de renovación en el marco de la legislación vigente y «teniendo en cuenta las decisiones del Consejo de Seguridad Nuclear sobre los requisitos de seguridad nuclear y protección radiológica, la evolución de la demanda, el desarrollo de nuevas tecnologías, la seguridad del suministro eléctrico, los costes de generación eléctrica y las emisiones de gases de efecto invernadero, y ateniéndose en todo caso al marco de referencia establecido por la normativa europea vigente». En contra de algunas manifestaciones, la norma ni dice que el dictamen del Consejo de Seguridad Nuclear (CSN) sea vinculante, ni da prioridad absoluta a su decisión sobre otros condicionantes como «la evolución de la demanda» o «los costes de generación eléctrica». El informe del CSN es preceptivo, pero sólo vinculante cuando tenga carácter negativo o denegatorio de la autorización y, asimismo, en cuanto a las condiciones que establezca, en caso de ser positivo (arts. 28 de la Ley 25/1964, de Energía Nuclear; 2b de la Ley 15/1980, de Creación del Consejo de Seguridad Nuclear, y 5 y 6 del Reglamento sobre Instalaciones Nucleares y Radiactivas aprobado por el RD 1836/1999).

Por tanto, al pronunciarse sobre el cierre o prórroga de una instalación nuclear, el Gobierno valorará las condiciones de seguridad en función del dictamen del CSN, pero también la evolución de la demanda y los costes de generación eléctrica, en definitiva, la conveniencia de que la central siga funcionando —a pesar de haber cumplido los cuarenta años de vida para los que fue diseñada— para garantizar la seguridad del suministro seguro a costes económicos y medioambientales razonables. Y, todo ello, teniendo en cuenta la normativa europea, que, como se ha anunciado tras la reunión extraordinaria del Comisario de Energía con representantes de Gobiernos, autoridades nacionales de seguridad nuclear y de la industria del sector celebrada en Bruselas el pasado 15 de marzo con motivo de la tragedia de Japón, dispondrá el efectuar pruebas de resistencia más rigurosas a las instalaciones nucleares ante eventuales sismos, tsunamis y ataques terroristas.

**4. Lo que no dice la Ley de Economía Sostenible**

Dado el ruido mediático en torno a la polémica enmienda de la LES y el debate reabierto tras la tragedia de Japón, conviene dejar claro que el contenido de la LES tiene un alcance más limitado de lo que en principio se le atribuye. A continuación se desmienten algunos falsos contenidos atribuidos a la LES.

- a) Aunque supone constatar lo obvio —por lo encendido del debate en algunos foros— hay que recordar que la LES no contiene autorización alguna ni expresa ni implícita para la construcción de nuevas centrales nucleares. A estos efectos no modifica la DA 7.<sup>a</sup> de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico, que contiene la paralización de las centrales nucleares en moratoria. Los proyectos en moratoria siguen paralizados cobrando la correspondiente compensación (*vid.* Resolución de 21 de enero del 2011, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se determina la anualidad correspondiente al 2010 y el importe pendiente de compensación, a 31 de diciembre del 2010, de los proyectos de centrales nucleares paralizados definitivamente por la disposición adicional octava de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, sustituida por la Ley 54/1997, de 27 de diciembre, del Sector Eléctrico).
- b) La LES no amplía el periodo de vida útil de las instalaciones fijado actualmente en cuarenta años. En función de lo establecido en la planificación energética indicativa, el Gobierno podrá ampliar o mantener dicho periodo.
- c) En contra de lo que se ha dicho, la LES no deja en manos del Consejo de Seguridad Nuclear la decisión sobre la prórroga de las centrales nucleares. Su dictamen sigue siendo preceptivo pero no vinculante, salvo que sea negativo o imponga condiciones en caso positivo. Es el Gobierno el que debe tomar la decisión sobre el eventual cierre de la instalación, valorando el dictamen positivo del CSN junto con otros elementos como la situación de la demanda o los costes de la producción energética.
- d) Desde el punto de vista jurídico, la LES no obliga al Gobierno, ni al actual ni a futuros, a revisar su decisión de cierre de la central nuclear de Santa María de Garoña (Resolución de 12 de junio del 2009, del MITC, por la que se acuerda como fecha de cese definitivo de la explotación de la Central Nuclear de Santa María de Garoña el día 6 de julio del 2013 y se autoriza su explotación hasta dicha fecha). Lo podrá hacer, o no, en función de razones estratégicas, teniendo en cuenta los factores condicionantes a los que se refiere la LES (entre los que se incluye el dictamen del Consejo de Seguridad nuclear —que se mostró favorable a la renovación de la autorización de explotación—) y en el marco de la normativa europea que regule las nuevas pruebas de resistencia que deban superar las centrales nucleares.

**Patentes y transferencia de tecnología**

**Ángel García Vidal**

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

**1. La modificación de la ley de patentes por la ley de economía sostenible**

1. El Boletín Oficial del Estado de 5 de marzo de 2011 ha publicado la tan anunciada Ley de economía sostenible (Ley 2/2011, de 4 de marzo), una Ley de la que se esperan efectos casi taumatúrgicos, de regeneración de la economía, y de salida de la profunda crisis económica y financiera en que nos encontramos. En efecto, la propia Ley dispone en su artículo 1 que “tiene por objeto introducir en el ordenamiento jurídico las reformas estructurales necesarias para crear condiciones que favorezcan un desarrollo económico sostenible”. Y por economía sostenible la Ley entiende (artículo 2) “un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades”.

Para la consecución de este objetivo fundamental de la Ley de economía sostenible se ha procedido a la reforma y modificación de un importantísimo número de textos legales (que van desde la normativa fiscal, como el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, a la legislación de patentes, pasando por la regulación del sector eléctrico, del mercado de valores y de las sociedades de capital, de las instituciones de inversión colectiva, de las entidades de capital riesgo y de sus sociedades gestoras, de la disciplina e intervención de las entidades de crédito, o la de mediación de seguros y reaseguros privados, entre otras muchos textos legales).

2. Pues bien, una de las leyes modificadas es la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes, cuyo apartado 1. A) de la disposición adicional segunda recibe una nueva redacción por la Disposición final quincuagésima segunda de la LES.

Hasta el momento, en la referida disposición adicional de la LP se preceptuaba que los plazos máximos de resolución de los procedimientos se computaban desde la fecha de recepción en la Oficina Española de Patentes y Marcas de las respectivas solicitudes, y para la concesión de patentes y adiciones a las patentes, dicho plazo era de 14 meses más el período de transcurrido desde la fecha de recepción de la solicitud hasta la publicación de la misma en el BOPI (si se tramitaban por el procedimiento general de concesión). Y si se tramitaban por el procedimiento de concesión con examen previo, el que resultase de añadir veinticuatro meses al citado período.

En cambio, ahora los plazos máximos de resolución son los siguientes: “si se tramitan por el procedimiento general de concesión, el que resulte de añadir catorce meses al período transcurrido desde la fecha de recepción de la solicitud hasta la publicación del Informe sobre el Estado de la Técnica en el “Boletín Oficial de la Propiedad Industrial”, y si se tramitan por el procedimiento de concesión con examen previo el que resulte de añadir veinticuatro meses al citado período”.

Uno de los elementos a los que la Ley de Economía Sostenible da una extraordinaria importancia es el de la innovación. E íntimamente relacionada con la innovación se encuentra la protección de los resultados innovadores por medio del Derecho de patentes, así como la transferencia de tecnología. En el presente documentos se da cuenta de la regulación de la LES en estas materias.

## 2. La transferencia de tecnología desde el sector público al sector privado en la ley de economía sostenible

### 1. *Ámbito de aplicación de la nueva normativa*

La Ley de economía sostenible presta una especial atención a la transferencia de resultados de la actividad investigadora realizada en entidades públicas. En efecto, la LES establece un régimen normativo específico que, según el artículo 53, resulta de aplicación a los organismos públicos de investigación, las universidades públicas, las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles estatales y otros centros de investigación dependientes de la Administración General del Estado.

### 2. *Titularidad de los resultados y del derecho a solicitar su protección*

Según la nueva regulación los resultados de las actividades de investigación, desarrollo e innovación realizadas como consecuencia del desempeño de las funciones que les son propias, por el personal investigador de las citadas entidades, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica por la que estén vinculados a ellas, así como el derecho a solicitar los títulos de propiedad industrial adecuados para su protección jurídica, pertenecerán a las entidades cuyos investigadores los hayan obtenido en el ejercicio de las funciones que les son propias. Y según el art. 54. 2. de la LES los derechos de explotación relativos a la propiedad intelectual corresponderán a las entidades en que el autor haya desarrollado una relación de servicios, en los términos y con el alcance previsto en la legislación sobre propiedad intelectual.

En realidad, esta regulación de la LES reproduce lo que ya figuraba en la legislación de propiedad industrial. Así, en la Ley de patentes se contiene una triple regulación: a) la aplicable a las invenciones conseguidas por funcionarios públicos; b) la normativa específica referente a las invenciones de profesores universitarios, y c) la regulación aplicable a los investigadores de otros centros públicos de investigación. Y esta triple regulación no sólo resuelve el problema en relación con las patentes y modelos de utilidad, sino también a propósito de las topografías de los productos semiconductores y de las obtenciones vegetales, en virtud de las remisiones realizadas en la Ley 11/1988, de 3 de mayo, de protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores (artículo 11) y en la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales (artículo 10.5).

Con relación a las invenciones de los funcionarios, empleados y trabajadores del Estado, Comunidades Autónomas, Provincias, Municipios y demás Entes públicos, el artículo 20.1 LP, declara aplicables los preceptos relativos a las invenciones que realiza un trabajador en el marco de un contrato de trabajo o de prestación de servicios (invenciones laborales). Se sigue así lo que la doctrina califica de principio de igualdad entre los trabajadores del sector público y los del sector privado. Y al regular las invenciones laborales, la Ley española de patentes distingue tres casos diferentes, que la doctrina ha denominado, respectivamente, como invenciones de encargo, invenciones de servicio e invenciones libres.

Son invenciones de encargo las realizadas por el trabajador durante la vigencia de su contrato o relación de trabajo o de servicios con la empresa y que son fruto de una actividad de investigación explícita o implícitamente constitutiva del objeto de su contrato. En esta hipótesis el derecho a la patente corresponde al empresario (art. 15.1 LP), lo cual es lógico dado que la invención es consecuencia de un actividad prevista de manera explícita o implícita como objeto del contrato, a cambio de la cual recibe la contraprestación pactada. Es por ello también que el trabajador no tendrá derecho a una remuneración suplementaria por la invención, salvo si su aportación personal a la invención y la importancia de la misma para la empresa exceden de manera evidente del contenido explícito o implícito del contrato o relación de trabajo (art. 15.2 LP).

Las invenciones de servicio, en cambio, son las realizadas por el trabajador en relación con su actividad profesional en la empresa y en cuya obtención hubiera influido

predominantemente conocimientos adquiridos dentro de la empresa o la utilización de medios proporcionados por ésta. En estos casos el art. 17. 1 LP reconoce al empresario la facultad de optar entre i) asumir la titularidad de la invención y ii) reservarse un derecho de utilización de la misma. Pero el trabajador tendrá derecho a una compensación económica justa fijada en atención a i) la importancia industrial y comercial del invento, ii) el valor de los medios o conocimientos facilitados por la empresa y iii) las aportaciones propias del trabajador.

Finalmente, son invenciones libres aquellas invenciones laborales que no encajan ni en las invenciones de encargo ni en las de servicio. En estos supuestos, el derecho a la patente corresponde al trabajador.

### **A pesar de la regulación general a la que se acaba de aludir, el artículo 20 LP contiene una serie de previsiones específicas sobre las invenciones realizadas por los profesores universitarios.**

La LP contiene asimismo previsiones específicas sobre la titularidad del derecho a la patente en los casos en los que la invención es conseguida por personal investigador de entes públicos de investigación. Así, en el artículo 20.8 LP se dispone que el régimen de los profesores universitarios, "podrá aplicarse a las invenciones del personal investigador de entes públicos de investigación". Es decir, la LP permite aplicarles el régimen de los profesores universitarios, pero no obliga a ello.

Por su parte, en el apartado 9 del artículo 20 LP se preceptúa que "(l)as modalidades y cuantía de la participación del personal investigador de entes públicos de investigación en los beneficios que se obtengan de la explotación o cesión de sus derechos sobre las invenciones mencionadas en el punto 8 de este artículo, serán establecidas por el Gobierno, atendiendo a las características concretas de cada ente de investigación".

Este tipo de invenciones ha sido objeto de regulación por medio del Real Decreto 55/2002, de 18 de enero, "sobre explotación y cesión de invenciones realizadas en los entes públicos de investigación, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes". La normativa contenida en este Real Decreto se aplica a los siguientes Centros de investigación: Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT), Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial «Esteban Terradas» (INTA), Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria (INIA), Instituto Español de Oceanografía (1110), Instituto Geológico y Minero de España (IGME), e Instituto de Salud «Carlos III»: De acuerdo con la Disposición adicional primera del Real Decreto 55/2002, también se aplica a las invenciones realizadas por el personal investigador del Instituto de Astrofísica de Canarias (creado por Real Decreto-ley 7/1982, de 30 de abril); del Canal de Experiencias Hidrodinámicas de El Pardo (creado por Decreto de 18 de febrero de 1933); del Centro Español de Metrología (creado por Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado), y del Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas (creado por Decreto de 23 de agosto de 1957), sin perjuicio de lo dispuesto en sus regímenes estatutarios. Y dentro de estos organismos a los funcionarios civiles o el personal militar vinculados a los citados organismos por una relación de servicios de carácter estatutario, que desarrollen actividades de investigación, y al personal contratado en régimen de Derecho laboral por los mismos organismos que, asimismo, desarrolle actividades de investigación.

### 3. *La transmisión a terceros de los derechos sobre los resultados de la actividad investigadora*

El artículo 55 LES permite la transferencia de tecnología a terceros por parte de las entidades públicas a que se aplica la nueva regulación. Ello será posible siempre que se cumplan los siguientes requisitos y condiciones:

a) La transmisión de los derechos sobre estos resultados se hará con una contraprestación que corresponda a su valor de mercado.

- b) Es precisa la previa declaración, por el titular del Ministerio a que esté adscrita o vinculada la entidad investigadora, o por el órgano competente de la Universidad, de que el derecho no es necesario para la defensa o mejor protección del interés público.
- c) La transmisión a terceros de derechos sobre los resultados de la actividad investigadora, bien se trate de cesión de la titularidad de una patente o de concesión de licencias de explotación sobre la misma, o de las transmisiones y contratos relativos a la propiedad intelectual, se regirá por el derecho privado, aplicándose los principios de la legislación del patrimonio de las Administraciones Públicas para resolver las dudas y lagunas que puedan presentarse.
- d) Cuando se transfiera la titularidad del derecho a una entidad privada deberá preverse, en la forma que reglamentariamente se determine, la inclusión en el contrato de cláusulas de mejor fortuna que permitan a las entidades públicas recuperar parte de las plusvalías que se obtengan en caso de sucesivas transmisiones de los derechos o cuando debido a circunstancias que no se hubieran tenido en cuenta en el momento de la tasación, se apreciase que el valor de transferencia de la titularidad del derecho fue inferior al que hubiera resultado de tenerse en cuenta dichas circunstancias.
- e) Para la transmisión de los derechos debe seguirse un procedimiento basado en la concurrencia competitiva de interesados, en el que se garantice una difusión previa adecuada del objeto y condiciones de la misma, que podrá realizarse a través de las páginas institucionales mantenidas en internet por el organismo o entidad titular del derecho y el Departamento ministerial del que dependa o al que esté adscrito. En dicho procedimiento deberá asegurarse, asimismo, el secreto de las proposiciones y la adjudicación a la proposición económicamente más ventajosa.
- f) No obstante lo anterior, la transmisión de derechos se llevará a cabo mediante adjudicación directa en los siguientes casos: 1) Cuando los derechos se transmitan a otra Administración Pública o, en general, a cualquier persona jurídica de derecho público o privado perteneciente al sector público. (Se entenderá por persona jurídica de derecho privado perteneciente al sector público la sociedad mercantil en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de una o varias Administraciones Públicas o personas jurídicas de derecho público). 2) Cuando los derechos se transmitan a una entidad sin ánimo de lucro, declarada de utilidad pública. 3) Cuando fuera declarado desierto el procedimiento promovido para la enajenación o éste resultase fallido como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones por parte del adjudicatario, siempre que no hubiese transcurrido más de un año desde la celebración de los mismos. En este caso, las condiciones de la enajenación no podrán ser inferiores de las anunciadas previamente o de aquellas en que se hubiese producido la adjudicación. 4) Cuando la titularidad del derecho corresponda a dos o más propietarios y la venta se efectúe a favor de uno o más copropietarios. 5) Cuando la transmisión se efectúe a favor de quien ostente un derecho de adquisición preferente. 6) Cuando la titularidad del derecho corresponda a dos o más propietarios alguno de los cuales no pertenezca al sector público, y el copropietario o copropietarios privados hubieran formulado una propuesta concreta de condiciones de la transmisión. En este caso, los copropietarios públicos deberán aprobar expresamente las condiciones propuestas, previa verificación de la razonabilidad de las mismas. 7) Cuando por las peculiaridades del derecho, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación proceda la adjudicación directa. 8) Cuando resulte procedente por la naturaleza y características del derecho o de la transmisión, según la normativa vigente, como en los casos de las licencias de pleno derecho o de las licencias obligatorias.

Por lo demás, y como una cuestión relacionada con la transferencia de tecnología, el artículo 56 LES permite a los Organismos públicos de investigación, las universidades y los demás agentes a los que se aplica la regulación de la LES, participar en el capital de sociedades mercantiles cuyo objeto social sea la reali-

zación de alguna de las siguientes actividades: a) La investigación, el desarrollo o la innovación. b) La realización de pruebas de concepto. c) La explotación de patentes de invención y, en general, la cesión y explotación de los derechos de la propiedad industrial e intelectual. d) El uso y el aprovechamiento, industrial o comercial, de las innovaciones, de los conocimientos científicos y de los resultados obtenidos y desarrollados por dichos agentes. e) La prestación de servicios técnicos relacionados con sus fines propios.

Pero la participación de los Organismos Públicos de Investigación en el capital de las sociedades mercantiles cuyo capital sea mayoritariamente de titularidad privada requerirá la autorización previa del Departamento Ministerial al que estén adscritos. Y deberán ser objeto de autorización por el Consejo de Ministros, los actos y negocios que impliquen que dichas sociedades adquieran o pierdan la condición de sociedad mercantil estatal.

### 3. El fomento de la propiedad industrial en la ley de economía sostenible

Uno de los objetivos de la Ley de economía sostenible es el de fomentar la competitividad de las empresas españolas en el mercado nacional e internacional. Y para la consecución de este objetivo la LES pretende una mayor promoción de los derechos de propiedad industrial

De este modo, el art. 57 de la LES dispone que el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, a través del organismo autónomo Oficina Española de Patentes y Marcas, impulsará la difusión y utilización de los derechos de propiedad industrial como elementos fundamentales de promoción de la competitividad de las empresas españolas en el mercado nacional e internacional. Y también se preceptúa que la Oficina Española de Patentes y Marcas adoptará las medidas oportunas para agilizar y simplificar la concesión de los títulos de propiedad industrial, potenciará su incorporación en planes educativos nacionales y mantendrá una política internacional que fomentará la utilización del español en los sistemas internacionales de propiedad industrial.

Como forma de fomentar la propiedad industrial, la LES establece la necesidad de revisar las tasas en esta materia, así como la conveniencia de agilizar los trámites para conseguir la titularidad de estos derechos.

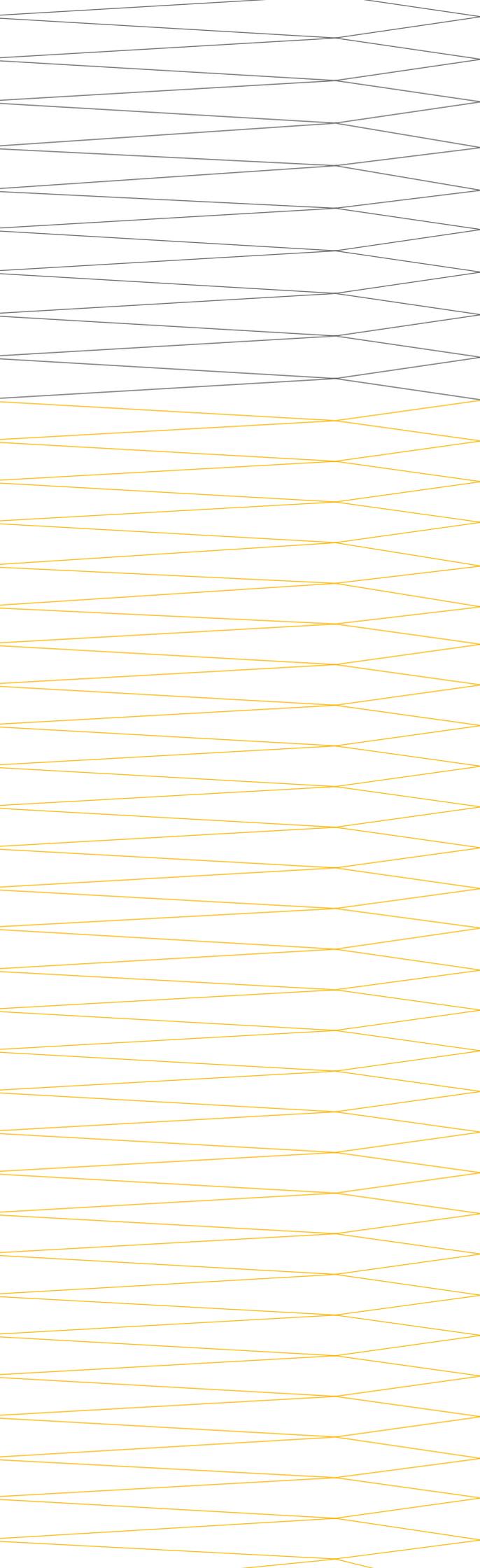
Así, el art. 58 LES dispone que las tasas en materia de propiedad industrial serán revisadas periódicamente mediante norma con rango de ley, y que en la modificación de las cuantías de las mismas se tendrán en cuenta la reducción progresiva de costes debido a la utilización de medios telemáticos de presentación de solicitudes y a los consiguientes incrementos de la productividad y la eficiencia en sus procedimientos de tramitación. Asimismo, a la hora de fijar las cuantías se tendrán en cuenta las políticas de apoyo a la innovación empresarial, especialmente, de las PYME. En todo caso, sus cuantías deberán experimentar una reducción global del 18 por ciento en el período 2010-2012 respecto a las tasas vigentes a 31 de diciembre de 2009.

Por su parte, el artículo 59 LES preceptúa que, previa consulta a las organizaciones sectoriales que promueven la protección, difusión y defensa de la propiedad industrial, la Oficina Española de Patentes y Marcas, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, propondrá al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio las medidas necesarias para incrementar la protección y eficacia de los derechos de propiedad industrial.

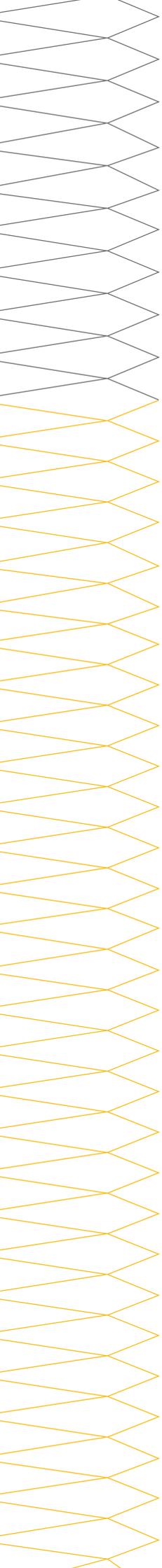
De igual modo, en el ámbito de sus competencias, la Oficina Española de Patentes y Marcas promoverá y, en su caso, adoptará medidas a nivel nacional e internacional destinadas a agilizar la concesión de los derechos de propiedad industrial, en particular en aquellos sectores clave y actuaciones estratégicas definidas en los instrumentos de referencia para la elaboración de los planes de investigación científica y técnica.

Así, a propuesta de la Oficina Española de Patentes y Marcas, por Orden del Ministro de Industria, Turismo y Comercio, podrán establecerse los plazos máximos de los distintos trámites de los procedimientos de concesión y registro de las diversas modalidades de propiedad industrial, y también se podrá disponer la tramitación preferente de solicitudes de patentes y modelos de utilidad relativas a tecnologías relacionadas con los objetivos de sostenibilidad a que se refiere la LES.





Abril del 2011  
Diseño: José Ángel Rodríguez León  
Maquetación: José Ángel Rodríguez León  
Impreso en España  
Impresión: comunicación impresa, s.l.  
© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2011. Todos los derechos reservados.



## BARCELONA

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

## BILBAO

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

## BRUSELAS

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

## LISBOA

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

## LONDRES

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

## MADRID

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

## MÁLAGA

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

## VALENCIA

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

## VIGO

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

