

CRÓNICA LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Unión Europea, España y Portugal

ADMINISTRATIVO*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Nuevo texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (BOE de 16 de noviembre de 2011)

El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP) se dicta en virtud de la habilitación otorgada al Gobierno por la disposición final trigésima segunda de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y ha entrado en vigor el día 16 de diciembre de 2011.

Mediante este TRLCSPP no solo se han integrado en un texto único todas las modificaciones introducidas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), sino que, siguiendo el mandato del legislador, se ha procedido a integrar las disposiciones vigentes relativas a la captación de financiación privada para concesiones de obra pública contenidas en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (los únicos preceptos de esta norma que seguían vigentes).

El nuevo TRLCSPP consta de 334 artículos distribuidos en 5 libros, por lo que se vuelve al mismo esquema del texto original de la LCSP, eliminando el libro VI que introdujo la Ley 34/2010 para dedicarlo al régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y los medios alternativos de resolución de conflictos, que se han trasladado al libro I, cerrando el capítulo V relativo a la regulación genérica del «régimen de invalidez» de los contratos públicos.

Debe destacarse, asimismo, el añadido de un segundo apartado en el artículo 22 con el contenido del artículo 37.1 de la Ley 2/2011, para acentuar la eficiencia que ha de presidir los procedimientos de contratación, tal como había sugerido el «*Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*» (CO M 2011, 15 final).

* Esta sección de Derecho Administrativo ha sido coordinada y elaborada por Ramón Vázquez del Rey, y en su elaboración también han participado Guillermo González de Olano, José García Alcorta y César da Silveira, del Área de Derecho Público y Procesal de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

En esta línea, puede destacarse que el TRLCSP ha trasladado, sin razón aparente, las previsiones relativas a la colaboración público-privada bajo fórmulas institucionales que ahora, sin razón aparente, quedan reguladas en la disposición adicional 29.^a del TRLCSP, y el artículo 70 bis de la LCSP, a una nueva disposición adicional 4.^a. Este «traslado» tiene mayor calado, puesto que con él se han despejado las dudas sobre el alcance de la ponderación que debían hacer los órganos de contratación sobre la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes. Está claro que ahora podrá ser utilizado como un criterio de valoración de las ofertas presentadas. En definitiva, el nuevo texto actualiza remisiones, clarifica la comprensión de numerosos artículos, y precisa, por ejemplo, la inclusión del IVA en el importe de los contratos a efectos de determinar la competencia para contratar de los distintos órganos de las Entidades Locales.

Finalmente, debe recordarse que el TRLCSP mantiene como regulación separada la de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y la seguridad.

Medidas de agilización procesal

Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (BOE de 11 de octubre de 2011)

El pasado 31 de octubre de 2011, entró en vigor la Ley 37/2011. Esta norma introduce una serie de relevantes modificaciones en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) que han empezado a surtir efectos en todos los procesos que se iniciaron a partir de la entrada en vigor de esta Ley (*i. e.*, 31 de octubre de 2011), sin afectar a los procesos (o mejor dicho, instancias) iniciados anteriormente.

De las nuevas medidas que afectan al orden contencioso-administrativo destacan las siguientes:

(i) Supresión del plazo actual de quince días de proposición de prueba tras el recibimiento del pleito a prueba. Sólo existirá un único plazo de treinta días para su práctica.

(ii) Modificaciones en la regulación del procedimiento abreviado: (a) la elevación de la cuantía para acudir a este procedimiento especial, desde los 13.000 hasta los 30.000 euros; y (b) la eventual supresión de la vista por acuerdo de las partes, que se sustituye por la posibilidad de un trámite de contestación escrito.

(iii) Modificación del régimen jurídico de las medidas cautelares más urgentes reguladas en el artículo 135 de la LJCA, del que cabe destacar que la medida provisionalísima no se otorgará únicamente por razones de urgencia, sino solo si la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. Si se hubiese desestimado la solicitud, durante la pieza cautelar la parte que la hubiese solicitado no podrá solicitar nuevamente medida provisionalísima alguna.

(iv) Elevación de la cuantía para recurrir en apelación, pasando la *summa gravaminis* del artículo 81.1.a) de la LJCA, de 18.000 a 30.000 euros.

(v) Modificación del recurso de casación. Se aumenta la cuantía para recurrir en casación del artículo 86.2.b) a 600.000 euros, excepto cuando se trate del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, en cuyo caso procederá el recurso cualquiera que sea la cuantía del asunto litigioso.

En coherencia con esta modificación, se ha elevado la cuantía del recurso de casación para unificación de doctrina, que pasa a los 30.000 euros, frente a los 18.000 actuales.

(vi) Modificación del criterio para la imposición de la condena en costas. La Ley 37/2011 ha invertido el criterio actualmente vigente y ha incorporado el criterio del vencimiento en materia de costas procesales para los procesos de única o primera instancia, con la posibilidad de que el órgano judicial pueda exonerar de ellas cuando aprecie —y lo razone— que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

(vii) Otras novedades que afectan al proceso contencioso-administrativo son (a) las modificaciones en relación con el recurso de queja, por el efecto reflejo de las innovaciones que la Ley 37/2011 introduce en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, (b) la extensión del

fueo electivo a las materias de responsabilidad patrimonial y (c) la inclusión de la tasa judicial como gasto del proceso, y, en consecuencia, la obtención de su reembolso a través de las costas.

Nuevo texto refundido de la Ley de Puertos *Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (BOE de 20 de octubre de 2011)*

El texto refundido de la Ley de Puertos, según la exposición de motivos, se propone homogeneizar la terminología empleada sucesivamente por el legislador y resolver las disfunciones que presentaban las diferentes capas del ordenamiento regulador de la materia, teniendo también en consideración otras normas posteriores, como el caso de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

El título preliminar contiene las disposiciones generales referidas al objeto de la Ley en las dos materias principales que este abarca: los puertos responsabilidad de la Administración General del Estado y la Marina Mercante. Después se dedican dos libros, respectivamente, a una y otra. En un tercer libro se agrupan las disposiciones referibles indistintamente a ellas: las de la policía administrativa de los espacios portuarios, la tipificación de infracciones y sanciones y el régimen de ejercicio de la potestad sancionadora.

El texto refundido configura a las Autoridades Portuarias como organismos públicos distintos de los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales, y liberaliza las actividades de estiba y desestiba, que podrán ser realizadas por empresas privadas al margen de las sociedades estatales de estiba y desestiba.

La actividad portuaria se desarrollará en un marco de libre y leal competencia entre los operadores de servicios en los puertos de interés general. Las tasas dejarán de fijarse como una media del coste de los servicios prestados en el conjunto de los 28 puertos nacionales, y en el futuro será cada autoridad portuaria la que los imponga. Se mantiene el sistema de liquidación, quedando demorada la posibilidad de autoliquidación hasta que se apruebe definitivamente la correspondiente orden del Ministerio de Fomento.

El régimen económico de los puertos de titularidad estatal «deberá responder al principio de autosuficiencia económica del sistema portuario en su conjunto y de cada una de las Autoridades Portuarias» (artículo 1.º). Cada autoridad portuaria podrá proponer sus propios precios por la puesta a disposición de sus infraestructuras, de conformidad con el principio de equivalencia al coste, adaptadas a su realidad específica, aunque con una estructura común. El objetivo es que cada puerto sea responsable de su contabilidad. En concreto, las amortizaciones derivadas de las inversiones de una autoridad portuaria deberán internalizarse en sus tasas, por lo que no se podrán incluir, como hasta ahora, en el conjunto del sistema.

Desarrollo reglamentario del régimen de valoraciones de la Ley del Suelo

Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley del Suelo (BOE de 9 de noviembre de 2011)

Véase el comentario a esta norma que se incluye en esta misma sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» (Inmobiliario y Urbanismo) de este mismo número de la *Revista*.

Renovación de la prórroga sobre excepciones a la aplicación de los nuevos criterios de valoración de suelo

Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (BOE de 31 de diciembre de 2011)

La disposición final novena de este Decreto-Ley, se ha dado nueva redacción al apartado 2 de la disposición transitoria tercera del TRLS, y se ha prorrogado hasta el 1 de julio de 2012 la entrada en vigor de sus criterios de valoración a aquellos terrenos que, a fecha de 1 de julio de 2007, formaran parte del suelo urbanizable incluido en ámbitos delimitados para los que el planeamiento haya establecido las condiciones para su desarrollo, siempre y cuando en el momento a que deba entenderse referida la valoración no hayan vencido los plazos para la ejecución del planeamiento o, si han vencido, sea por causa imputable a la Administración o a terceros.

Dichos terrenos se valorarán conforme a las reglas establecidas en la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen de Suelo y Valoraciones, tal y como quedaron redactadas por la Ley 10/2003, de 20 de mayo.

Véanse otros comentarios de esta norma que se incluyen en esta misma sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» (Propiedad Intelectual, Industrial y Competencia Desleal y Energía) de este mismo número de la *Revista*.

[Portugal]

Sétima alteração à Lei de Organização e Processo no Tribunal de Contas

Lei n.º 61/2011, de 7 de Dezembro, da Assembleia da República (DR 234, SÉRIE I, de 7 de Dezembro de 2011)

O presente diploma procede à sétima alteração à Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, focando-se no regime de fiscalização prévia.

Para além dos atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, diretos ou indiretos para as entidades referidas na alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º da LOPTC, passa a estar submetida à fiscalização prévia do TContas a constituição de garantias.

É aditado um novo n.º 4 ao artigo 5.º da LOPTC, nos termos do qual a fiscalização do cabimento orçamental dos atos e contratos praticados ou celebrados pelas entidades referidas nas alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 2.º da LOPTC é realizada mediante a verificação da existência de declaração de suficiência orçamental e de cativação das respetivas verbas, emitida pela entidade fiscalizada.

Ao artigo 45.º da LOPTC são aditados os n.os 4 e 5, ao abrigo dos quais os atos, contratos e demais instrumentos sujeitos à fiscalização prévia do TContas cujo valor seja superior a €950 000 não produzem quaisquer efeitos antes do visto ou declaração de conformidade, excetuando-se os contratos celebrados na sequência de procedimento de ajuste direto por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, que não lhe sejam em caso algum imputáveis, e não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos previstos na lei.

Nos termos da nova redação do artigo 46.º da LOPTC, os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas a contratos visados e que impliquem um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras, bem como os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas a contratos não visados que impliquem um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras em valor superior ao previsto no artigo 48.º da LOPTC, estão sujeitos ao regime de fiscalização prévia do TContas.

Por fim, os atos e contratos praticados ou celebrados pelas entidades referidas nas alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 2.º da LOPTC, de valor inferior a € 5 000 000, bem como os atos do Governo e dos Governos Regionais que não determinem encargos orçamentais ou de tesouraria e se relacionem exclusivamente com a tutela e gestão dessas entidades e, ainda, os atos ou contratos que, no âmbito de empreitadas de obras públicas já visadas, titulem a execução de trabalhos a mais ou de suprimento de erros e omissões, encontram-se, nos termos da redação dada ao artigo 47.º da LOPTC, isentos de fiscalização prévia.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de noviembre de 2011

Se plantea la indemnización de daños y perjuicios por la falta de disponibilidad de los terrenos en los que un contratista de la Administración iba a construir viviendas. La falta de disponibilidad de los terrenos supuso el levantamiento de la correspondiente acta de comprobación del replanteo y la suspensión temporal de las obras. La demora y el nuevo plan de trabajo acarrearón

Responsabilidad patrimonial de la Administración. Compatibilidad de la indemnización con el reequilibrio económico-financiero

unos perjuicios que la sociedad reclama. La Sala ratifica la pertinencia de la indemnización y declara, además, la compatibilidad del reequilibrio económico financiero por la subida del precio de los materiales en el tiempo que la obra estuvo suspendida y el pago de la indemnización por los daños ocasionados por el perjuicio, por considerarlos conceptos completamente diferentes.

El contrato de transmisión de venta de tabacos es nulo, ex artículo 6.3 del Código Civil, si la transmisión no ha obtenido previa autorización administrativa

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de octubre de 2011

El TS aplica en esta sentencia su doctrina sobre el artículo 6.3 del Código Civil, según el cual «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». De este precepto se deriva, según el TS, la nulidad absoluta *ipso iure* de todo acto contrario directamente a la norma imperativa o prohibitiva, aunque esté igualmente sancionada como norma administrativa. En aplicación al supuesto de autos, ello supone la nulidad del contrato verbal relativo a la transmisión de una expendedoría de tabacos, que se celebró sin que se hubiera obtenido previamente la autorización administrativa previa de la Delegación del Gobierno que exige el Real Decreto 2738/1986, de 12 de diciembre, regulador de las actividades de importación y comercio mayorista y minorista de labores de tabaco.

En el caso de interponerse recurso contencioso-administrativo con petición cautelar de suspensión, la suspensión alcanza hasta que el juez resuelve sobre dicha medida cautelar solicitada

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de diciembre de 2011

En esta sentencia el TS aborda el distinto régimen de suspensión cautelar en vía administrativa de una sanción pecuniaria y de la obligación de indemnizar por los daños al dominio público.

Respecto de la suspensión de la sanción, la sentencia señala que, conforme a lo previsto en el artículo 138.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), las sanciones solo serán ejecutivas cuando hayan puesto fin a la vía administrativa «de modo que la Administración no puede ejecutar una sanción recurrida en vía administrativa o impugnada en sede jurisdiccional hasta tanto el juez administrativo no se pronuncie sobre la medida cautelar solicitada». Enseña el TS en esta sentencia que «la sanción impuesta no puede ejecutarse hasta que concluya la vía administrativa y no se interponga recurso contencioso-administrativo. Ahora bien, en el caso de interponerse recurso contencioso-administrativo con petición cautelar, la suspensión alcanza hasta que el juez resuelve sobre dicha medida cautelar solicitada». La sentencia estima, por ello, el recurso respecto a la suspensión de la sanción toda vez que el acuerdo recurrido no tuvo en cuenta el artículo 138.3 de la LRJPAC, al aplicar sin más el régimen del artículo 111 de la LRJPAC.

En cuanto a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, la sentencia analiza el régimen de suspensión contenido en el artículo 111 de la LRJPAC, al tratarse de una medida no sancionadora, cuyos presupuestos formales y temporales sí habían concurrido en el caso de autos.

Responsabilidad patrimonial del Estado legislador

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de octubre de 2011

El Tribunal Supremo resuelve la controversia invocando la doctrina fijada en su sentencia del Pleno de 2 de junio de 2010. Entiende, a este respecto, que la condición o presupuesto que impone el inciso final del artículo 139.3 de la LRJPAC resulta de aplicación a los supuestos de acciones de responsabilidad patrimonial sustentadas en el perjuicio irrogado por la aplicación de una ley inconstitucional, puesto que interpretarlo de otra forma supondría tanto como supe-ditar la reparación del hipotético perjuicio derivado de la inconstitucionalidad de la ley aplicada a una previsión que en sí misma es absurda e incluso imposible.

También aborda la sala la cuestión de si la invalidación de una norma legal por adolecer de algún vicio de inconstitucionalidad conlleva o no, por sí misma, la extinción de todas las situaciones jurídicas creadas a su amparo o la reparación de las desventajas patrimoniales ocasionadas bajo su vigencia. El TS considera que, aplicando de forma analógica lo ordenado en los artículos 161.1.a) de la Constitución y 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional, no se impide el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial sustentada en el perjuicio irrogado por la aplicación, en una sentencia dotada de valor de cosa

juzgada, de la norma con fuerza de ley luego declarada contraria a la Constitución. Según la sala, hay que diferenciar entre el proceso fenecido, cuyo objeto era el derecho o derechos derivados, a juicio del recurrente, de una concreta situación o relación jurídica, y en el nuevo proceso, cuyo objeto es el de ser indemnizado por los daños ocasionados en su patrimonio por un tercero que no tenía el deber de soportar.

Finalmente, y por lo que se refiere a la antijuridicidad del perjuicio, la Sala aprecia que, en supuestos de inconstitucionalidad sobrevenida de una norma legal, el título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador lo constituye la posterior declaración de inconstitucionalidad de la norma cuya aplicación irrogó el perjuicio. En consecuencia, debe imponerse como regla general la afirmación o reconocimiento de la antijuridicidad de este, pues si tiene su origen en esa actuación antijurídica de aquel, constatada por dicha declaración, solo circunstancias singulares, de clara y relevante entidad, podrían llegar a explicar y justificar que el perjudicado tuviera el deber jurídico de soportar el daño.

Inexistencia de plazo para recurrir en alzada ante el TEAC en caso de silencio administrativo negativo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de junio de 2011

El TS aplica en este caso la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el plazo para interponer recursos contencioso-administrativos en el caso de silencio administrativo para llegar a la conclusión de que no tiene carácter extemporáneo un recurso de alzada interpuesto más allá del plazo de un mes desde que se produce el silencio negativo del Tribunal Regional. Es decir, se declara expresamente aplicable la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la vía administrativa en casos de cómputo de plazos para recurrir contra el silencio negativo.

ARBITRAJE*

1 · LEGISLACIÓN

[Portugal]

Nova Lei da Arbitragem Voluntária

Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro (DR 238 série I de 2011-12-14)

A presente lei («Nova LAV») vem revogar a Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pela lei n.º 31/86, de 29 de Agosto («LAV»), - com exceção ao n.º 1 do artigo 1.º, que se mantém em vigor para a arbitragem de litígios emergentes de ou relativos a contratos de trabalho - e entrará em vigor no dia 15 de Março de 2012.

A Nova LAV vem, no artigo 2.º, n.º 3, e no que respeita à forma da convenção de arbitragem, ampliar o conceito de forma escrita exigida, que passa a incluir o «suporte eletrónico, magnético, ótico, ou de outro tipo, que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação».

Adicionalmente, a Nova LAV vem clarificar o princípio da autonomia ou separabilidade da convenção de arbitragem, passando agora a consagrar expressamente a independência da convenção de arbitragem relativamente ao contrato (artigo 18.º, n.º 2).

* Esta sección de Arbitraje ha sido coordinada por Álvaro López de Argumedo y Miguel Virgós, y en su elaboración han participado José María Fernández de la Mela, Katharine Menéndez de la Cuesta, José Ángel Rueda, Beatriz Hernández-Gil, Constanza Balmaseda, Tania Esparza, Cristina Montelongo, Lara Geraldés, Miguel Rodrigues Leal, Paula Adrega Flor y Rita Castanheira Neves, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

No que respeita ao direito aplicável, a Nova LAV estabelece no artigo 52.º, n.º 2 que, na falta de acordo entre as partes quanto ao direito a aplicar, o tribunal arbitral deverá aplicar o direito do Estado com o qual o objeto do litígio apresenta uma conexão mais estreita.

No entanto, é relativamente às seguintes matérias que a Nova LAV é verdadeiramente inovadora: (i) critério de arbitrabilidade dos litígios; (ii) intervenção de terceiros; (iii) pluralidade de partes; (iv) independência e imparcialidade dos árbitros; (v) «desjudicialização» do processo arbitral; (vi) providências cautelares; (vii) prazo para proferir a decisão arbitral; (viii) recursos; e (ix) reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras.

Em primeiro lugar, a Nova LAV vem consagrar um novo critério de arbitrabilidade dos litígios: o critério da natureza patrimonial do litígio, segundo o qual um litígio pode ser sujeito a arbitragem se respeitar a interesses patrimoniais. Esse critério é complementado por um critério secundário, nos termos do qual um litígio que não tenha natureza patrimonial pode, ainda assim, ser submetido a arbitragem, desde que esteja na disponibilidade das partes a transação sobre o direito controvertido.

Em segundo lugar, a Nova LAV vem dedicar um artigo à intervenção de terceiros no processo arbitral. Com efeito, e nos termos do disposto no artigo 36.º da Nova LAV, só podem intervir num processo arbitral em curso, além das partes, os terceiros que estejam vinculados pela convenção de arbitragem, desde o momento da sua celebração ou mediante adesão posterior.

Em terceiro lugar, e no que respeita à pluralidade de demandantes e de demandados quando o tribunal arbitral deva ser composto por três árbitros, a Nova LAV vem consagrar a regra da nomeação conjunta de árbitros. Assim, na falta de acordo entre os vários intervenientes, qualquer parte poderá solicitar ao tribunal estadual que designe o árbitro remanescente.

Em quarto lugar, a Nova LAV prevê expressamente que a independência e a imparcialidade dos árbitros é um requisito indispensável ao desempenho das suas funções, circunstância que deve manter-se ao longo de todo o processo arbitral.

Em quinto lugar, a Nova LAV procura obstar à denominada «judicialização» do processo arbitral, prevenindo um conjunto de normas processuais sucesivas próprias da arbitragem, designadamente: (a) a determinação, pelo tribunal arbitral, da admissibilidade, pertinência e valor de qualquer meio de prova; (b) a escolha, pelo tribunal arbitral, da língua da arbitragem; (c) a possibilidade de modificar ou completar a petição ou a contestação; (d) a possibilidade de deduzir pedido reconvenicional; (e) a obrigatoriedade de comunicação de todas as peças e documentos escritos à contraparte; e (f) a nomeação oficiosa de peritos, pelo tribunal arbitral.

Em sexto lugar, e relativamente a uma temática também anteriormente omissa na lei arbitral, a Nova LAV vem definir o regime aplicável ao requerimento e decretamento de providências cautelares. Neste particular, é estabelecida a distinção entre ordens preliminares – medidas de curta duração que não podem ser objeto de execução coerciva e que têm por finalidade assegurar a eficácia e a finalidade da providência cautelar requerida –, e providências cautelares, que apenas podem ser decretadas mediante audiência prévia do requerido. Para que qualquer uma dessas medidas possa ser decretada pelo tribunal, devem verificar-se in casu os pressupostos cumulativos previstos na Nova LAV (isto é, tener probabilidade séria da existência do direito invocado, mostre-se suficientemente fundado o receio da sua lesão e o prejuízo resultante para o requerido não exceder consideravelmente o dano que se pretenda evitar). Acresce que a Nova LAV vem determinar que uma providência cautelar decretada por um tribunal arbitral é obrigatória para as partes e pode ser coercivamente executada mediante pedido dirigido ao tribunal estadual competente. Esta norma é ainda aplicável às providências cautelares decretadas em arbitragens com sede no estrangeiro.

Em sétimo lugar e em matéria de prazo para a prolação da decisão arbitral, a Nova LAV amplia o prazo supletivo para doze meses, prorrogável por acordo das partes ou por decisão do tribunal por uma ou mais vezes. Caso a decisão arbitral não seja proferida dentro desse prazo, o procedimento e a competência dos árbitros extinguem-se, apesar de a convenção de arbitragem manter sua eficácia.

Em oitavo lugar, a Nova LAV vem instituir uma regra da irrecorribilidade da decisão arbitral nas arbitrasens domésticas (inversamente ao que sucedia na lei anterior), exceto quando as partes

tenham expressamente previsto a possibilidade de recurso na convenção de arbitragem e desde que a causa não tenha sido decidida segundo a equidade ou mediante composição amigável.

Em nono e último lugar, a Nova LAV passa a prever expressamente diversas regras relativas ao reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras, nomeadamente a possibilidade de recusa do reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras se a parte contra a qual este é solicitado apresentar prova da verificação de algum dos fundamentos de recusa previstos na Nova LAV.

2 · JURISPRUDENCIA

El pago de la provisión de fondos como parte de la obligación compromisoria

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.ª, de 30 de septiembre de 2011

La Audiencia Provincial de Barcelona ha declarado que la obligación de pagar la provisión de fondos que el reglamento aplicable impone a la parte demandada es exigible, al considerarla parte integrante del conjunto de obligaciones que nacen del convenio arbitral.

En el caso examinado, las partes acordaron resolver mediante arbitraje, ante el Tribunal Arbitral de Barcelona, las diferencias que pudieran surgir en el seno de una concreta relación mercantil. Suscitada la controversia, una de las partes presentó solicitud de arbitraje ante la mencionada institución arbitral, que admitió a trámite la solicitud y requirió a ambas partes para que pagaran por mitades la provisión de fondos correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el reglamento de arbitraje aplicable.

Aunque la demandada contestó a la solicitud de arbitraje, se negó a hacer frente al pago de su parte de la provisión de fondos. En lugar de hacer uso de su facultad de sustituir a la demandada en el pago pendiente, la actora interpuso demanda de juicio ordinario ante los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona. En su demanda, la actora solicitó que se condenase a su contraparte a abonar al Tribunal Arbitral de Barcelona las cantidades adeudadas en concepto de provisión de fondos, de manera que se reanudara la tramitación del arbitraje, suspendida ante la falta de pago de la provisión. El procedimiento en primera instancia concluyó con sentencia estimatoria, que fue recurrida en apelación por la demandada.

Al fundar su decisión, confirmatoria de la sentencia impugnada, la Sala advierte que el cumplimiento de lo pactado en virtud del convenio arbitral exige el pago de la provisión de fondos fijada por la institución administradora del arbitraje, al configurarse el pago de esa provisión en el propio reglamento como una condición para que el arbitraje pueda tramitarse, en los siguientes términos:

«Artículo 30.- Obligaciones económicas del arbitraje

1. La presentación de la instancia introductoria dará lugar al pago de una tasa de registro. Posteriormente, cuando el TAB haya aceptado el encargo arbitral, las partes deberán abonar la suma necesaria para atender los gastos y honorarios previsibles del arbitraje, sin la cual no se dará inicio al procedimiento arbitral y determinará en su caso caducidad del encargo transcurridos tres meses desde la solicitud de pago por el TAB».

Según la Sala, de no reconocerse la eficacia obligatoria de la disposición anterior, se permite a una de las partes apartarse de lo convenido en el acuerdo compromisorio con solo desatender el requerimiento de pago de las cantidades reclamadas en concepto de provisión de fondos. La Sala indica asimismo que la obligación de hacer frente a la provisión de fondos no decae por el hecho de que el reglamento prevea la posibilidad de sustituir a la parte morosa en el pago por ella adeudado, pues esa sustitución constituye una facultad y no una obligación de la parte cumplidora.

Alcance limitado de la cognición judicial sobre el convenio arbitral

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.ª, de 20 de julio de 2011

Una empresa cliente de una entidad bancaria interpuso una demanda ante la jurisdicción civil solicitando que se declarase la nulidad de un contrato de *swap* hipotecario por concurrir un vicio en la prestación del consentimiento contractual.

El banco demandado impugnó la competencia del Juzgado para conocer del asunto mediante declinatoria de arbitraje, que fue estimada. En su decisión, el Juzgado rechazó el planteamiento de la demandante, según el cual la cláusula arbitral era inválida al estar afectada por el mismo vicio del consentimiento que determinaba la nulidad del contrato impugnado.

El auto por el que se estima la declinatoria fue recurrido en apelación por la demandante ante la Audiencia Provincial de Madrid, que confirmó, mediante el auto ahora comentado, la decisión del Juzgado de Primera Instancia. Al fundar su decisión, la Audiencia Provincial de Madrid subraya que «*la postura procesal mantenida por la hoy recurrente (...) no puede suponer sin más que dicha cláusula se considere como no puesta y deba conocer necesariamente el órgano jurisdiccional de la pretensión de nulidad sostenida, ya que aparentemente el contrato reúne los requisitos necesarios para su validez, consentimiento objeto y causa*».

La decisión examinada resulta relevante en la medida en que respalda la fórmula de revisión limitada de la validez del convenio arbitral, propia de una interpretación extensiva de la regla de la *competencia sobre la competencia* del tribunal arbitral (art. 22 de la Ley de Arbitraje). Se aparta así de la tendencia mayoritaria de nuestros tribunales, que en sede de declinatoria tienden, a falta de norma expresa, a conocer de forma plena sobre la validez del convenio arbitral.

3 · DECISIONES

Un Tribunal se declara competente para conocer de una reclamación contra Argentina presentada conjuntamente por miles de tenedores de títulos de deuda pública argentina

Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad del Tribunal Arbitral del caso CIADI n.º ARB/07/5 (Abaclat y otros [antes Giovanna Beccara y otros] c. República Argentina), de 4 de agosto de 2011

En una de las decisiones más extensas de la historia del arbitraje de inversiones, un Tribunal Arbitral CIADI se ha declarado competente para conocer bajo el APPRI Italia-Argentina de una acción colectiva interpuesta contra Argentina por unos 60.000 tenedores de deuda pública argentina.

Tras la crisis económica de 2001 el Gobierno de Argentina declaró una moratoria de los pagos debidos por la deuda pública que estaba en manos de inversores extranjeros. En 2005 les ofreció un intercambio de nuevos títulos de deuda a cambio de una quita de un 65% en los ya emitidos. El 76,15% de los acreedores aceptó la oferta, pero el resto decidió presentar demandas judiciales y arbitrales contra Argentina en varios Estados. Un importante grupo de tenedores italianos de deuda argentina (alrededor de 180.000) se organizó en torno a varios bancos italianos que, a su vez, constituyeron la asociación *Task Force Argentina (TFA)*, a la que se le encargó la tarea de interponer una reclamación contra Argentina ante el CIADI. Tras una nueva renegociación con el Estado, el número de demandantes ante el CIADI descendió hasta los actuales 60.000.

La Decisión gira en torno a un problema de base, a saber, el ejercicio de una acción colectiva en un arbitraje de inversiones. El Tribunal, por mayoría, no descartó que el sistema CIADI y el APPRI pudieran ser *a priori* incompatibles con fórmulas de reclamación masiva como la empleada. Sin embargo, el Tribunal apreció que en estos casos no es posible un examen pormenorizado e individualizado de cada reclamación, sino que se impone la necesidad de hacer algunas generalizaciones por grupos. El Tribunal resolvió esta cuestión de admisibilidad en sentido positivo.

En cuanto al análisis concreto de su competencia para resolver la controversia, el Tribunal decidió, de nuevo por mayoría, como sigue:

En primer lugar, aplicó un test *prima facie* para analizar su competencia *ratione materiae*. De este modo, el Tribunal apreció que la disputa tiene a simple vista una naturaleza legal y, por tanto, es encuadrable en el supuesto de hecho establecido en el artículo 25 de la Convención CIADI. Asimismo, el Tribunal consideró que las reclamaciones presentadas afectan a decisiones soberanas del Estado, resolviendo de este modo la conocida dicotomía *Treaty claims v. contract claims* a favor de la primera.

En segundo lugar, también en el campo de la competencia *ratione materiae*, el Tribunal estableció que la inversión en bonos soberanos puede ser calificada como una inversión en Argentina

a efectos de la aplicación de los tratados de protección, apreciando que encaja tanto en la definición del artículo 25 de la Convención CIADI como en la del artículo correspondiente del APPRI aplicable (en este caso, art. 1 del APPRI Italia-Argentina). Así, desde el punto de vista del artículo 25 de la Convención CIADI, el Tribunal examinó una de las cualidades que habitualmente se predicen de las inversiones en el contexto del CIADI (la contribución al desarrollo del Estado receptor de la inversión) y estimó que los bonos cumplen esa función. Desde el punto de vista del APPRI, para la mayoría del Tribunal los bonos soberanos encajan en la definición de su artículo 1.1.c), que habla de «obligaciones, títulos públicos o privados o cualquier otro derecho a prestaciones o servicios que tengan un valor económico».

En tercer lugar, el Tribunal entendió que la inversión en forma de deuda pública se había realizado «en el territorio de Argentina», dada la naturaleza de la inversión concretamente considerada. Para el Tribunal, en el caso de la deuda pública importa dónde se disfruta de su beneficio económico (en Argentina) y no dónde se adquiere (en el mercado internacional).

En cuarto lugar, respecto de su competencia *ratione personae*, el Tribunal estableció que los únicos requisitos relevantes para poder conocer de reclamaciones presentadas por personas físicas eran que, al tiempo de consentir el arbitraje y al tiempo de registro por el CIADI de la solicitud de arbitraje, tuvieran nacionalidad italiana, que no tuvieran nacionalidad argentina y que no hubieran estado domiciliados en Argentina más de dos años antes de la adquisición de los títulos de deuda. Bajo esa regla, el Tribunal rechazó la relevancia de las alegaciones efectuadas por Argentina sobre las condiciones personales de algunos de los demandantes.

En quinto lugar, para el Tribunal lo relevante respecto de las personas jurídicas es que las sociedades estuvieran constituidas de acuerdo con la ley italiana y que tuvieran su sede social en territorio italiano al tiempo de presentación de la solicitud de arbitraje; es decir, una aplicación pura del artículo 25.2.b) de la Convención CIADI.

Por último, en cuanto a su competencia *ratione voluntatis*, el Tribunal aceptó la manera en la que los demandantes habían prestado su consentimiento al arbitraje CIADI, a través del conjunto de documentos preparados por la asociación de bancos italianos TFA (una carta de instrucción, un poder de representación, un contrato de mandato y unos cuestionarios). Para el Tribunal resulta irrelevante que Argentina haya aceptado o no de forma expresa la interposición de una reclamación colectiva, pues esto afecta solamente a la gestión del procedimiento y no a una cuestión de consentimiento.

Debemos destacar que el profesor Abi-Saab, árbitro nombrado por Argentina, presentó asimismo un extenso voto particular el 28 de octubre de 2011 en discrepancia con la decisión adoptada por la mayoría del Tribunal.

Al cierre de esta nota debemos poner de manifiesto tres cuestiones que afectan directa o indirectamente al desarrollo de este procedimiento arbitral:

(i) Con fecha 15 de septiembre de 2011, Argentina presentó una solicitud de recusación de los dos árbitros que votaron a favor de la competencia del Tribunal Arbitral. De acuerdo con la página web del CIADI, el día 21 de diciembre de 2011 el Presidente del Consejo Administrativo del Centro (que es el Presidente del Banco Mundial), de acuerdo a la competencia que le otorga el artículo 58 de la Convención CIADI, resolvió rechazar la solicitud de recusación en términos no desvelados oficialmente.

(ii) Días después de la publicación de su voto disidente, el 2 de noviembre de 2011, el profesor Abi-Saab dimitió de su cargo. En consecuencia, el Tribunal tendrá que ser reconstituido con el nombramiento de un tercer árbitro.

(iii) Finalmente, se tiene noticia de la existencia de otros dos procedimientos arbitrales pendientes ante el CIADI entre tenedores de bonos de deuda pública argentina y la República Argentina: *Giovanni Alemanni y otros c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/07/8 (Sir Franklin Berman, Presidente [Reino Unido], el profesor Karl-Heinz Böckstiegel [Alemania] y J. Christopher Thomas, Q.C. [Canadá]) y *Giordano Alpi y otros c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/08/9 (Bruno Simma, Presidente [Alemania], el profesor Karl-Heinz Böckstiegel [Alemania] y Santiago Torres Bernárdez [España]). Resultará interesante conocer la influencia que la Decisión aquí comentada pueda tener sobre esos otros dos Tribunales.

Miembros del Tribunal Arbitral: profesor Pierre Tercier, Presidente (Suiza); profesor Albert Jan van den Berg (Países Bajos) y profesor Georges Abi-Saab (Egipto), que, tras su dimisión, deberá ser reemplazado.

Desestimación de la excepción de falta de jurisdicción por aplicación de la cláusula de la nación más favorecida

Decisión sobre jurisdicción del Tribunal Arbitral del caso CIADI n.º ARB/07/31 (Hochtief AG c. República Argentina), de 24 de octubre de 2011

En la decisión analizada, un Tribunal Arbitral constituido en el marco de la Convención CIADI desestima por mayoría la excepción de falta de jurisdicción planteada por la República Argentina («Argentina») en un arbitraje iniciado por la compañía alemana Hochtief AG («Hochtief») al amparo del Tratado Bilateral de Protección de Inversiones suscrito entre la República Federal de Alemania y Argentina (el «APPRI»).

La reclamación, iniciada mediante solicitud de arbitraje el 5 de noviembre de 2007, trae causa de una concesión para la construcción de una carretera y varios puentes en Argentina que fue adjudicada en 1997 a Hochtief y a un consorcio de compañías de construcción. Hochtief consideró que determinadas medidas tomadas por Argentina violaron las obligaciones recogidas en el APPRI y el Derecho Internacional consuetudinario.

De entre las excepciones que Argentina opuso a la jurisdicción del Tribunal la principal es que Hochtief no cumplió con el requisito que, según su interpretación, impone el artículo 10 (3) del APPRI, consistente en que la controversia ha de ser sometida durante 18 meses a los tribunales argentinos antes de poder ser planteada ante un Tribunal Arbitral. Por su parte, Hochtief alegó de contrario que la cláusula de la nación más favorecida («CNMF») contenida en el artículo 3 del APPRI le permitía beneficiarse del mecanismo de resolución de controversias previsto en el Tratado Bilateral de Protección de Inversiones entre Argentina y Chile, que no prevé un periodo previo de litigación de la controversia ante los tribunales locales.

El Tribunal aceptó, por mayoría, el argumento de Hochtief. Para el Tribunal la cuestión fundamental radica en determinar si la CNMF del artículo 3 resulta aplicable a la importación de disposiciones sobre solución de diferencias contenidas en otros APPRIs. Para llegar a una respuesta afirmativa, realiza las siguientes consideraciones:

- (i) El Tribunal se cuestiona si la resolución de controversias puede considerarse comprendida entre las «actividades» relacionadas con la inversión a las que el artículo 3 del APPRI se refiere como aquellas actividades que ninguna de las partes someterá a un trato menos favorable. Teniendo en cuenta la redacción literal del precepto y el Protocolo adicional del APPRI, el Tribunal concluye que (i) el artículo 3 del Protocolo contiene una lista no exhaustiva de lo que deba entenderse por «*actividad relacionada [...] con las inversiones*»; y que (ii) entre las actividades que expresamente enumera el Protocolo, la «*administración, la utilización, el uso y el aprovechamiento de una inversión*» comprende el derecho a recurrir a mecanismos de resolución de controversias.

Asimismo, el Tribunal señala que «*el derecho («procesal») de hacer efectivo otro derecho («sustantivo») es un componente dentro del compendio de derechos y obligaciones que conforman el concepto jurídico de lo que constituye propiedad (...). El derecho al cumplimiento es un componente esencial de los derechos de la propiedad mismos y no constituye un derecho totalmente diferente*».

En conclusión, el Tribunal considera que la redacción concreta de la CNMF del APPRI permite su aplicación a los procedimientos sobre resolución de diferencias contenidos en el APPRI.

- (ii) Por otra parte, el Tribunal reconoce que las CNMF están sujetas a limitaciones implícitas y analiza a qué derechos específicos se refiere la obligación de conferir el trato de la NMF. En su opinión, la CNMF que aquí se considera no genera derechos nuevos, sino que, por el contrario, el derecho a recurrir unilateralmente al arbitraje durante 18 meses representa un aspecto del *trato* que ha de darse a quienes ya poseen derecho a recurrir al arbitraje.

Para el Tribunal, la posibilidad de eludir el período de litigación de 18 meses por vía de la aplicación de la CNMF genera un beneficio para cualquiera de las dos partes, en la medida en que tienen la posibilidad de recurrir, alternativamente, a los tribunales nacionales o un arbitraje

internacional. Sin embargo, dicha cláusula no priva a la demandada de beneficio alguno, puesto que no da a Hochtief el derecho de alcanzar una posición que no pudiera alcanzar en virtud del APPRI Argentina-Alemania (en todo caso, le permite alcanzar esa misma posición más rápidamente y con menos costes). Además, tampoco afecta al alcance de la jurisdicción del Tribunal Arbitral.

A esto añade el Tribunal que si Argentina optó por no exigir que se acudiera a los tribunales nacionales en el APPRI con Chile, no puede alegar ahora que el no haber recurrido a dichos tribunales locales constituye un impedimento para recurrir al arbitraje bajo el APPRI con Alemania.

En definitiva, el Tribunal entiende que el requisito del período de 18 de meses de litigación local constituye una condición relativa al modo en que debe ejercerse el derecho a recurrir al arbitraje y, por tanto, no afecta a la jurisdicción del Tribunal, sino a la admisibilidad de la reclamación. El Tribunal concluye que la CNMF simplemente da lugar a la modificación de los procedimientos aplicables para someter un asunto a su conocimiento, sin que en ningún caso permita seleccionar componentes de las condiciones que requieren los procedimientos establecidos en uno y otro APPRI.

(iii) Finalmente, hemos de señalar que el Tribunal considera innecesario pronunciarse sobre la obligatoriedad del recurso previo a los tribunales locales establecida en el artículo 10 del APPRI. Para el Tribunal el argumento planteado por Hochtief basado en la CNMF constituye base suficiente para su decisión.

Por lo que respecta a la opinión disidente, el árbitro nombrado por Argentina, J. Christopher Thomas, Q.C., discrepó de la interpretación que la mayoría del Tribunal ofrece del artículo 3 del APPRI en relación con el artículo 10. Su opinión sigue la línea, entre otras, del voto particular emitido por la profesora Stern en el caso *Impregilo S.p.A. c. República Argentina* (Caso CIADI nº ARB/07/17, Laudo de 21 de junio 2011), para quien la CNMF no es aplicable a las disposiciones procesales.

En primer lugar, el árbitro disidente sostiene que solo puede evitarse la aplicación del artículo 10 del APPRI si existe consentimiento de ambas partes y que, en el presente caso, no se ha perfeccionado el consentimiento porque la invocación por Hochtief de un mecanismo de resolución de diferencias recogido en otro tratado equivale a modificar los términos del APPRI y, por tanto, a una contraoferta a la oferta de Argentina.

Asimismo, el árbitro emite su voto sobre la base de la distinción entre (i) obligaciones sustantivas de los tratados (entre las que se encuentra la obligación de conceder el trato de la CNMF); y (ii) disposiciones jurisdiccionales de los tratados (entre las que se encuentra el art. 10 del APPRI, que regula el acceso a la jurisdicción internacional). En la línea de otras decisiones internacionales, como la del caso *Impregilo* ya citado o el caso *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción de fecha 25 de enero de 2000), el árbitro considera la disposición sobre recurso previo a los tribunales locales como de carácter preceptivo y jurisdiccional y opina que un tribunal no puede pronunciarse sobre los derechos de una parte sin que se hayan cumplido previamente los requisitos jurisdiccionales aplicables. Por el contrario, el árbitro canadiense entiende que en la Decisión se aplica la CNMF para «desplazar» el requisito recogido en el APPRI de litigar durante 18 meses ante los tribunales locales.

En conclusión, la Decisión aviva el debate que se inició en el marco del arbitraje de inversiones con el citado caso *Maffezini* respecto de la aplicabilidad de la CNMF a cuestiones de resolución de controversias y resalta la ausencia de una línea jurisprudencial uniforme. De ello da cuenta la interpretación divergente que de los artículos 3 y 10 del APPRI Alemania-Argentina se ofrece, por un lado, en el caso *Siemens A.G. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción de 3 agosto de 2004), que soporta la conclusión de la mayoría del Tribunal en el presente supuesto; y, por otro, en el caso *Wintershall Aktiengesellschaft c. República de Argentina* (Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo 8 de diciembre de 2008), donde el Tribunal se declaró incompetente por no haberse cumplido con el requisito del recurso previo al litigio ante los tribunales locales argentinos durante 18 meses.

Miembros del Tribunal Arbitral: profesor Vaughan Lowe, Presidente (Reino Unido); juez Charles N. Brower (Estados Unidos de América) y el Sr. J. Christopher Thomas, Q.C. (Canadá).

COMPETENCIA*

1 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

El sistema de licencias de derechos de emisión de partidos de fútbol de primera división de la liga inglesa es contrario a la libre prestación de servicios y a las normas de competencia

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de octubre de 2011 en los asuntos acumulados Football Association Premier League Ltd. y otros c. QC Leisure y otros; y Karen Murphy c. Media Protection Services Ltd. (as. acum. C-403/08 y C-429/08)

La organización de la liga inglesa de fútbol de primera división (*Football Association Premier League*) concedía licencias exclusivas para la retransmisión en directo de los partidos de fútbol que se limitaban al territorio de cada Estado en cuestión. Además, los licenciarios se obligaban a impedir que sus tarjetas decodificadoras —que permiten la recepción de la emisión objeto de licencia— se utilizasen fuera del territorio asignado. El conflicto nace cuando algunos establecimientos de restauración comienzan a retransmitir en el Reino Unido partidos de fútbol de la liga inglesa gracias a suscripciones a servicios de canal satélite griegos.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») ha considerado que este sistema de licencias es contrario a las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE») relativas a la libre prestación de servicios y a las normas de competencia.

En opinión del TJUE, el sistema constituye una práctica restrictiva de la libre prestación de servicios no justificable por el objetivo de proteger los derechos de propiedad intelectual ni por incentivar la presencia de público en los estadios de fútbol. Desde el punto de vista de la normativa de competencia, estos acuerdos tienen el mismo efecto de compartimentación del mercado nacional que las cláusulas que prohíben o limitan las importaciones y exportaciones para-lelas y, por tanto, implican una protección territorial incompatible con el TFUE.

Véase el comentario a esta norma que se incluye en esta misma sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» (Propiedad Intelectual, Industrial y Competencia Desleal) de este mismo número de la *Revista*

[España]

La devolución de documentos con posterioridad a una inspección domiciliaria supone reconocer una extralimitación en la inspección

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de septiembre de 2011

A juicio de la Audiencia Nacional («AN»), la devolución de documentos tras haberse producido una inspección domiciliaria supone un reconocimiento expreso de que los inspectores de la Comisión Nacional de la Competencia («CNC») excedieron el ámbito material de la inspección delimitado en la autorización judicial, vulnerando por tanto el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

La AN concluye también que el secreto de las comunicaciones abogado-cliente no es un derecho fundamental, sino un elemento integrante del derecho de defensa y, por ello, solo existe vulneración de derechos cuando la utilización de la documentación incautada que estuviera protegida por el privilegio abogado-cliente provoque indefensión.

* Esta sección ha sido coordinada por Alfonso Gutiérrez, y en su elaboración han participado Joaquín Hervada e Ignacio Pérez Palacios, del Grupo de Coordinación de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea, Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid).

La Audiencia Nacional confirma una multa por no notificar una operación de concentración con anterioridad a su ejecución *Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 1 de junio de 2011*

El contrato de compraventa de la operación, por la que grupo Abertis adquiría Teledifusión, se firmó sin cláusulas suspensivas y con anterioridad a su notificación a la CNC. Esta autoridad tuvo conocimiento de la operación a través de la prensa y estimó que la concentración existía desde que se firmó el contrato de compraventa, aunque la operación no se hubiese llevado a efecto materialmente. De hecho, la CNC considera que el contrato no desplegó efectos precisamente por su intervención. Tras su análisis, la CNC aprobó la operación sometida a ciertas condiciones que llevaron a grupo Abertis a desistir de la adquisición.

Uso del formulario abreviado de notificación de operaciones de concentración económica *Comunicación de la CNC sobre los supuestos a los que resulta de aplicación el formulario abreviado previsto en el artículo 56 de la LDC*

La CNC considera que la lista de supuestos en que es posible notificar una operación mediante el formulario abreviado es abierta. Por tanto, la CNC se muestra dispuesta a admitir notificaciones abreviadas en supuestos en los que la entidad notificante argumente adecuadamente su conveniencia. No obstante, la Comunicación subraya que compete a la CNC decidir sobre la conveniencia de una notificación abreviada en cada caso concreto. La Comunicación identifica también una serie de situaciones en las que siempre se requerirá la presentación de un formulario ordinario, como, por ejemplo, cuando se requiera informe del regulador sectorial o cuando el notificante solicite el levantamiento de la suspensión de la ejecución de la operación.

Terminación convencional como forma de resolución de procedimientos sancionadores *Comunicación de la CNC sobre terminación convencional de expedientes sancionadores*

La CNC ha aprobado una Comunicación en la que ofrece orientaciones sobre la terminación convencional como forma de resolución de los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas por los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. La terminación convencional supone la resolución del procedimiento sancionador haciendo vinculantes unos compromisos ofrecidos voluntariamente por el supuesto infractor, sin necesidad de una declaración expresa sobre la acreditación de la infracción ni, por tanto, imposición de sanciones.

La propuesta de terminación convencional debe presentarse antes de que finalice el plazo de alegaciones al pliego de concreción de hechos, aunque la CNC señala que la terminación convencional es más factible cuanto antes se presente en la fase de instrucción. La solicitud debe contener las líneas generales de los compromisos que el supuesto infractor esté dispuesto a aceptar, así como los motivos por los cuales esos compromisos son adecuados para poner fin al expediente sancionador. Además, la Comunicación recoge una serie de supuestos en los que no cabe la terminación convencional, como, por ejemplo, casos de cárteles o abusos de posición de dominio por parte de empresas con cuotas de mercado próximas al monopolio.

2 · DECISIONES EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

[Unión Europea]

Adquisición de Skype por Microsoft *Decisión de la Comisión de 7 de octubre de 2011, asunto M.6281-MICROSOFT/SKYPE*

La Comisión Europea («Comisión») considera, por primera vez, que los mercados de comunicaciones a través de internet para consumidores y empresas son distintos. La Comisión ha tenido en cuenta la limitada disposición de los consumidores a pagar por las comunicaciones a través de internet, que las empresas exigen un nivel de sofisticación y de calidad superior al de los consumidores y también que existe un número limitado de compañías que pueden prestar ambos servicios.

La Comisión estima que la operación no plantea problemas para el mantenimiento de una competencia efectiva, ya que Microsoft se verá sometida a una fuerte presión competitiva por parte de Facebook y Google, dos grandes operadores que ya ofrecen estos mismos servicios. Además, la Comisión valora positivamente la sensibilidad de los consumidores a disminuciones de la calidad del servicio y la gran facilidad de cambio de proveedor, por lo que Microsoft carecerá de incentivos para reducir la calidad o incrementar los precios de sus servicios.

La Comisión Europea autoriza una *joint venture* entre BASF e INEOS sometida a compromisos

Decisión de la Comisión de 1 de junio de 2011, asunto M.6093-BASF/INEOS/STYRENE/JV

La nueva sociedad combina los negocios de polímeros estirénicos de BASF e INEOS. La Comisión identificó riesgos para el mantenimiento de una competencia efectiva derivados de las elevadas cuotas de mercado de las partes y al limitado número de competidores presentes en el mercado y, por ello, condicionó la autorización de la operación a la venta de la fábrica de INEOS ubicada en Tarragona.

BMW adquiere ING Car Lease

Decisión de la Comisión de 23 de septiembre de 2011, asunto M.6333-BMW/ING CAR LEASE

La operación afecta a los mercados de *leasing* operacional, alquiler, mantenimiento y gestión de flotas de vehículos, *leasing* financiero y al arrendamiento a corto plazo de vehículos. Al autorizar la operación, la Comisión tuvo en cuenta el importante poder de mercado de los clientes, la incapacidad de la nueva entidad de limitar el acceso a las fuentes de suministro y las bajas cuotas de mercado agregadas de las partes.

[España]

La CNC autoriza con compromisos la compraventa por parte de Ebro del negocio de arroz envasado del Grupo SOS

Resolución de la CNC, de 2 de septiembre de 2011, Expte. C/053/11 EBRO/SOS ACTIVOS

La compraventa por parte de Ebro de los negocios de arroz envasado del Grupo SOS supone la fusión de los dos grandes grupos industriales de arroz en España. La CNC estima que, a medio plazo, la operación podría conllevar la desaparición de competidores más pequeños, limitándose entonces la oferta disponible en el mercado a una única marca de fabricante (la de la entidad resultante) y la marca del distribuidor (que se reduce en cada establecimiento a la marca blanca del propietario). Ello implicaría un riesgo de incremento de precios, una reducción de las posibilidades de elección de los consumidores y una reducción de la inversión en investigación y desarrollo en el sector.

La CNC ha autorizado la operación, sometida a que Ebro venda cuatro de sus marcas y conceda una licencia exclusiva, con opción de compra, de su marca Nomen durante diez años.

Las cláusulas de no competencia deben proteger la actividad de la empresa en participación

Resolución de la CNC de 29 de junio de 2011, Expte. C-356/11 Mutua Madrileña/La Caixa/, Vidacaixa Adeslas

La CNC no considera accesorios a la operación de concentración los pactos de no competencia alcanzados entre Mutua Madrileña y La Caixa en la medida en que no protegen la actividad de la empresa en participación (Vidacaixa Adeslas), sino las actividades de las empresas matrices.

En particular, Mutua Madrileña veía limitada, en favor de La Caixa, su capacidad para suscribir acuerdos de distribución de seguros generales con determinadas entidades de crédito o para invertir en dichas entidades. Por su parte, el compromiso de La Caixa de no invertir en determinadas aseguradoras solo se considera una restricción accesoria en lo que impida a La Caixa adquirir el control de aseguradoras que compitan directamente con la empresa en participación en España. Por último, el pacto de no competencia por el que Mutua Madrileña debe abstenerse de competir en el ramo de los seguros de salud se considera como una restricción accesoria a la operación mientras Mutua Madrileña tenga control sobre la empresa en participación (Vidacaixa Adeslas).

3. DECISIONES EN MATERIA DE EXPEDIENTES SANCIONADORES

[España]

La CNC resuelve por primera vez que una Administración Pública ha incurrido en una práctica anticompetitiva

Resolución de la CNC, de 6 de octubre de 2011, Expte. S/0167/09 Productores de Uva y Vinos de Jerez

A juicio de la CNC, el hecho de que la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía tenga atribuida legalmente una potestad reguladora no excluye la aplicación a su conducta de las normas de defensa de la competencia. A juicio de la CNC, no ejercer adecuadamente sus potestades desapodera a la Administración de sus prerrogativas y permite sujetar su conducta a la aplicación de las normas de defensa de la competencia.

En este caso, la CNC estima que la firma de acuerdos de fijación de precios no es una facultad concedida por la legislación a la Consejería en el marco de sus potestades regulatorias, que la Consejería actuó como facilitador de una infracción y que, en ese escenario, no es necesario que el infractor intervenga como operador económico en el mercado. Aunque la CNC considera a la Consejería responsable de la infracción, resuelve no imponer sanción alguna, habida cuenta de lo novedoso de la imputación.

COMUNICACIÓN, TECNOLOGÍA Y OCIO*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Convenio europeo sobre la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso

Decisión del Consejo de 29 de noviembre de 2011 (DOUE L 336, de 20 de diciembre de 2011)

El mencionado Convenio regula los servicios de la sociedad de la información y los servicios de radiodifusión prestados a cambio de una remuneración y que están basados en un acceso condicional. El objeto del Convenio es declarar ilícito un conjunto de actividades que posibilitan el acceso no autorizado a dichos servicios.

El Convenio define «servicio protegido» como cualquier servicio que se preste a cambio de una remuneración y sobre la base del acceso condicional, ya sea en la modalidad de servicios de programas de televisión, de servicios de radiodifusión sonora o de servicios de sociedad de la información. También define «dispositivo ilícito» como cualquier equipo, programa informático o dispositivo que haga posible el acceso inteligible sin la autorización del proveedor del servicio.

Armonización del espectro radioeléctrico para su uso por dispositivos de corto alcance

Decisión de ejecución de la Comisión de 8 de diciembre de 2011 por la que se modifica la Decisión 2006/771/CE (DOUE L 329, de 13 de diciembre de 2011)

La Decisión 2006/771/CE de la Comisión armoniza las condiciones técnicas de uso del espectro para una amplia variedad de dispositivos de corto alcance. Los dispositivos de corto alcance

* Esta sección de Derecho de Comunicación, Tecnología y Ocio ha sido coordinada por Agustín González. Para su elaboración ha contado con la colaboración de Cecilia Álvarez, José Soria, Miguel de la Iglesia y Reyes Bermejo, de las Áreas de Derecho Público, Procesal y Arbitraje y de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

incluyen, entre otros, alarmas, equipos de comunicaciones locales, aparatos de apertura de puertas e implantes sanitarios, así como sistemas de transporte inteligentes.

Con el fin de dar respuesta a la evolución tecnológica en los dispositivos de corto alcance, el anexo de la Decisión 2006/771/CE se sustituye por un nuevo anexo que establece nuevas bandas de frecuencia y parámetros técnicos armonizados para los mencionados dispositivos. Los dispositivos que se exploten en las condiciones establecidas en la presente Decisión deben cumplir asimismo con la Directiva 1999/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

[España]

Publicado un reglamento en materia de comunicación comercial televisiva

Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva (BOE de 7 de diciembre de 2011)

Este Real Decreto desarrolla diversos contenidos del título II de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, con el objeto de concretar el alcance de los derechos y obligaciones de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva de cobertura estatal cuando emiten en su programación determinadas formas de comunicación comercial.

En particular, cabe destacar que esta norma concreta el concepto de «autopromoción» a los efectos del cómputo del límite de 5 minutos por hora natural que los prestadores pueden dedicar a este tipo de promoción de acuerdo con la Ley 7/2010. Igualmente, el Real Decreto define los conceptos de «telepromoción» y «patrocinio», modalidades de comunicación que no computan como mensajes publicitarios sujetos al límite (impuesto por la misma Ley) de 12 minutos por hora natural destinados a mensajes publicitarios.

Por último, se regulan determinados aspectos de las comunicaciones comerciales durante las retransmisiones de acontecimientos deportivos, tales como las modalidades en que está permitida la inserción de comunicaciones comerciales con carácter simultáneo a estas retransmisiones (por ejemplo, mediante sobreimpresiones o por medio de una pantalla compartida).

Aprobado el plan de actuaciones para la liberación del dividendo digital

Plan marco de actuaciones para la liberación del dividendo digital 2012-2014, aprobado el 18 de noviembre de 2011

El Consejo de Ministros ha aprobado el Plan Marco que permite identificar, planificar, ejecutar y gestionar todas las actuaciones necesarias para poder liberar las frecuencias radioeléctricas que constituyen el llamado dividendo digital, antes del 1 de enero de 2015, para que puedan ser utilizadas por los operadores de telecomunicaciones para prestar servicios avanzados de comunicaciones electrónicas, tales como servicios de banda ancha.

Entre otros ejes, este Plan Marco incluye una planificación de las frecuencias radioeléctricas que se utilizarán en las 76 áreas geográficas en las que se ha dividido el territorio nacional, un plan de despliegue de la red técnica y un plan de compensación para la emisión temporal en *simulcast* y para la adaptación, en los casos que sea necesario, de las instalaciones receptoras.

Adicionalmente, el Plan Marco identifica los riesgos potenciales del proceso y define los indicadores y las actuaciones de control que permitan la consecución de los objetivos perseguidos en tiempo y forma. Igualmente, diseña la estrategia de comunicación para minimizar el impacto en la ciudadanía y en los agentes afectados.

Proposición de Ley por la que se modifica la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones

En fecha 21 de diciembre de 2011 fue admitida a trámite por el Congreso de los Diputados la Proposición de Ley por la que se modifica la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. La Proposición de Ley ha sido presentada por el Grupo Parlamentario Socialista.

Dicha Proposición tiene como objetivo incorporar al ordenamiento jurídico interno las Directivas 2009/140/CE y 2009/136/CE, que junto con el Reglamento del Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE) han modificado el «Paquete Telecom 2002»,

que fue incorporado al Derecho español por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

En líneas generales, la Proposición de Ley dota de una mayor seguridad jurídica a los operadores, mejora la protección de los derechos de los usuarios y refuerza las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT).

En relación con los operadores, se promueve el mercado secundario del espectro, que supone la posibilidad de reventa de ese recurso a fin de obtener un aprovechamiento más eficiente de él.

Respecto a la protección de los derechos de los usuarios, se establece su derecho a recibir una mayor y mejor información sobre las características y condiciones de los servicios. Una novedad especialmente remarcable es la obligación de proporcionar más información al usuario sobre los archivos o programas informáticos «cookies» que se almacenan en los ordenadores y demás dispositivos.

Por último, se modifican las competencias y funcionamiento de los organismos reguladores. En este orden de cosas, se refuerzan las competencias de la CMT y se prevé su participación en el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE).

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Incumplimiento por parte del Reino de España de la normativa europea en materia de publicidad en medios audiovisuales

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 24 de noviembre de 2011, que resuelve un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea contra el Reino de España (as. C-281/09)

Esta sentencia resuelve un recurso interpuesto por la Comisión por el que se imputa al Reino de España el incumplimiento del artículo 3, apartado 2 de la Directiva 89/552 por haber permitido reiteradas infracciones de las limitaciones horarias del tiempo de transmisión de anuncios publicitarios como consecuencia de una interpretación errónea y excesivamente restrictiva del concepto de «anuncios publicitarios». Como consecuencia de esta interpretación, determinados tipos de publicidad emitidos en España, como los publirreportajes, las telepromociones, los anuncios publicitarios de patrocinio y los microespacios publicitarios, no estaban comprendidos en ese concepto y eludían la limitación horaria.

El concepto de anuncios publicitarios no ha sido definido por la Directiva, que tampoco se remite a los Estados miembros a efectos de su definición. Por lo tanto, ese concepto debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido. En este caso, el objetivo de la Directiva es establecer una protección equilibrada de los intereses financieros de los organismos de radiodifusión televisiva y de los anunciantes, por una parte y, por otra, de los intereses de los autores y creadores y de los telespectadores.

En consecuencia, el Tribunal declara que cualquier tipo de publicidad televisiva emitida entre programas o durante los intermedios constituye, en principio, un anuncio publicitario, salvo que el tipo de publicidad de que se trate encaje en alguna de las otras formas de publicidad expresamente reguladas por la Directiva o requiera una duración superior. En este caso, las modalidades de presentación no requerían una duración superior, de modo que el Tribunal declaró que el Reino de España había incumplido sus obligaciones al permitir que determinados tipos de publicidad fueran emitidos por cadenas de televisión españolas durante un tiempo que excede el límite máximo que fija la Directiva.

La dirección IP es un dato personal

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de noviembre de 2011

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que ordenar a un ISP el establecimiento de un sistema de filtrado de todas las comunicaciones electrónicas, con respecto a toda su clientela, con fines preventivos, exclusivamente a sus expensas y sin limitación en el tiempo, se opone

al Derecho comunitario, y en particular, a las Directivas sobre comercio electrónico, protección de datos, privacidad y comunicaciones electrónicas.

Pese a que la jurisprudencia del Tribunal reconoce a los órganos jurisdiccionales nacionales la potestad de requerir a los ISP para que adopten medidas dirigidas a poner fin y evitar vulneraciones de derechos de propiedad intelectual, afirma que obligarles a establecer un sistema de supervisión general —con las características arriba mencionadas— podría vulnerar el derecho a la libertad de empresa del ISP —en la medida en que le obligaría a establecer un sistema informático gravoso, complejo, permanente y exclusivamente a sus expensas— y los derechos fundamentales de sus clientes —a saber, su derecho de protección de datos de carácter personal, por entenderse, en este caso, que la dirección IP permite identificar concretamente a los usuarios, y su libertad de recibir o comunicar informaciones—. Añade, asimismo, que podría verse vulnerada también la libertad de información en caso de que contenidos lícitos fuesen bloqueados.

El interés legítimo es causa de legitimación del tratamiento en España

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de noviembre de 2011

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo español en relación con el artículo 7.f) de la Directiva 96/46/CE (Directiva de Protección de Datos), el cual prevé que será posible tratar los datos sin consentimiento de su titular siempre y cuando sea necesario para la satisfacción de un interés legítimo y no prevalezcan derechos y libertades fundamentales de dichos titulares.

Nuestra normativa, sin embargo, añade un requisito adicional: que esos datos consten en fuentes accesibles al público. Según el Tribunal europeo, el artículo 7 de la Directiva establece una lista exhaustiva y taxativa de supuestos en los un tratamiento puede considerarse lícito, por lo que los Estados miembros no pueden añadir exigencias adicionales que modificarían el alcance de los principios establecidos en la Directiva.

El Tribunal declara expresamente que este artículo 7.f) tiene eficacia directa, pudiendo ser invocada por un particular y aplicada por los órganos jurisdiccionales nacionales.

[España]

Reducción de multas por aplicación retroactiva de la nueva escala de sanciones de la LOPD

Sentencia de la Audiencia Nacional, de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de octubre de 2011

Pese a que la Audiencia confirma que la recurrente vulneró los principios de consentimiento y calidad de datos, invoca el principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable, por lo que aplica la nueva escala de sanciones de la LOPD —que rebaja la cuantía mínima de la sanción grave a 40.001 €— introducida por la Ley de Economía Sostenible.

Acceder al contenido de un ordenador puede ser ilícito atendiendo a las circunstancias del caso

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala de lo Penal, de 7 de noviembre de 2011

Se interpone un recurso de amparo por entender el recurrente que el acceso al contenido de su ordenador por parte del encargado de la tienda al que encomendó su reparación y por parte de la Policía vulnera su derecho fundamental a la intimidad. El empleado de la tienda encontró material pedófilo e interpuso denuncia ante la Policía proporcionándole el ordenador del ahora recurrente.

El Tribunal Constitucional reconoce que la información que se almacena en un ordenador queda afectada por el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos personales.

No obstante, en el presente caso, considera que el acceso al ordenador del recurrente no vulnera su derecho a la intimidad por los siguientes motivos: (i) el empleado descubrió el material pedófilo en la mera ejecución de sus tareas de reparación y, ante su hallazgo, cumplió con el deber de todo ciudadano consistente en denunciar a las autoridades competentes la posible perpetración de un delito público del que ha tenido conocimiento y (ii) el acceso por la Policía

persigue un fin legítimo y está habilitado legalmente. Si bien se hizo sin autorización judicial previa, el Tribunal considera que era una medida necesaria y proporcionada teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y pruebas existentes.

3- DECISIONES DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVA

[Unión Europea]

Propuestas de la Comisión Europea

— Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) - Version 56 (29/11/2011)

— Proposal for a Police and Criminal Justice Data Protection Directive on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the free movement of such data

Además de la propuesta de directiva para los tratamientos objeto del antiguo tercer pilar, se ha filtrado la primera propuesta de reglamento que deroga la actual Directiva 95/46/CE:

(i) Destaca, a los efectos de la profesión, la figura obligatoria del *Data Protection Officer* (DPO), entre otros supuestos, para el sector público y para entidades con más de 250 empleados con una detallada definición de sus funciones y tareas.

(ii) Asimismo, se proponen cambios relevantes en los criterios de aplicación de la norma, incorporando criterios de mercado similares a las normas de comercio electrónico y en la propia definición de datos personales, se crea el *European Data Protection Board*, que reemplazará al Grupo 29, se veda la utilización del consentimiento (ahora siempre explícito) en casos de fuerte desequilibrio entre el afectado y el responsable, se crea un derecho al olvido matizado y de un derecho de portabilidad de datos, se generaliza el deber de notificar violaciones de seguridad (no solo para los operadores de comunicaciones electrónicas), se incorpora el deber de estudio previo de impacto de privacidad (*Privacy Impact Assessment*), se dota de un mayor papel para la autoridad de control en relación con sus competencias de autorización respecto de tratamiento que presentan riesgos importantes o de transferencias internacionales motivadas por requerimientos administrativos o judiciales de países terceros, se regulan con detalle las reglas corporativas vinculantes y se prevé un régimen sancionador cuyas multas pueden llegar a un millón de euros o al 5% del volumen de negocio mundial anual de una empresa.

Aparatos de control de empleados de empresas de transporte por carretera

Opinión del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 5 de octubre de 2011, en relación con la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CEE) n.º 3821/85 del Consejo, relativo al aparato de control en el sector de los transportes por carretera, y el Reglamento (CE) n.º 561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo

La Propuesta de Reglamento establece los requisitos para la fabricación, instalación, uso y ensayo de los aparatos de control de empleados de empresas de transporte por carretera y prevé el intercambio de información de «*tarjetas de conductor*» mediante registros electrónicos nacionales.

En opinión del Supervisor, las medidas en materia de protección de datos recogidas en la Propuesta son insuficientes y la Comisión debe especificar exactamente la gestión del intercambio de información entre autoridades a través de registros electrónicos de ámbito nacional, así como la concreción de si se incluyen terceros países que no garantizan un nivel adecuado de protección.

Considera el Supervisor que los aspectos relativos a las modalidades de acceso a los datos, destinatarios de la información y tiempo de conservación deberían formar parte del propio texto de la Propuesta. Recomienda establecer una cláusula específica que determine el nivel de seguridad que deben permitir implantar los sistemas, clarificar las finalidades concretas y legítimi-

mas que permitirían llevar a cabo una geolocalización permanente del trabajador y describir exhaustivamente los datos que serán intercambiados entre las autoridades de control, así como exigir a los responsables que obtengan el consentimiento libre y expreso de los conductores profesionales para que sus datos sean tratados en sistemas de transporte inteligentes y que solo almacenen los datos estrictamente necesarios.

Finalmente, el Supervisor considera que la instalación y uso de estos dispositivos, con el único fin de que los empleadores puedan monitorizar remotamente y en tiempo real las acciones de sus empleados, no debe estar permitido.

Internet abierta y la neutralidad de la red en Europa

Opinión del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 7 de octubre de 2011, en relación con la Comunicación de la Comisión sobre la Internet abierta y la neutralidad de la red en Europa

El Supervisor Europeo de Protección de Datos manifiesta su inquietud en relación con la necesidad de que los ISP respeten las normas sobre confidencialidad de las comunicaciones en aplicación del principio de «neutralidad en la red», esto es, que garanticen el derecho de los usuarios a elegir qué servicios o aplicaciones utilizar, transmitiendo la información de forma imparcial, sin priorizar unos accesos a determinados contenidos frente a otros. La Opinión establece una serie de recomendaciones dirigidas a los ISP a través de las cuales se indica cómo debe respetarse el marco legal de protección de datos.

Asimismo, el Supervisor insta a la Comisión para que tome la iniciativa de crear un grupo de trabajo (o instrumento similar) en el que participen todas las partes interesadas y a través del cual se determinen aspectos tales como qué actividades de inspección son legítimas para asegurar la seguridad en las comunicaciones o cuando la monitorización requiere el consentimiento de los usuarios. En la misma línea, propone a la Comisión adoptar medidas que refuercen la aplicación de la normativa de protección de datos.

Autoridades aduaneras y derechos de propiedad intelectual

Opinión del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 12 de octubre de 2011, en relación con la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de propiedad intelectual

La propuesta de Reglamento —cuyo objeto es determinar las condiciones y procedimientos de intervención de las autoridades aduaneras cuando se introduzcan en el territorio aduanero de la Unión, o lo abandonen, mercancías sospechosas de vulnerar un derecho de propiedad intelectual— establece la creación de una base de datos central que incluiría todas las solicitudes de intervención interpuestas por los afectados en los distintos Estados miembros.

El Supervisor Europeo de Protección de Datos solicita a la Comisión que identifique las bases legales o legitimidad de la creación de la mencionada base de datos, que especifique la finalidad del tratamiento —indicando qué fines serían compatibles—, las entidades que tendrían acceso y el tiempo de conservación de los datos, que garantice el ejercicio del derecho de acceso y que incluya en el formulario de solicitud creado a los fines indicados toda la información relativa al tratamiento de los datos de carácter personal. Exige, asimismo, que identifique la entidad encargada de controlar y gestionar la base de datos, así como la encargada de garantizar la seguridad de la información contenida en ella.

4. DOCTRINA ADMINISTRATIVA DE LA AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Apercibimiento por publicación de fotografía en página web sin consentimiento

Resolución de apercibimiento de la Agencia Española de Protección de Datos, de 20 de julio de 2011

La Agencia Española de Protección de Datos («AEPD») invoca el principio de aplicación retroactiva de la norma sancionadora más favorable y acuerda, en base a la potestad de apercibimiento introducida en la LOPD por la Ley de Economía Sostenible, no iniciar procedimiento sancionador apercibiendo a la entidad infractora para que adopte las medidas necesarias para que en el futuro no se vuelva a producir infracción como la declarada.

En el presente caso la entidad infractora es un centro formativo que es responsable por haber publicado, sin el previo consentimiento de su titular, una fotografía en la página web del centro, y por haber permitido el acceso por parte de terceros a datos personales, vulnerándose de este modo el deber de confidencialidad o secreto.

Teniendo en cuenta que ambas infracciones quedan subsumidas en una de carácter grave y que el centro formativo no había sido sancionado ni apercibido con anterioridad, la AEPD entiende que se cumplen los requisitos para acordar el apercibimiento.

Apercibimiento por la grabación de imágenes de menores y posterior publicación en una red social sin consentimiento paterno

Resolución de apercibimiento de la Agencia Española de Protección de Datos, de 7 de octubre de 2011

La AEPD resuelve apercibir a una persona por grabar y publicar un video en una red social en el que aparecen menores de edad sin haber obtenido, previamente, el consentimiento de sus padres o tutores legales. Asimismo, el perfil del usuario estaba abierto, por lo que el acceso a las imágenes era libre.

En este caso la Agencia trata al demandado como responsable del fichero por entender que nos encontramos ante un tratamiento de datos que no forma parte del ámbito doméstico y decide apercibirle, y no sancionarle con multa económica, por concurrir los requisitos que permiten su aplicación —el carácter leve o grave de la infracción y no haber sido sancionado o apercibido con anterioridad—, así como por no actuar con ánimo de lucro y no constar vinculación relevante de su actividad con la realización de tratamientos de datos de carácter personal.

Primera autorización de conservación de datos personales con fines históricos

Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos autorizando la conservación de datos con fines históricos, de 10 de octubre de 2011

La AEPD ha dictado, por primera vez, una resolución de autorización de conservación de datos personales con fines históricos en respuesta a la solicitud de una organización sindical. La autorización ha sido concedida para el mantenimiento íntegro, con fines históricos, de la información sindical, referente tanto a afiliados como a representantes sindicales, almacenada en los ficheros responsabilidad de la organización.

La LOPD establece, como regla general, que los datos serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios para la finalidad para la que hubieran sido recabados. No obstante, excepcionalmente, podrá solicitarse a la AEPD autorización para su conservación, atendidos los valores históricos, estadísticos o científicos de los datos y siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecidos por la LOPD.

En el presente caso, la organización sindical ampara su solicitud en la Ley de Patrimonio Histórico Español y en el hecho de que es una organización sindical fundada en 1888 cuyas actuaciones han formado parte de la historia de España. Asimismo, garantiza que los datos se conservarán exclusivamente con fines históricos y no serán almacenados cuando el afectado ejercite directamente frente a la confederación su derecho de cancelación.

ENERGÍA*

1. LEGISLACIÓN

Normativa estatal

— Resolución, de 29 de septiembre de 2011, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se aprueba el perfil de consumo asociado a los peajes de acceso con discriminación horaria supervalle y el método de cálculo a efectos de liquidación de energía, aplicables para aquellos consumidores tipo 5 que no dispongan de registro horario de consumo, para el año 2011 (BOE de 30 de septiembre de 2011)

— Resolución, de 21 de septiembre de 2011, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se publica la tarifa de último recurso de gas natural (BOE de 30 de septiembre de 2011)

— Resolución, de 22 de septiembre de 2011, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se modifica el protocolo de detalle PD-01 «medición» de las normas de gestión técnica del sistema gasista, aprobado por Resolución de 13 de marzo de 2006 por la que se establecen los protocolos de detalle de las normas de gestión técnica del sistema gasista (BOE de 3 de octubre de 2011)

— Orden ITC/2585/2011, de 29 de septiembre de 2011, por la que se revisan los peajes de acceso, se establecen los precios de los peajes de acceso supervalle y se actualizan determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial, a partir de 1 de octubre de 2011 (BOE de 30 de septiembre de 2011)

Esta Orden modifica el anexo III del Real Decreto 1578/2008 de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007 para dicha tecnología.

— Real Decreto 1308/2011, de 26 de septiembre de 2011, sobre protección física de las instalaciones y los materiales nucleares, y de las fuentes radiactivas (BOE de 7 de octubre de 2011)

— Real Decreto 1307/2011, de 26 de septiembre de 2011, por el que se modifica el Real Decreto 437/2010, de 9 de abril, por el que se desarrolla la regulación del proceso de titulización del déficit del sistema eléctrico (BOE de 11 de octubre de 2011)

— Real Decreto 1390/2011, de 14 de octubre de 2011, por el que se regula la indicación del consumo de energía y otros recursos por parte de los productos relacionados con la energía, mediante el etiquetado y una información normalizada (BOE de 15 de octubre de 2011)

— Resolución, de 17 de octubre de 2011, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se fija el precio medio de la energía a aplicar en el cálculo de la retribución del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad ofrecido por los consumidores que adquieren su energía en el mercado de producción durante el cuarto trimestre de 2011 (BOE de 27 de octubre de 2011)

— Orden ITC/2914/2011, de 27 de octubre de 2011, por la que se modifica la Orden ITC/1522/2007, de 24 de mayo, por la que se establece la regulación de la garantía del origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia (BOE de 31 de octubre de 2011)

— Real Decreto 1597/2011, de 4 de noviembre de 2011, por el que se regulan los criterios de sostenibilidad de los biocarburantes y biolíquidos, el Sistema Nacional de Verificación de la Sostenibilidad y el doble valor de algunos biocarburantes a efectos de su cómputo (BOE de 5 de noviembre de 2011)

— Real Decreto 1494/2011, de 24 de octubre de 2011, por el que se regula el Fondo de Carbono para una Economía Sostenible (BOE de 9 de noviembre de 2011)

* Esta sección de Derecho de la Energía ha sido elaborada por María José Descalzo Benito y Jorge Lara Domínguez, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

- Resolución, de 4 de noviembre de 2011, de la Comisión Interministerial creada por el artículo 16 del Real Decreto 437/2010, por la que se desarrolla la regulación del proceso sobre titulización del déficit del sistema eléctrico, sobre delegación de competencias en el Comité de Seguimiento (BOE de 10 de noviembre de 2011)
- Resolución, de 7 de noviembre de 2011, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba la fecha de la subasta, el horizonte temporal y el número de contratos de cada tipo ofrecidos por el sistema eléctrico español en la subasta de contratos financieros relativos a la interconexión entre España y Portugal, a celebrar en diciembre del año 2011, según se definen en la Orden ITC/4112/2005 por la que se establece el régimen aplicable para la realización de intercambios intracomunitarios e internacionales de energía eléctrica (BOE de 16 de noviembre de 2011)
- Real Decreto 1544/2011, de 31 de octubre de 2011, por el que se establecen los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución que deben satisfacer los productores de energía eléctrica (BOE de 16 de noviembre de 2011)
- Orden ITC/3127/2011, de 17 de noviembre de 2011, por la que se regula el servicio de disponibilidad de potencia de los pagos por capacidad y se modifica el incentivo a la inversión a que hace referencia el anexo III de la Orden ITC/2794/2007, de 27 de septiembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de octubre de 2007 (BOE de 18 de noviembre de 2011)
- Orden ITC/3128/2011, de 17 de noviembre de 2011, por la que se regulan determinados aspectos relacionados con el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas (BOE de 18 de noviembre de 2011)
- Resolución, de 16 de noviembre de 2011, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se publican los valores del coste de la materia prima y del coste base de la materia prima del gas natural para el cuarto trimestre de 2011, a los efectos del cálculo del complemento de eficiencia y los valores retributivos de las instalaciones de cogeneración y otras en el Real Decreto 661/2007 por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (BOE de 19 de noviembre de 2011)
- Orden ITC/3190/2011, de 18 de noviembre de 2011, por la que se restablece la obligación de los sujetos obligados al mantenimiento de existencias mínimas de seguridad de productos petrolíferos una vez finalizada la «acción colectiva Libia» de la Agencia Internacional de la Energía (BOE de 23 de noviembre de 2011)
- Resolución, de 23 de noviembre de 2011, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se aprueba el Plan de actuación invernal para la operación del sistema gasista (BOE de 2 de diciembre de 2011)
- Real Decreto 1623/2011, de 14 de noviembre de 2011, por el que se regulan los efectos de la entrada en funcionamiento del enlace entre el sistema eléctrico peninsular y el balear, y se modifican otras disposiciones del sector eléctrico (BOE de 7 de diciembre de 2011)
- Real Decreto 1699/2011, de 18 de noviembre de 2011, por el que se regula la conexión a red de instalaciones de producción de energía eléctrica de pequeña potencia (BOE de 8 de diciembre de 2011)
- Circular 3/2011, de 10 de noviembre de 2011, de la Comisión Nacional de Energía, que regula la solicitud de información y los procedimientos del sistema de liquidación de las primas equivalentes, las primas, los incentivos y los complementos a las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial (BOE de 22 de diciembre de 2011)
- Orden ITC/3486/2011, de 14 de diciembre de 2011, por la que se aprueban las cuotas de la corporación de reservas estratégicas de productos petrolíferos correspondientes al ejercicio 2012 (BOE de 24 de diciembre de 2011)
- Resolución, de 1 de diciembre de 2011, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba el procedimiento para la operación del sistema eléctrico P.O. 4.0 «gestión de las conexiones internacionales» (BOE de 24 de diciembre de 2011)
- Resolución, de 30 de diciembre de 2011, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se fijan las cantidades de carbón, el volumen máximo de producción y los precios de retribución de

la energía, para el año 2012 a aplicar en el proceso de resolución de restricciones por garantía de suministro (BOE de 31 de diciembre de 2011)

— Resolución, de 30 de diciembre de 2011, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se publica la tarifa de último recurso de gas natural (BOE de 31 de diciembre de 2011)

— Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre de 2011, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, con el fin de cumplir el objetivo de estabilidad comprometido (BOE de 31 de diciembre de 2011)

Este Real Decreto-ley en el ámbito energético introduce las siguientes novedades: (i) incorpora al Derecho español la Directiva 2003/96, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad, mediante las disposiciones finales primera y sexta, respectivamente; y (ii) modifica la fijación, conforme al Real Decreto 1221/2010, de los precios de retribución de la energía, el volumen máximo de producción que puede ser programado en el proceso de resolución de restricciones por garantía de suministro, y las cantidades de carbón autóctono a adquirir por los titulares de las centrales para cada central se determinarán con carácter trimestral por Resolución de la Secretaría de Estado de Energía.

— Resolución de 30 de diciembre de 2011 de la Dirección General de Política Energética y Minas por la que se publica la tarifa de último recurso de gas natural (BOE de 31 de diciembre de 2011)

— Orden IET/3586/2011, de 30 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2012 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial (BOE de 31 de diciembre de 2011)

— Orden IET/3587/2011, de 30 de diciembre, por la que se determinan los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas en vigor a partir del día 1 de enero de 2012 (BOE de 31 de diciembre de 2011)

2 · JURISPRUDENCIA

Se anula el último párrafo del apartado segundo del anexo I (Peajes y cánones de los servicios básicos) de la Orden ITC/3520/2009, de 28 de diciembre

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2011

El TS estima el recurso contencioso-administrativo ordinario interpuesto por MEDGAZ, S.A. contra el último párrafo del apartado segundo del anexo I (Peajes y cánones de los servicios básicos) de la Orden ITC/3520/2009, de 28 de diciembre, por el que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas para el año 2010 y se actualizan determinados aspectos relativos a la retribución de las actividades reguladas del sector gasista. En particular, se anula la creación del «peaje aplicable por la introducción de gas natural por las conexiones internacionales por gasoducto».

El recurso se funda en un vicio procedimental durante el trámite de audiencia (supuesta ausencia de informe por parte del Consejo Consultivo de Hidrocarburos), así como en vicios de carácter sustantivo: (i) infracción del principio de jerarquía normativa, por vulneración de la Ley del Sector de Hidrocarburos; (ii) vulneración de los principios de proscripción de la arbitrariedad, seguridad jurídica y confianza legítima; y (iii) infracción del Derecho comunitario.

Anulación del artículo 1 de la Orden ITC/1732/2010, de 28 de junio, por la que se revisan los peajes de acceso a partir de 1 de julio de 2010 y las tarifas y primas de determinadas instalaciones en régimen especial

Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2011, 4 y 16 de noviembre de 2011

El TS estima parcialmente el recurso que declara la nulidad del artículo primero de la Orden ITC/1732/2010.

En primer lugar, la estimación parcial de las pretensiones del recurrente deriva de la existencia de vicios de carácter formal por (i) la existencia de un cambio significativo entre la propuesta y el texto final de la orden, sin que se hubiera vuelto a someter a informe de la Comisión Nacional de Energía y de su consejo consultivo; y (ii) el hecho de que la propuesta no venía acompañada, ni siquiera a posteriori, de explicación satisfactoria alguna. De acuerdo con la argumentación ofrecida por el TS, no es posible prescindir de un informe de la Comisión Nacional de Energía cuando los cambios introducidos en el texto de la disposición sean «sustanciales y no puedan considerarse sin más como un resultado natural del propio proceso de tramitación».

Por otro lado, la declaración de nulidad del artículo primero de la mencionada Orden se basa en razones de fondos al considerar el TS que en la redacción de este artículo primero no se tuvo en cuenta el desajuste temporal existente (cuando, como resultado de las liquidaciones de las actividades reguladas de cada periodo, resulte un déficit de ingresos superior al déficit ex ante reconocido inicialmente) ni se incrementó, como debía, el importe de los peajes de acceso (esto es, en la cuantía necesaria para que las empresas recuperen las cantidades aportadas para la financiación de aquellos importes, más un tipo de interés de mercado).

Anulación de determinadas previsiones de la Orden ITC/3519/2009, de 28 de diciembre, por la que se revisan los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2010 y las tarifas y primas de determinadas instalaciones en régimen especial

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2011

El TS estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto y anula el artículo 7 de la referida Orden, así como de la disposición adicional cuarta, apartado 1, párrafos primero y segundo, del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica, con desestimación del resto de pretensiones, al considerar que las citadas previsiones contravienen lo dispuesto en el artículo 16.9 y la disposición transitoria 19.ª de la Ley del Sector Eléctrico, al establecer que la financiación del operador del mercado eléctrico español fuera sufragada exclusivamente por las empresas generadoras y no por todos los agentes intervinientes en el mercado eléctrico.

INMOBILIARIO Y URBANISMO*

1 LEGISLACIÓN

[España]

Reglamento de valoraciones de la Ley de suelo

Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre de 2011

En desarrollo de la disposición final 2.ª y de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de Suelo, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, este Reglamento recoge los métodos y técnicas de valoración aplicables a los supuestos contemplados en el artículo 21.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, con base en la competencia constitucionalmente atribuida al legislador estatal en materia de valoraciones (*vid.* STC 61/1997), y sin perjuicio de lo que puedan establecer otras legislaciones especiales y sus normas de desarrollo, como pueden ser, especialmente, las de carácter financiero y tributario.

El Reglamento desarrolla técnicamente los criterios de valoración mediante fórmulas algebraicas que se establecen en función del tipo de suelo, del tipo de explotación (en el caso de suelo rural) y de la situación (en el caso del suelo urbanizado; suelo edificado, en curso de edificación, sometido a actuaciones, etc.).

Para el suelo rural, se proponen tipos de capitalización diferentes en función de la modalidad de explotaciones distintas, y ello dependiendo del riesgo de cada actividad en suelo rural, lo que

* (*) Esta sección de Derecho Inmobiliario y Urbanístico ha sido coordinada por Felipe Iglesias, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid), y en su elaboración han participado Paula Ordoñez, Vanessa Cervelló, Miriam Bardín, Rafael Jiménez, Juan Espinosa, Antonio Stefel, Javier Martínez-Fresneda y Gabriel Cabello, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Valencia), y Mercedes Bertolo, del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid).

constituye el núcleo fundamental de la valoración rural a la que se dedican los artículos 7 a 18 del Reglamento. En cuanto a la valoración de inmuebles en situación básica de suelo urbanizado, se utilizan criterios basados en información del mercado, acomodados al cumplimiento de los deberes y al levantamiento de las cargas urbanísticas por parte de sus titulares.

**Modificación
aranceles notarios
y registradores**

Real Decreto 1612/2011, de 14 de noviembre de 2011

Esta norma introduce criterios de transparencia y claridad en las minutas, incrementando las obligaciones de información en ellas por parte de los notarios y registradores. El Real Decreto establece un principio de «neutralidad arancelaria», con independencia de que en las operaciones se apliquen procedimientos electrónicos, de tal forma que ello no suponga un arancel más elevado. Por otro lado, se pretende aclarar las dudas que ha suscitado la aplicación de la rebaja del 5% en los aranceles notariales y registrales prevista en el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, en su DA 8.^a. En concreto, se declara que dicha rebaja arancelaria se aplicará con carácter adicional a los demás descuentos, reducciones, bonificaciones o rebajas que se prevean en relación con los aranceles notariales y registrales que se calculen sobre la base que se indica en esta norma.

**Cantabria.
Ordenación del
territorio y urbanismo**

Ley 5/2011, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de naturaleza tributaria, así como otras de diferente carácter que afectan a la actuación, gestión y organización de la Administración regional (BOC el 31 de diciembre de 2011)

Modifica diversos preceptos de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria. Cabe destacar que amplía el concepto de los Proyectos Singulares de Interés Regional, permitiendo que sirvan para implantar usos productivos y también terciarios.

Cataluña. Vivienda

Ley 9/2011, de 29 de diciembre, por la que se introducen reformas administrativas y estructurales necesarias para el impulso y la promoción de la actividad económica con la finalidad de favorecer la reactivación de la economía (DOGC de 30 de diciembre de 2011)

Introduce diversas modificaciones a la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la Vivienda. Pretende facilitar el acceso a las viviendas de protección oficial. Además, flexibiliza los requisitos en los edificios de nueva construcción y elimina determinadas reservas urbanísticas. Deroga diversos preceptos del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo, y en concreto elimina: (i) la prohibición de contratar servicios definitivamente sin la acreditación previa de la licencia de primera ocupación, por parte de empresas prestadoras de servicios; y (ii) la necesidad de informe del Departamento competente en materia de vivienda en la tramitación de los planes urbanísticos.

**Madrid. Ordenación
del territorio y
urbanismo**

Ley 6/2011, de 28 de diciembre, por la que se regula diversas medidas fiscales y administrativas para 2012 (BOCM el 29 de diciembre de 2011)

Según proclama, uno de sus objetivos es el de liberar más suelo lucrativo para favorecer la edificación. Para ello, modifica diversos preceptos de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, incorporando modificaciones tales como (i) la reducción del estándar de metros cuadrados de cesión al Ayuntamiento en concepto de redes generales; (ii) la flexibilización del cumplimiento del deber de cesión de zonas verdes permitiendo que las zonas verdes privadas puedan computar como red local, siempre que se trate de uso residencial; (iii) la exclusión de la obligación de cesión del suelo para redes locales y generales cuando se desarrolle uso industrial y (iv) el ajuste de reserva de suelo para vivienda protegida conforme a la normativa estatal.

**Comunidad
Valenciana.
Ordenación del
territorio y urbanismo**

Decreto Ley 2/2011, de 4 de noviembre, del Consell, de Medidas Urgentes de Impulso a la Implantación de Actuaciones Territoriales Estratégicas (DOCV de 7 de noviembre de 2011)

Se dedica principalmente a desarrollar las denominadas actuaciones estratégicas, como mecanismos para agilizar la implantación de proyectos de relevancia e interés autonómico. En rela-

ción con estas cabe destacar lo siguiente: (i) la iniciativa puede ser pública, privada o mixta; (ii) la relevancia debe ser supramunicipal; (iii) cubre la implantación, entre otros, de equipamientos terciarios, turísticos, sanitarios o asistenciales, e incluso, «la internacionalización de empresas»; (iv) deben ejecutarse de forma inmediata, sin perjuicio de las fases espaciales o temporales; y (v) requiere declaración de la actuación como estratégica por parte del Consell y posterior aprobación de plan o proyecto.

Incluye asimismo otras novedades reseñables: (i) se faculta al urbanizador a solicitar la suspensión de un programa de actuación integrada por un plazo de hasta cuatro años; (ii) se reduce el porcentaje de las garantías a prestar por el urbanizador, pasando del 20% a un 5% (ampliable como máximo a 10%) de las cargas del programa; y (iii) se permite subdividir en unidades de ejecución y, por tanto, en fases de ejecución, los grandes sectores provenientes de reclasificaciones.

Comunidad Valenciana. Ordenación del territorio y urbanismo

Ley 9/2011, de 26 de diciembre, por la que se aprueban las medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat para el año 2012 (DOCV de 28 de diciembre de 2011)

Modifica la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, en cuanto a las garantías exigidas a los promotores de viviendas de protección pública por daños materiales que se ocasionen por vicios o defectos de construcción. Asimismo, modifica la Ley 3/2004, de 30 de junio, de Ordenación y Fomento de la Calidad de la Edificación, reduciendo a un mes el plazo para la concesión de la licencia de ocupación. Por último, suprime un apartado de la disposición adicional sexta de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana, que contempla ciertas previsiones a incluir en las fichas de planeamiento y gestión del planeamiento general.

2. JURISPRUDENCIA

Garantía de cantidades entregadas a cuenta en viviendas dedicadas a inversión

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de octubre de 2011

El comprador de unas viviendas solicitó la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento grave de la promotora, al no haber garantizado la cantidad que entregó a cuenta. Por su parte, la promotora formuló reconvencción, solicitando la resolución del contrato y el derecho a hacer suya la cantidad entregada a cuenta, en concepto de indemnización. El Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Torremolinos desestimó la demanda y estimó la reconvencción formulada por la entidad promotora. La Audiencia Provincial de Málaga desestimó el recurso de apelación. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

Se acuerda la resolución del contrato de compraventa y el derecho de la vendedora a retener y hacer suya, en concepto de indemnización, la cantidad entregada a cuenta por el comprador. La promotora no está obligada legalmente a garantizar dicha cantidad. Las obligaciones de garantía establecidas en la Ley 57/1986 no se aplican en este caso, ya que el comprador adquirió las viviendas como inversión, no como morada individual o familiar.

Desviación de poder en la revisión de las Normas Subsidiarias de Planeamiento

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de diciembre de 2011

El TS confirma la nulidad de la revisión de las Normas Subsidiarias por incurrir en un vicio de desviación de poder en su modalidad procedimental, al pretenderse eludir, por parte del Ayuntamiento, la aplicación de la Ley 7/2002 de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (más restrictiva que la norma precedente), mediante la estratagema de realizar un segundo trámite de aprobación inicial de la revisión, a pesar de que el documento aprobado no presentaba similitud con el texto objeto de la primera aprobación inicial y de tratarse de un trámite que no está legalmente previsto.

Inaplicabilidad de la acción de nulidad del artículo 102 de la LRJPAC frente a instrumentos de planeamiento urbanístico y, en general, frente a disposiciones de carácter general

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de noviembre de 2011

La sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que desestimaba el recurso interpuesto contra la decisión de inadmitir a trámite la petición de revisión de oficio presentada contra el acuerdo de aprobación definitiva de unas Normas Urbanísticas Municipales. El TS confirma la sentencia del tribunal de instancia declarando que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce —ni siquiera a quienes puedan ostentar la condición de interesados— una acción para instar la revisión de disposiciones generales (entre las que se encontrarían, en este caso, las normas de planeamiento urbanístico) al amparo de lo dispuesto en el artículo 102 de la LRJPAC.

Anulación de la denegación de la aprobación definitiva de la modificación puntual del Plan General de Madrid relativa a parcelas de Telefónica

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de abril de 2011

El Tribunal anula el acuerdo de la Comunidad de Madrid denegatorio de la aprobación definitiva de la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, que pretendía modificar el régimen de usos de cuarenta y ocho parcelas propiedad de una empresa de telecomunicaciones, calificadas como dotacionales de servicios infraestructurales, estableciendo en su lugar usos lucrativos como uso cualificado. El Tribunal desestima los argumentos de la Comunidad de Madrid y razona que (i) las parcelas tienen la consideración de suelo urbano consolidado; (ii) la modificación propuesta constituye un supuesto de actuación de dotación, por lo que procede el incremento de las dotaciones públicas para reajustar su proporción a la mayor edificabilidad de determinadas parcelas; (iii) no estamos ante actuaciones de urbanización que requerirían una renovación integral ni procede aplicar los estándares dotacionales definidos para ámbitos de actuación; y (iv) es posible la monetarización de las cesiones compensatorias.

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

Necesidad de anotación preventiva del crédito refaccionario durante el tiempo que duren las obras

Resolución de la DGRN de 10 de octubre de 2011

Una sociedad constructora pretende la anotación preventiva de un crédito refaccionario derivado de una de sus obras de reforma. Presentado el crédito para su inscripción, el registrador emite una calificación negativa, argumentando que las obras que dan soporte a la figura del crédito refaccionario ya han concluido al tiempo de su solicitud de inscripción. El solicitante recurre y da inicio al procedimiento ante la DGRN.

Entiende la DGRN que el sentido de la anotación preventiva del crédito refaccionario es el que se produzca en el momento durante el cual las obras se están realizando, ya que una vez acabadas las obras e insatisfecho el crédito, se podrá constituir hipoteca sobre el inmueble mejorado con las mencionadas obras de forma que, consiguiendo que el interés de quien aportó en la mejora de un inmueble quede protegido a través de la hipoteca, pero no a través de la mencionada anotación preventiva. Por tanto, al estar concluidas las obras que originan el crédito refaccionario cuya anotación se pretende, la DGRN confirma la calificación negativa del registrador.

El otorgamiento válido de la hipoteca con carácter previo a la declaración del concurso faculta para su inscripción posterior en el registro de la propiedad

Resolución de la DGRN de 2 de noviembre de 2011

Se discute si otorgada una escritura pública de constitución de hipoteca antes de la declaración de concurso del hipotecante, pero presentada en el Registro de la Propiedad con posterioridad a dicha declaración, es exigible por parte de la registradora que la administración concursal intervenga en los términos previstos en el artículo 40 de la Ley Concursal. La registradora deniega la práctica del asiento con base en el principio de inscripción constitutiva del derecho de hipoteca. La DGRN estima el recurso y revoca la calificación de la registradora considerando que las limitaciones en la libre disposición del hipotecante se han producido con posterioridad a la prestación del consentimiento; el cierre registral se produce respecto de los actos dispositivos

que, con posterioridad a la declaración de concurso, realice el deudor con infracción de la limitación consistente en la suspensión de sus facultades de disposición y en su consiguiente sustitución por los administradores concursales.

Constitución de hipoteca sobre proindivisos

Resolución de la DGRN de 3 de noviembre de 2011

Se plantea si el titular por un único título del pleno dominio de una finca debe, al constituir sobre una mitad indivisa un derecho real de hipoteca, concretar o identificar sobre qué mitad indivisa específica se constituye a efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad. El registrador denegó la inscripción dado que, al no concretarse sobre qué mitad se constituye la carga, no queda registralmente determinada la participación indivisa objeto de hipoteca, lo que vulnera el principio de especialidad en relación con el objeto de derecho, quedando difusa, o indeterminada, la figura del rango registral en caso de ulterior hipoteca. La DGRN estima el recurso, revocando la nota de calificación del registrador porque ni existe un supuesto de los contemplados reglamentariamente en los que se exige una precisión en el contenido del derecho determinado por la cuota matemática o por el régimen aplicable, ni existe problema alguno de rango, puesto que las posteriores solicitudes de inscripción deberán ser, en su momento, objeto de la oportuna calificación.

LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Reforma de la Ley Concursal

Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE de 11 de octubre de 2011)

A efectos laborales, la Ley 38/2011 es una medida encaminada a mejorar la protección de los trabajadores en el marco del proceso concursal y a coordinar la regulación del concurso con la reciente reforma laboral. En este sentido, la Ley 38/2011 dota de una redacción prácticamente nueva al artículo 64 de la Ley Concursal, relativo a los efectos del concurso sobre los contratos de trabajo.

En relación con los expedientes de regulación de empleo («ERE») instados con anterioridad a la declaración de concurso, la autoridad laboral deberá remitir lo actuado al juez del concurso, sin que dicha remisión afecte a la validez de las actuaciones. Por otra parte, los EREs autorizados o estimados con anterioridad a la declaración de concurso, serán ejecutados por la administración concursal.

En lo que respecta al periodo de consultas en el marco de procedimientos colectivos, se prevé la intervención del concursado y de «*personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada*», así como la posibilidad de obviarlo si existe acuerdo entre las partes afectadas. La reforma también pretende fomentar los acuerdos en sede judicial, siendo preceptivo dar audiencia a las partes cuando no hayan alcanzado un acuerdo.

* (*) Esta sección de Derecho Laboral y de la Seguridad Social ha sido elaborada por Lourdes Martín Flórez, Daniel Cerrutti y Joana Brisson Lopes Buendía, del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona y Lisboa).

La Ley 38/2011 amplía también la definición de extinciones colectivas e incluye las que traen causa de modificaciones sustanciales o incumplimientos graves del empresario. En este sentido, el auto que resuelva la extinción colectiva tendrá los efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales iniciados con posterioridad al ERE que se hallaran en suspenso.

Por último, esta norma también aclara cuestiones sobre la competencia del juez del concurso, la decisión de la administración concursal de cesar la actividad empresarial y la subrogación legal del Fondo de Garantía Salarial en créditos salariales e indemnizaciones que hubiera anticipado.

Ley Reguladora de la Jurisdicción Social *Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE de 11 de octubre de 2011)*

Véase el artículo de Lourdes Martín Flórez sobre esta norma en este mismo número de la revista.

Salario mínimo interprofesional para 2012 *Real Decreto 1888/2011, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2012 (BOE de 31 de diciembre de 2011)*

A través del Real Decreto 1888/2011, el Gobierno ha mantenido, para el año 2012, el salario mínimo interprofesional («SMI») fijado para el año 2011, esto es, 21,38 euros por día o 641,40 euros por mes. De acuerdo con su exposición de motivos, esta medida pretende contribuir al objetivo de recuperación económica y creación de empleo.

Becarios. Prácticas no laborales y Seguridad Social *Real Decreto 1707/2011, de 18 de noviembre, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios (BOE de 10 de diciembre de 2011)*

Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas (BOE de 18 de noviembre de 2011)

Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social (BOE de 27 de octubre de 2011)

Véase el Foro de Actualidad de Ana Navascués Sarratea sobre estas normas en este mismo número de la revista.

Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales *Real Decreto 1622/2011, de 14 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento sobre colaboración de las mutuas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre (BOE de 17 de noviembre de 2011)*

El Real Decreto 1622/2011 desarrolla la reforma del Texto Refundido de la Seguridad Social que simplificó las reservas que debían constituir las mutuas en relación con las contingencias profesionales. Asimismo, esta norma adapta la actuación de las mutuas, como titulares del capital social de la respectiva sociedad de prevención, a la modificación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales relativa al establecimiento de un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

Seguridad Social. Procedimiento recaudatorio *Real Decreto 1621/2011, de 14 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio (BOE del 17 de noviembre de 2011)*

El Real Decreto 1621/2011 modifica el reglamento general de recaudación de la Seguridad Social con base en la experiencia adquirida y a las nuevas necesidades de gestión.

Las notificaciones en materia de gestión recaudatoria se efectuarán mediante comparecencia en la sede electrónica de la Seguridad Social y se entenderán practicadas al acceder a su contenido en dicha sede si el acceso tiene lugar dentro de los diez días naturales siguientes a la puesta a disposición de la notificación correspondiente. Esta medida incluye también a los sujetos responsables del pago de deudas con la Seguridad Social que no estén obligados a incorporarse voluntariamente en el sistema de remisión electrónica de datos y a las mutuas.

La norma también autoriza a las entidades financieras para actuar como colaboradoras de la gestión recaudatoria en lo relativo al pago de obligaciones del sistema de la Seguridad Social.

Finalmente, cabe resaltar la extensión, al régimen de la responsabilidad subsidiaria, de la regulación relativa al inicio del expediente y a la emisión de la correspondiente reclamación de deuda prevista para la responsabilidad solidaria. Por otra parte, el procedimiento de enajenación de bienes embargados ha sido dotado de una regulación más detallada que prevé la adjudicación directa.

Relación laboral especial. Servicio del hogar familiar

Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (BOE de 17 de noviembre de 2011)

La integración del Régimen Especial de los Empleados del Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social ha justificado una nueva regulación laboral para el colectivo en cuestión.

La nueva regulación, que califica la relación laboral como de carácter especial, incide en materias como (i) la forma del contrato (en defecto de forma escrita, se presume a tiempo indefinido y jornada completa, si la duración excede las cuatro semanas); (ii) la remuneración (es de aplicación el SMI y, cuando se pacte remuneración en especie, se podrá descontar por tales conceptos el porcentaje acordado, hasta un máximo del 30% del salario total y siempre que se perciba, en metálico, el SMI en cómputo mensual); (iii) la jornada (máximo de 40 horas de trabajo efectivo por semana, sin perjuicio de las horas de presencia que pudieran ser acordadas); y (iv) el régimen de extinción del contrato (en caso de desistimiento del empleador, se establece un preaviso de hasta 20 días y una indemnización de 12 días de salario por año de servicio, con un máximo de 6 mensualidades).

El Real Decreto 1620/2011 será de aplicación a los contratos vigentes a la fecha de su entrada en vigor, el 18 de noviembre de 2011, excepto por la cuantía de la indemnización por desistimiento, que solo se aplicará a los suscritos con posterioridad a su entrada en vigor.

Entidades de Crédito. Transparencia y limitación de las remuneraciones

Circular 4/2011, de 30 de noviembre, del Banco de España, por la que se modifica la Circular 3/2008, de 22 de mayo, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos (BOE de 9 de diciembre de 2011)

La Circular 3/2008 del Banco de España culminó el proceso de adaptación de la legislación española de las entidades de crédito a las directivas comunitarias en materia de recursos propios. Ahora, el objetivo de la Circular 4/2011 es actualizar la Circular 3/2008 a los cambios legislativos posteriores a su publicación, en particular, a la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre, por la que se modifican las Directivas 2006/48/CE, 2006/49/CE y 2007/64/CE en lo que respecta a los bancos afiliados a un organismo central, a determinados elementos de los fondos propios, a los grandes riesgos, al régimen de supervisión y a la gestión de crisis, y a la Directiva 2010/76/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por la que se modifican las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE en lo que respecta a los requisitos de capital para la cartera de negociación y las retitulizaciones y a la supervisión de las políticas de remuneración.

En lo que respecta al ámbito laboral, la Circular 4/2011 incide particularmente en (i) la transparencia en la política de remuneraciones; (ii) los casos en los que las entidades deben contar con un Comité de Remuneraciones; y (iii) las limitaciones a la remuneración variable de aquellas entidades que hayan recibido apoyo financiero público.

A efectos de fortalecer los procedimientos de gobierno interno, la Circular 4/2011 añade un nuevo punto en el apartado 1 de la norma centésima quinta, relativo a la necesidad de que las

entidades de crédito dispongan de políticas y prácticas de remuneración coherentes con la promoción de una gestión del riesgo sólida y efectiva, en atención a lo dispuesto en el Real Decreto 216/2008 en materia de la política de remuneraciones de los empleados que puedan afectar el perfil de riesgo de la entidad con sus decisiones.

La Circular 4/2011 también prevé la reducción «considerable» de la remuneración variable cuando la entidad obtenga resultados financieros mediocres o negativos. Asimismo, las entidades acreedoras de apoyo financiero público deberán priorizar su devolución y la creación de una base sólida de capital, por lo que no podrán, sin previa autorización del Banco de España, satisfacer una remuneración variable a sus administradores y directivos.

En relación con la creación de un Comité de Remuneraciones en los términos del Real Decreto 216/2008, la Circular 4/2011 establece los casos en los que las entidades estarán obligadas a su creación (principalmente aquellas cuyos activos totales superen los 10.000 millones de euros), sin perjuicio de que el Banco de España pueda ordenar su creación cuando lo estime conveniente.

Finalmente, la Circular 4/2011 incorpora nuevas normas relativas a la publicación de las políticas y prácticas de remuneración de los administradores, altos directivos y empleados que asumen riesgos o aquellos que perciban una remuneración que los incluya en dichos baremos retributivos y la obligación de rendir información periódica sobre remuneraciones al Banco de España.

[Portugal]

Alterações ao cálculo das indemnizações por cessação do contrato de trabalho - Fundo de Compensação do Trabalho

Lei n.º 53/2011, de 14 de Outubro (DR 198, SÉRIE I, de 14 de Outubro de 2011)

A Lei n.º 53/2011 procede à segunda alteração ao Código de Trabalho («CT») destacando-se, em particular, a introdução de um novo critério para o cálculo da compensação devida ao trabalhador em várias modalidades de cessação do contrato de trabalho. Esta medida, prevista no «Memorando da Troika», é somente aplicável aos contratos celebrados a partir do dia 1 de Novembro de 2011.

A Lei em análise prevê, ainda, a subscrição de um fundo de compensação do trabalho pelo empregador, relegando a regulação do mesmo para legislação a aprovar no futuro.

(i) Alteração do cálculo da compensação

Para os contratos de trabalho celebrados a partir de 1 de Novembro de 2011, a compensação devida ao trabalhador pela cessação do contrato passa a corresponder a 20 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade (em caso de fração de ano, o montante da compensação continua a ser calculado proporcionalmente), nas seguintes situações:

- a) cessação, por decisão do empregador, da comissão de serviço de trabalhador que não se mantenha na empresa;
- b) resolução do contrato de trabalho pelo trabalhador nos trinta dias seguintes à decisão do empregador que ponha termo à comissão de serviço;
- c) resolução pelo trabalhador em caso de transferência definitiva do local de trabalho;
- d) caducidade dos contratos a termo promovida pelo empregador;
- e) caducidade do contrato por morte do empregador ou por extinção ou encerramento de empresa;
- f) cessação de contrato de trabalho por iniciativa do administrador da insolvência antes do encerramento definitivo do estabelecimento;
- g) despedimento coletivo;
- h) extinção do posto de trabalho e
- i) despedimento por inadaptação.

A Lei n.º 53/2011 clarifica que o valor diário da retribuição base e diuturnidades resulta da divisão do valor mensal destas parcelas por 30 (sem necessidade, portanto, de recorrer ao cálculo do valor horário), eliminou ainda o limite mínimo correspondente a três meses de retribuição base e diuturnidades e introduziu limites máximos do valor da compensação devida.

Assim, o valor da retribuição base mensal e diuturnidades a considerar para efeitos de cálculo da compensação não pode ser superior a 20 vezes a retribuição mínima mensal garantida (que em 2011 corresponde a € 485). Adicionalmente, o montante global da compensação não pode ser superior a 12 vezes a retribuição base mensal e diuturnidades do trabalhador ou, para os trabalhadores que auferem uma retribuição mensal superior a 20 vezes a retribuição mínima mensal garantida, 240 vezes o valor da retribuição mínima.

(ii) Fundo de Compensação do Trabalho

A Lei n.º 53/2011 prevê ainda a obrigatoriedade de os empregadores aderirem a um fundo de compensação do trabalho e efetuarem as contribuições devidas nos termos que vierem a ser fixados em legislação ulterior, uma vez que parte da compensação devida aos trabalhadores nas situações indicadas no ponto 1 supra será suportada pelo fundo a que o empregador tiver aderido.

Contudo, até à aprovação da referida legislação e à adesão do empregador a um fundo de compensação do trabalho, competirá exclusivamente ao empregador o pagamento da totalidade da compensação devida.

No futuro, sempre que sejam celebrados contratos de trabalho, os empregadores deverão comunicar, por escrito, aos trabalhadores e à Autoridade para as condições do trabalho ACT, a identificação do fundo de compensação do trabalho a que aderiram.

As empresas que recorrerem a trabalho temporário deverão ainda exigir às respetivas empresas de trabalho temporário que seja anexado ao contrato de utilização documento comprovativo da adesão ao fundo de compensação do trabalho, sob pena de responderem solidariamente pelo pagamento de parte da compensação que caberia ao fundo pela cessação do contrato de trabalho temporário.

As normas relativas ao fundo de compensação do trabalho só entrarão em vigor na data do início da vigência da legislação que regule este mesmo fundo de compensação do trabalho.

Transferência de fundos de pensões para a Segurança Social - Sector Bancário

Decreto-Lei n.º 127/2011, de 31 de Dezembro (DR 250-A, SÉRIE I, de 31 de Dezembro de 2011)

O Decreto-Lei n.º 53/2011 define as condições de responsabilização da Segurança Social pelas pensões em pagamento em 31 de Dezembro de 2011 previstas no regime de segurança social substitutivo constante de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho vigente no sector bancário.

O Decreto-Lei em análise visa, ainda, promover a transmissão para o Estado da titularidade do património dos fundos de pensões, na parte afeta à satisfação da responsabilidade pelas pensões anteriormente referidas, bem como definir os termos do financiamento pelo Estado da responsabilidade pelas pensões.

O referido Decreto-Lei estabelece, assim, a responsabilidade da Segurança Social e do Estado por um lado e a responsabilidade das instituições de crédito por outro.

(i) Responsabilidade da Segurança Social e do Estado

A Segurança Social assume, a partir de 1 de Janeiro de 2012, a responsabilidade pelas pensões a pagamento em 31 de Dezembro de 2011 que estejam previstas no regime de segurança social substitutivo constante de instrumento no sector bancário. A sua responsabilidade não abrange os benefícios complementares à Segurança Social.

O Estado é responsável pelo financiamento das pensões, incluindo os encargos administrativos, estando obrigado a transferir para a Segurança Social os respetivos montantes.

(ii) Responsabilidade das Instituições de Crédito

As instituições de crédito, através dos respetivos fundos de pensões, continuam a ser responsáveis pelo pagamento dos seguintes montantes:

- a) atualização das referidas pensões;
- b) contribuições patronais para os serviços de Assistência Médica-Social (SAMS) que incidem sobre as pensões de reforma e de sobrevivência;
- c) subsídio por morte;
- d) pensão de sobrevivência a filhos;
- e) pensão de sobrevivência a filhos e cônjuge sobrevivente;
- f) pensão de sobrevivência devida a familiar do atual reformado, cujas condições de atribuição ocorram a partir de 1 de Janeiro de 2012.

Em relação à transferência de valores dos fundos de pensões, estabelece o Decreto-Lei que a titularidade dos ativos dos fundos de pensões das respetivas instituições de crédito, na parte em que estejam afetas à satisfação da responsabilidade pelas pensões, deverá ser transmitida para o Estado. Os ativos a transmitir podem ser constituídos por numerário e por títulos da dívida pública portuguesa, com um limite máximo de 50% do valor desses ativos.

O valor dos ativos a transmitir deverá ser igual ao valor das responsabilidades assumidas pela Segurança Social, sendo o valor atual dessas responsabilidades apurado da seguinte forma: as instituições de crédito fazem um apuramento provisório, reportado a 31 de Dezembro de 2011, valor esse que tem que ter sido comunicado ao Ministério das Finanças até 15 de Dezembro de 2011. O valor definitivo será determinado por uma entidade independente a contratar pelo referido Ministério.

As instituições de crédito têm que ter transmitido, até 31 de Dezembro de 2011, o valor equivalente a, pelo menos, 55% do valor provisório e deverão transmitir o valor remanescente para completar o valor atual definitivo até ao dia 30 de Junho de 2012. A transferência destes valores determina a extinção definitiva e irreversível das responsabilidades das instituições de crédito para com os reformados e pensionistas, assumidas pela Segurança Social e pelo Estado.

O pagamento das pensões é assegurado pelo Instituto da Segurança Social, I.P. através do Centro Nacional de Pensões, embora aquelas sejam processadas aos respetivos titulares pelas instituições de crédito.

Os gastos e variações patrimoniais negativas registados em consequência da transferência de responsabilidades com pensões para a Segurança Social, que não tenham sido deduzidos em períodos de tributação anteriores, são considerados dedutíveis para efeitos de apuramento do lucro tributável nos períodos de tributação que se iniciem em ou após 1 de Janeiro de 2012.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Vacaciones e incapacidad laboral de larga duración

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 22 de noviembre de 2011

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») resuelve una cuestión prejudicial relativa a la interpretación del artículo 7.1 de la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. En concreto, la sentencia determina la compatibilidad del citado artículo de la Directiva 2003/88/CE con disposiciones nacionales que prevean la extinción del derecho a vacaciones anuales retribuidas al finalizar su periodo de devengo o aplazamiento en supuestos de incapacidad laboral de larga duración.

En relación con lo anterior, el TJUE ha matizado su doctrina, de acuerdo a la cual el artículo 7.1 de la Directiva 2003/88/CE no se opone a aquellas normas nacionales que prevean la pérdida del derecho a vacaciones anuales retribuidas al término de su periodo de devengo o aplazamiento, siempre que el trabajador hubiera tenido la posibilidad de disfrutarlas.

El TJUE ha entendido compatible con el artículo 7.1 de la citada directiva una norma nacional que prevea la no acumulación de las vacaciones anuales retribuidas durante las incapacidades laborales de larga duración, y su consiguiente pérdida al finalizar su periodo de devengo o aplazamiento. De acuerdo con esta sentencia, una acumulación de esta naturaleza no respondería a la finalidad del derecho a las vacaciones anuales retribuidas.

[España]

Actividades especialmente peligrosas. Deber de vigilancia del empresario

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2011

El TS ha recordado su doctrina de acuerdo a la cual, en supuestos de actividades especialmente peligrosas, como la construcción, el deber de diligencia del empresario debe extenderse más allá de las previsiones legales y reglamentarias.

En la presente sentencia, el TS analiza el accidente sufrido por un trabajador que no había utilizado las medidas de protección puestas a su disposición por la empresa. En su razonamiento, el TS estima que poner a disposición de los trabajadores las medidas de seguridad necesarias no es suficiente para eximir al empresario de su responsabilidad en caso de accidente.

Si bien concurre la culpa del trabajador por no adoptar las medidas de seguridad previstas por el empresario, su culpa no rompe el nexo causal entre la falta de diligencia del empresario en el cumplimiento de sus obligaciones de vigilancia y el accidente, y, por tanto, no exime la responsabilidad empresarial.

Incumplimiento de pacto de permanencia. Indemnización por la formación especializada recibida

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 de septiembre de 2011

El TS ha declarado que el incumplimiento voluntario de un pacto de permanencia puede obligar a un trabajador a indemnizar a la empresa por la formación especializada que haya recibido, pero que esta indemnización no puede extenderse a la formación ordinaria.

El TS ha entendido que una interpretación sistemática de los artículos 4.2.b del Estatuto de los Trabajadores («ET») —que reconoce el derecho a la formación profesional en el trabajo—, y 21.4 del mismo texto legal —que prevé la suscripción de pactos de permanencia cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario—, implica que, en caso de incumplimiento del pacto de permanencia, solo la formación especializada pueda ser objeto de indemnización, debiendo excluirse el coste de la formación ordinaria.

Depósito de la indemnización por despido. Competencia de los Juzgados de lo Social del domicilio de la empresa

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 30 de junio de 2011

Esta causa trae a colación la cuestión del Juzgado competente para efectuar la consignación de la indemnización por despido improcedente, en aquellos supuestos en los que el lugar de la prestación de los servicios no coincide con el del domicilio de la empresa.

El TS ha entendido, a la luz de los fueros alternativos contemplados en el artículo 10.1 de la Ley de Procedimiento Laboral para conocer las demandas de despido, que el depósito de la indemnización realizado ante cualquiera de los Juzgados tiene la eficacia prevista en el artículo 56.2 del ET. De lo contrario, razona el TS, se dejaría al arbitrio del trabajador la validez limitadora del depósito.

Fijación unilateral del periodo vacacional. Necesaria negociación con los representantes de los trabajadores

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 22 de junio de 2011

El propósito de este litigio fue valorar la legalidad de la decisión empresarial de fijar unilateralmente el periodo de disfrute vacacional en el mes de agosto, en el marco del artículo 38.2 del ET.

La Audiencia Nacional («AN») ha recordado que la regla general establecida en el ET para la fijación del periodo vacacional es el acuerdo entre el empresario y el trabajador, sin perjuicio de lo que puedan establecer los convenios colectivos en la materia, que debe atender a las necesidades de descanso de los trabajadores y los intereses empresariales. A la vista de lo anterior, la AN anuló las instrucciones dictadas unilateralmente por la empresa, obligando a las partes a negociar la fijación del periodo vacacional con arreglo a la Ley.

Condición más beneficiosa. Modificación unilateral de horarios

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 13 de junio de 2011

El objeto de la presente sentencia es determinar si los trabajadores de una empresa disfrutaban de una condición más beneficiosa por el hecho de fichar antes de llegar a su puesto de trabajo (computándose el cambio de los EPI como tiempo de trabajo) y si, por el cambio del sistema de fichaje (computándose desde la entrada al puesto), se ha producido una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

La Sala consideró que la práctica empresarial (computar el cambio de los EPI como tiempo de trabajo) supone una mejora respecto a lo establecido estatutariamente y, por tanto, verificó la existencia de una condición más beneficiosa. Asimismo, la AN entendió que, desde el momento en que se obliga a los trabajadores a incrementar su presencia en la empresa sin que ello obedezca a causas objetivas, se está produciendo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que exige seguir el cauce legalmente previsto.

Distribución irregular de jornada. Implantación a través de acuerdos individuales masivos

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 9 de mayo de 2011

La AN ha recordado que la distribución irregular de la jornada de trabajo no puede implantarse a través de acuerdos individuales masivos con los trabajadores.

Por una parte, en defecto de regulación expresa en el convenio colectivo de aplicación, dichas modificaciones deben acordarse con los representantes de los trabajadores. Y por otra, en caso de que la decisión empresarial entrañe la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo estatutario, es necesario que se lleve a efecto por acuerdo entre la empresa y los representantes legales o sindicales de los trabajadores.

Medios de prueba. Grabaciones audiovisuales y de sonido de conversaciones entre el empresario y un tercero

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 8 de julio de 2011

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, siguiendo la línea jurisprudencial sentada por el Tribunal Constitucional («TC»), declara que la grabación de las conversaciones del empresario sobre la prestación de los servicios del trabajador y sobre la decisión de proceder con un despido, pueden ser admitidas como medios de prueba y no deben considerarse, a priori, como medios probatorios que atentan contra el secreto de las comunicaciones, el derecho al honor, la intimidad personal y a la propia imagen. Sin embargo, su admisibilidad debe estar condicionada, como ha sentado el TC, a que se cumplan los requisitos de proporcionalidad y necesidad.

[Portugal]

Proteção da maternidade – Comunicação da gravidez

Acórdão de 12 de Setembro de 2011 (processo n.º 963/08.8TTPRT.P1) – Tribunal da Relação do Porto

O acórdão em apreço foi proferido no âmbito do recurso de uma ação declarativa através da qual a trabalhadora pretendeu que fosse declarado inválido o procedimento disciplinar de que foi alvo.

A trabalhadora alegou que o procedimento disciplinar era inválido na medida em que, encontrando-se grávida, o empregador não havia solicitado o parecer à Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (doravante, a «CITE»), incumprindo o disposto no artigo 51.º do Código de Trabalho («CT») de 2003. De acordo com este preceito legal, o despedimento de trabalhadora grávida carece obrigatoriamente de parecer prévio da entidade que tenha competência na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, sob pena de invalidade do despedimento.

De acordo com o artigo 34.º do CT de 2003, deve entender-se por trabalhadora grávida toda a trabalhadora que informe o empregador do seu estado de gestação, por escrito e com apresentação de atestado médico, não podendo tais formalidades ser dispensadas.

Ora, a trabalhadora não comunicou por escrito o seu estado de gravidez nem apresentou o competente atestado médico.

Como invocou o Tribunal da Relação de Porto («TRP»), por um lado, o artigo 220.º do Código Civil («CC») comina com o desvalor da nulidade todas as declarações que não revistam a forma legalmente prescrita. Por outro lado, de acordo com o artigo 364.º do CC, sempre que a lei exija, como forma de declaração negocial, documento autêntico, autenticado ou particular (como o atestado médico), não pode este ser substituído por outro meio de prova ou por outro documento que não seja de força probatória superior. O TRP considerou, assim, que a necessidade de comunicação por escrito do estado de gravidez constitui uma formalidade ad substantiam, isto é, a declaração só será eficaz se revestir a forma prescrita pela lei.

Não obstante a trabalhadora ter comunicado verbalmente a sua condição de grávida, não cumpriu o ónus que impedia sobre si.

O TRP destacou que a notoriedade da gravidez (de resto, não provada nos autos) não releva para a dispensa das formalidades prescritas, em especial numa situação em que a grande dimensão da entidade empregadora não permite uma relação de proximidade entre o trabalhador e os responsáveis pela instituição.

O Tribunal conclui que, não tendo a trabalhadora feito a devida comunicação, se afigura irrelevante averiguar se o empregador solicitou o parecer da CITE, improcedendo o argumento de invalidade do procedimento disciplinar.

A presente decisão foi tomada no âmbito da vigência do CT 2003. Ora, apesar de o CT 2009 conter uma norma idêntica à do artigo 34.º do CT 2003, determina que o regime de proteção de parentalidade seja aplicável desde que o empregador tenha conhecimento da situação ou do facto relevante, não exigindo para o efeito o cumprimento de qualquer requisito de forma.

Isenção de horário de trabalho – Caso de impossibilidade de cessação do pagamento do respetivo subsídio

Acórdão de 21 de Setembro de 2011 (processo n.º 3125/083.OTLSB.L1-4) – Tribunal da Relação de Lisboa

No presente acórdão, o Tribunal da Relação de Lisboa («TRL») pronunciou-se sobre a questão de saber se a cessação do pagamento de subsídio de isenção de horário de trabalho viola o princípio da irredutibilidade da retribuição, princípio segundo o qual o empregador não pode reduzir unilateralmente a retribuição a pagar ao trabalhador.

A trabalhadora parte no processo em análise tinha uma categoria profissional à qual estava associado um regime de isenção de horário de trabalho e a atribuição do correspondente subsídio.

Posteriormente, a trabalhadora veio a titular uma nova categoria profissional (desta feita, não sujeita a um regime de isenção de horário), tendo o empregador garantido que as suas condições remuneratórias se manteriam inalteradas.

A trabalhadora continuou a receber, para além da remuneração base, o referido subsídio por isenção de trabalho. Sucede, porém, que, a dado momento, a entidade empregadora deixou de processar o referido subsídio, invocando que já não se verificavam os motivos que tinham justificado a atribuição do mesmo.

Assim, a trabalhadora pretende que o empregador seja condenado a pagar-lhe os subsídios de isenção de horário de trabalho vencidos e em dívida.

O TRL referiu que o subsídio de IHT é uma retribuição específica, contrapartida de situação funcional reversível (o regime de isenção de horário de trabalho), pelo que não está abrangida pela proteção do princípio da irredutibilidade da retribuição.

Todavia, no caso em análise, o Tribunal considerou que, tendo o empregador garantido à trabalhadora que as suas condições remuneratórias se manteriam inalteradas, aquele não podia retirar unilateralmente e deixar de processar o subsídio por isenção do horário de trabalho.

Redução das remunerações no sector público – constitucionalidade das normas da Lei do Orçamento do Estado para 2011

Acórdão n.º 396/2011, de 17 de Outubro de 2011 – Tribunal Constitucional (DR 199, SÉRIE II, de 17 de Outubro de 2011)

Por iniciativa de um grupo de deputados à Assembleia da República («AR»), o Tribunal Constitucional («TC») foi chamado a pronunciar-se sobre a conformidade com a Constituição da República Portuguesa («CRP») das disposições da Lei do Orçamento do Estado para 2011 (Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro) que consagraram uma redução das remunerações totais líquidas mensais superiores a € 1.500 auferidas, entre outros, pelos titulares de órgãos de soberania, pelos gestores públicos e pelos trabalhadores na Administração central, regional e local do Estado e nas empresas, fundações e estabelecimentos públicos.

O TC ponderou os seguintes princípios avançados pelos deputados que requereram a fiscalização da constitucionalidade: (i) princípio da irredutibilidade dos salários; (ii) princípio da proteção da confiança e (iii) princípio da igualdade.

Nestes termos e em primeiro lugar, o TC concluiu que inexistente na CRP uma garantia de irredutibilidade dos salários, encontrando-se tal regra unicamente expressa na lei ordinária (no CT e no Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas). Acresce que a garantia de irredutibilidade prevista nas normas infraconstitucionais não é absoluta, podendo ser restringida em função da necessidade de salvaguardar interesses públicos relevantes. Assim, o TC concluiu que não se verifica inconstitucionalidade quanto a este aspeto.

Quanto à alegada violação do princípio da proteção da confiança (profundamente relacionado com o valor da segurança jurídica e com o princípio do Estado de Direito democrático), o TC reconheceu que, apesar de as reduções em causa serem significativas, a grave conjuntura atual de gestão dos recursos públicos, que reveste absoluta exceção, justifica que não se tutele de modo absoluto as expectativas dos funcionários públicos de não retrocesso do seu nível remuneratório.

Por fim, o TC decidiu que as medidas em apreço não consubstanciam violações do princípio da igualdade, na medida em que, não obstante visarem exclusivamente os funcionários da Administração Pública (excluindo, pois, os trabalhadores com remunerações por prestação de atividade laboral subordinada nos sectores privado e cooperativo e os trabalhadores por conta própria), apenas atingem os trabalhadores que auferem salários mais elevados (superiores a € 1.500 euros mensais líquidos). O princípio da igualdade não impõe que os cidadãos tenham de contribuir de igual forma para a prossecução do interesse público (neste caso, a reversão da grave situação financeira que assola o país). Na verdade, tal significaria que o decisor político apenas poderia adotar medidas de carácter fiscal (i.e., de aumento de receita) em detrimento de medidas alternativas como a aqui em apreço (como forma de diminuir a despesa pública), o que representaria uma contração significativa da margem de livre decisão que cabe ao decisor democraticamente eleito. Tanto mais que são distintos os efeitos colaterais advenientes da adoção de políticas de reforço da cobrança tributária dos resultantes da redução da despesa estadual.

A este propósito, o TC afirma ainda que quem auferir remunerações provenientes de dinheiros públicos não se encontra em situação de perfeita igualdade em face dos demais cidadãos, encontrando-se os funcionários públicos especialmente vinculados ao princípio constitucional da prossecução do interesse público. Assim, o sacrifício que se lhes impõe afigura-se plenamente justificado.

A decisão do TC não foi proferida por unanimidade, tendo três Juízes Conselheiros lavrado votos de vencido.

O Conselheiro Carlos Pamplona de Oliveira defende a inconstitucionalidade das normas em apreço por violação do princípio do Estado de Direito Democrático, em conjugação com o princípio de igualdade. O referido juiz entende que merecem proteção constitucional as expectativas que os cidadãos legitimamente têm na manutenção das condições remuneratórias já alcançadas. O legislador está autorizado a alterar as condições remuneratórias dos funcionários públicos, mas apenas o poderá fazer de modo não arbitrário e com vista a garantir a prossecução de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Ora, no entender do citado Conselheiro, os interesses públicos que motivaram a redução salarial dizem respeito à generalidade dos cidadãos e não somente aos funcionários públicos, grupo que, todavia, é o exclusivamente afetado pela medida em análise.

Por seu turno, o Conselheiro Cunha Barbosa discordou da posição que fez vencimento, defendendo que não se justifica o sacrificio que é imposto, neste tocante, unicamente aos funcionarios públicos à luz dos principios da igualdade e da confianza.

Por fim, o Conselheiro Cura Mariano, reconhecendo embora a premência do interesse público que se visa prosseguir, entendeu que as normas em causa são desproporcionais, na medida em que o reforço das medidas tributárias (ao invés da redução salarial dos funcionarios do Estado) consubstanciaria una medida menos gravosa e mais justa a adotar, já que o sacrificio seria repartido por todos os cidadãos e não apenas pela estrita categoria dos servidores do Estado.

MARÍTIMO, TRANSPORTE Y LOGÍSTICA*

1. LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Marítimo. Investigación de accidentes

Reglamento (UE) 1286/2011 de la Comisión de 9 de diciembre de 2011, por el que se adopta, con arreglo al artículo 5, apartado 4, de la Directiva 2009/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, una metodología común para la investigación de siniestros e incidentes marítimos (DOUE L 328, de 10 de diciembre de 2011)

El anexo del presente Reglamento establece la metodología común para la investigación de siniestros e incidentes marítimos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, apartado 4, de la Directiva 2009/18/CE, proporcionando una metodología común a los organismos de investigación de los Estados miembros para que realicen investigaciones en materia de seguridad marítima de acuerdo con la citada Directiva.

La metodología tiene como objetivo establecer un planteamiento común aplicable a todas las investigaciones de la Directiva de forma que, aplicando esta metodología de investigación, y todo ello unido a un planteamiento objetivo y sistemático, el organismo de investigación deberá estar en condiciones óptimas para extraer conclusiones de cada uno de los accidentes y mejorar así la seguridad marítima.

El anexo desarrolla la metodología propuesta en su apartado B (evaluación inicial y respuesta, estrategia y recogida de pruebas, análisis, recomendaciones en materia de seguridad, informes y seguimiento) a los efectos de buscar las condiciones subyacentes que puedan originar otras incidencias en el futuro.

Aéreo. Control del tráfico

Reglamento de Ejecución (UE) 1035/2011 de la Comisión de 17 de octubre de 2011 por el que se establecen requisitos comunes para la prestación de servicios de navegación aérea y se modifica el Reglamento (CE) 482/2008 y el Reglamento (UE) 691/2010 (DOUE L 271, de 18 de octubre de 2011)

El presente Reglamento, que deroga el Reglamento (CE) 2096/2005 (al amparo del cual se había dictado el Real Decreto 931/2010), establece los requisitos que han de cumplir los proveedores de servicios de navegación aérea para obtener la correspondiente certificación, requisitos cuyo

* Esta sección está coordinada por Tomás Fernández-Quirós y Julio López Quiroga, y en su elaboración han participado Alfredo Cabellos, Antonio Quirós, Ana Pocklington, Luz Martínez de Azcoitia, Hannah de Bustos, Manuel Varela y M^a João Rodrigues Dias del Grupo de Coordinación de Marítimo, Transporte y Logística de Uría Menéndez (Madrid y Oporto).

continuo cumplimiento debe ser objeto de verificación e inspección por parte de las autoridades nacionales. El Reglamento establece, asimismo, aquellos supuestos en los que compete a la Agencia Europea de Seguridad Aérea la certificación de los proveedores de navegación aérea.

Se establecen unos requisitos comunes que han de ser cumplidos por todos los proveedores de servicios de navegación aérea y, además, unos requisitos específicos exigibles a los proveedores de servicios de tránsito aéreo (ATS), de servicio meteorológico, de servicios de información aeronáutica (AIS) y de servicios de comunicación, navegación y vigilancia (CNS). Se regulan también las condiciones bajo las que pueden otorgarse certificados limitados por aplicarse determinadas exenciones a aquellos proveedores que opten por no acogerse a la posibilidad de prestar servicios transfronterizos y renunciar al reconocimiento mutuo dentro del cielo único europeo.

[España]

Marítimo. Puertos *Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (BOE de 20 de octubre de 2011)*

Véase comentario de esta norma que se incluye en esta misma sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» (Administrativo). También el resumen de las principales novedades del texto refundido lo encontramos en el artículo que se inserta en la sección «Foro de Actualidad» de este mismo número de la *Revista*.

Marítimo. Seguro de responsabilidad civil *Real Decreto 1616/2011, de 14 de noviembre, por el que se establece y regula la cobertura de responsabilidad de que deben disponer los propietarios de buques civiles para cubrir las reclamaciones de Derecho marítimo (BOE de 15 de noviembre de 2011)*

El presente Real Decreto, que desarrolla la Directiva 2009/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, establece la obligación para todos los buques españoles o extranjeros (si estos navegan por aguas territoriales españolas), con un arqueo igual o superior a 300 toneladas de registro bruto, de disponer de un seguro de indemnización del tipo que facilitan actualmente los miembros del Grupo Internacional de Clubes de Protección e Indemnización (P&I), u otras formas similares de cobertura.

En ausencia de esta cobertura de seguro, el propietario se expondrá a las sanciones previstas en el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, así como a la expulsión o denegación de entrada a puertos españoles.

Marítimo. Puertos *Decreto 368/2011, de 20 de diciembre, de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda, por el que se establece el régimen jurídico de los servicios públicos portuarios, de las actividades comerciales e industriales, y de las tasas de los puertos de Andalucía (BOJA de 31 de diciembre de 2011)*

Este reglamento además de desarrollar el régimen jurídico de cada una de las tasas establecidas en la Ley 21/2007, de 18 de diciembre, de Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía, regula, por otro lado y con un espíritu integrador, lo relativo a los servicios portuarios y actividades comerciales e industriales. En este sentido, cabe reseñar los principios de objetividad y transparencia que informan la adjudicación de los contratos de atraque (artículo 7) y la regulación del contrato de atraque denominado de base y de larga duración, que podrá celebrarse por un periodo máximo de hasta treinta años (artículo 8).

Terrestre. Transporte regular de viajeros por carretera *Real Decreto 1387/2011, de 14 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (BOE de 29 de octubre de 2011)*

Esta norma añade un artículo 90.bis al Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, que establece una nueva forma de colaboración entre concesionarios de servicios regulares permanentes de transporte de viajeros.

Así, la Dirección General de Transporte Terrestre podrá autorizar que las expediciones correspondientes a una concesión atiendan tráficos de otra, recogiendo y dejando viajeros en las paradas que tenga en común en aquellos tramos en que los itinerarios de ambas sean coincidentes. En todo caso, deberá acreditarse el acuerdo entre concesionarios, quienes deberán formular la solicitud de aprobación de forma conjunta.

**Terrestre.
Arrendamiento
de vehículos**

Orden FOM/3203/2011, de 18 de noviembre, que modifica la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero de 2008, que desarrolla la sección segunda del capítulo IV del título V, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre de 1990 (BOE de 24 de noviembre de 2011)

Esta nueva Orden revisa determinados aspectos de la Orden de 2008, en especial los relativos a las características de los vehículos y a las condiciones de prestación de los servicios.

Se refuerzan, en primer lugar, los requisitos establecidos para el otorgamiento de las autorizaciones, estableciendo un importe mínimo asegurado de 50 millones de euros para responder de la eventual responsabilidad civil derivada por daños causados a viajeros. Asimismo, la nueva Orden trata de asegurar que los vehículos se utilicen habitualmente en la prestación de servicios destinados a atender necesidades relacionadas con el territorio en el que se encuentre domiciliada la autorización en que se amparan, exigiéndose que estos supongan, al menos, el 80% de los servicios prestados cada mes.

Finalmente, con objeto de reducir la documentación que debe ir a bordo del vehículo, se establece la suficiencia de la copia acreditativa del contrato, sin ser necesario portar la hoja de ruta, siempre que aquel refleje todos los datos obligatorios de esta última.

Aéreo. Aeropuertos

Real Decreto 1238/2011, de 8 de septiembre, por el que se regula el servicio de dirección en la plataforma aeroportuaria (BOE de 30 de septiembre de 2011)

Si bien el servicio de dirección en la plataforma de los aeropuertos ha venido siendo tradicionalmente prestado por los servicios de tránsito aéreo de aeródromo, se trata de un servicio aeroportuario y no de navegación aérea. El servicio de dirección en plataforma tiene por objeto gestionar las actividades y movimientos de las aeronaves en dicha zona del aeropuerto, también denominada rampa, distinta del área de maniobras.

Conforme al Real Decreto, el servicio de dirección de plataforma, que debe ser facilitado por el gestor de la infraestructura aeroportuaria en aquellos aeropuertos que cumplan los requisitos establecidos en esta norma, podrá ser prestado bien directamente por dicho gestor aeroportuario (el certificado de aeropuerto acredita al gestor para realizar este servicio) mediante personal cualificado conforme a esta norma, bien por un proveedor de servicios de dirección de plataforma, o bien por el proveedor designado para la prestación de servicios de tránsito aéreo.

**Aéreo. Derechos
de tráfico**

Real Decreto 1678/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula la información sobre los derechos de tráfico aéreo procedentes de los acuerdos con terceros Estados en los que España sea parte y el régimen de su ejercicio (BOE de 15 de diciembre de 2011)

El Real Decreto establece el procedimiento de asignación a las compañías aéreas de los derechos de tráfico que pueden operarse en la realización de transportes aéreos internacionales al amparo de los convenios internacionales en los que España sea parte. El procedimiento establecido resulta de aplicación respecto de aquellos convenios, bilaterales o multilaterales, que establecen limitaciones (de compañías, frecuencias, etc.) a la explotación de los derechos que resultan de tales convenios. Así, de no establecerse limitaciones, la explotación de los derechos de tráfico no requerirá la tramitación de dicho procedimiento, aunque sí la aprobación, por parte de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, del correspondiente programa de servicios.

Las solicitudes de las compañías aéreas que deseen explotar los derechos de tráfico al amparo de un convenio que establezca limitaciones, deberán acompañarse, entre otros, de un proyecto operativo. El procedimiento se tramita ante la Dirección General de Aviación Civil, órgano com-

petente para resolver sobre la asignación, sin perjuicio del recurso de alzada que cabe frente a dicha resolución.

[Portugal]

Recesso da Convenção Internacional para a Unificação de Certas Regras Relativas aos Privilégios e Hipotecas Marítimos

Aviso n.º 194/2011 (DR 181 1.ª série de 2011-09-20)

O Aviso n.º 194/2011, de 20 de Setembro de 2011 («Aviso 194/2011») torna público que a República Portuguesa depositou o instrumento de recesso da Convenção Internacional para a Unificação de Certas Regras Relativas aos Privilégios e Hipotecas Marítimas, assinada em Bruxelas, em 10 de Abril de 1926 («Convenção de Bruxelas de 1926»), conforme aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 40/2011, de 16 de Março, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 23/2011, de 16 de Março de 2011.

O recesso justificou-se pela desatualização da Convenção de Bruxelas de 1926 e tomou em consideração as suas implicações, nomeadamente quanto à escala de graduação das dívidas com privilégios sobre os navios, porquanto as suas regras se haviam tornado um desincentivo para o registo de navios sob bandeira nacional.

De acordo com o Aviso n.º 194/2011, o recesso produz efeitos a partir de 13 de Maio de 2012.

2 · JURISPRUENCIA

[España]

Marítimo. Salvamento

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de octubre de 2011

En esta sentencia nuestro TS analiza un supuesto de salvamento de una draga en el que, en diferente medida, participaron cuatro buques. Mientras el Tribunal Marítimo Central calificó la actuación de uno de estos buques como salvamento, la actuación de los tres restantes fue calificada de auxilio. Sobre esta base, el armador de uno de estos tres buques, insatisfecho con la retribución que le fue concedida por el Tribunal Marítimo Central, recurrió su resolución y llegó hasta casación, pretendiendo que si el servicio prestado por su buque no fue un simple remolque debió ser reconocido como salvamento —con el mayor premio que por este corresponde—, toda vez que no existe legalmente una categoría jurídica independiente y diferenciada de auxilio.

El TS desestima el recurso sobre la base de que la distribución de las remuneraciones entre los distintos salvadores practicada por el Tribunal Marítimo Central y confirmada por las sucesivas instancias no obedeció a la cuestión nominativa del tipo de actuación, sino a las distintas circunstancias concurrentes en esta. Por otro lado, nuestro alto tribunal reitera la doctrina según la cual las resoluciones del Tribunal Marítimo Central gozan de una presunción de acierto, fundada en la preparación técnica y especialización de sus miembros, y que el importe total del premio fijado en sus resoluciones o la distribución de dicho premio entre los participantes en la maniobra, solo puede ser rectificado cuando se acredite la falta de apreciación de hechos determinantes o una falta de proporcionalidad que facilite enriquecimientos injustificados.

Aéreo. Derechos de los pasajeros

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, de 5 de octubre de 2011

En esta sentencia la Audiencia Provincial estima un recurso de apelación, revocando parcialmente la sentencia de instancia que declaraba el carácter abusivo de la cláusula contractual dispuesta por una compañía aérea de bajo coste, en virtud de la cual el pasajero debía llevar impresa la tarjeta de embarque para poder viajar, so pena de sufrir una penalización de 40 euros. Entiende la Audiencia Provincial que la cláusula contractual en cuestión no es

contraria a la normativa protectora de consumidores y usuarios por no imponer un gravamen desproporcionado, implicar un desequilibrio importante entre las prestaciones ni limitar de manera injustificada los derechos del pasajero. Se trata, según la Audiencia, de un pacto amparado por la libertad contractual, del que el pasajero es suficientemente informado y cuya aplicación (la penalización) puede evitar con una mínima diligencia.

Contra la decisión mayoritaria de la Sala se formula un voto particular que considera abusiva la cláusula objeto de controversia.

Aéreo. Derechos de los pasajeros

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.ª, de 7 de octubre de 2011

Estimando el recurso de apelación interpuesto, la Audiencia Provincial analiza los requisitos que deben concurrir para que un pasajero tenga derecho a las prestaciones por denegación de embarque (*overbooking*) de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 261/2004 y concluye que la facturación no es uno de estos requisitos, bastando que el pasajero se presente para facturar con la debida antelación, sin que resulte necesario que se complete el proceso de facturación.

Añade la sentencia que el proceso de facturación puede resultar relevante como mecanismo para acreditar la denegación de embarque, pero esta prueba puede ser alcanzada por otros medios. En el caso de autos, la aerolínea había reconocido que el avión despegó con solo una plaza libre, mientras que los demandantes con billete para ese vuelo eran dos, por lo que, la existencia de sobreventa resultaba innegable. En estas circunstancias, el único hecho que quedaba por probar es la presentación para el embarque con la antelación pactada, y en el relato fáctico que consta en autos quedaba suficientemente acreditado.

MEDIO AMBIENTE*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Comercio de derechos de emisión. Sectores y subsectores con riesgo de fuga de carbono

Decisión 299/2011/UE, de 11 de noviembre, de la Comisión, por la que se modifican las Decisiones 2010/2/UE y 2011/278/UE en lo que se refiere a los sectores y subsectores que se consideran expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono (DOUE L 299/2011, de 17 de noviembre)

La Decisión 299/2011/UE actualiza la lista de sectores y subsectores que se consideran expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono aprobada originalmente mediante Decisión 2010/2/UE. La Decisión 299/2011/UE modifica también el anexo I de la Decisión 2011/278/UE por la que se determinan las normas transitorias de la Unión Europea para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión con arreglo al artículo 10 bis de la Directiva 2003/87/CE.

De conformidad con la Decisión 299/2011/UE, los Estados miembros deberán adoptar las medidas administrativas adecuadas, incluido el nombramiento de la autoridad o autoridades competentes, de conformidad con el artículo 18 de la Directiva 2003/87/CE, para la aplicación de las normas contenidas en la propia Decisión.

* Esta sección de Derecho de Medio Ambiente ha sido coordinada por Daniel Vázquez García, y en su elaboración han participado Jesús Andrés Sedano Lorenzo, Álvaro Díaz-Guardamino, Esther Lumberas Sancho y Jara Evangelio Oñoro, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

Comercio de derechos de emisión. Volumen de derechos por subastar antes de 2013 *Reglamento (UE) n.º 1210/2011 de la Comisión de 23 de noviembre de 2011 por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1031/2010, en particular con el fin de determinar el volumen de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero por subastar antes de 2013 (DOUE L 308/2011, de 24 de noviembre)*

Modifica el Reglamento (UE) n.º 1031/2010 sobre el calendario, la gestión y otros aspectos de las subastas de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero con arreglo a la Directiva 2003/87/CE, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión Europea.

Estas modificaciones se llevan a cabo con el objeto de determinar el volumen de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero a subastar antes de 2013, y versan principalmente sobre los criterios y factores a determinar a la hora de fijar los volúmenes objeto de subasta en 2011 y en 2012, y sobre los calendarios para la subasta de derechos de emisión de 2012.

Calidad del aire. Planificación *Plan Nacional de Mejora de la Calidad del Aire (aprobado en el Consejo de Ministros del 4 de noviembre de 2011)*

El Consejo de Ministros aprobó el pasado 4 de noviembre el Plan Nacional de Mejora de la Calidad del Aire con el objetivo de impulsar un modelo de desarrollo y bienestar sostenible basado en la innovación y la eficiencia y que, además, mejora la calidad de la información que recibirá la población. El objetivo final de este Plan es conseguir centros urbanos saludables a través de la peatonalización, al tiempo que fomentar las alternativas de movilidad y el uso racional del vehículo privado.

El Plan incluye noventa medidas estructuradas por áreas de actuación. Prioritariamente, establece una serie de líneas de actuación tendentes a asegurar el cumplimiento de los valores límite de PM₁₀ (material particulado) y NO₂ (dióxido de nitrógeno), y la reducción simultánea de precursores del ozono.

Para ello, se propone la adopción de una serie de medidas en los principales sectores emisores y otras medidas de sensibilización para informar a la ciudadanía y para que formen parte de las posibles soluciones.

En el año 2013, a la vista de los resultados alcanzados, se revisarán los objetivos del Plan y se actualizarán las medidas.

Andalucía. Gestión y planificación de la biodiversidad *Acuerdo de 27 de septiembre de 2011 del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía (BOJA de 13 de octubre de 2011)*

Aprueba la *Estrategia Andaluza de Gestión Integrada de la Biodiversidad*, que establece los principios y las líneas de acción a seguir en relación con la gestión de la biodiversidad en la comunidad autónoma de Andalucía en el marco del Convenio de la ONU sobre la Diversidad Biológica, la Estrategia Pan-Europea para la Diversidad Biológica y Paisajística del Consejo de Europa, la Estrategia de la Comunidad Europea en Materia de Biodiversidad y la Estrategia Española para la Conservación y el Uso Sostenible de la Diversidad Biológica.

En conjunto, la Estrategia promueve el enfoque global y ecosistémico en la gestión de la biodiversidad. Además, desde el punto de vista operativo, uno de los principales retos de la Estrategia es favorecer el reconocimiento del valor de la biodiversidad andaluza: por un lado, asociado al valor intrínseco de la diversidad biológica y, por otro, vinculado a su dimensión humana, social y económica.

La Estrategia Andaluza de Gestión Integrada de la Biodiversidad constituye el núcleo fundamental que articula y define la política andaluza en materia de patrimonio natural. Este núcleo se complementa con el desarrollo de otras dos Estrategias recientemente iniciadas por la propia Junta de Andalucía, como son la Estrategia Andaluza de Gestión Integrada de la Geodiversidad y la Estrategia Andaluza de Sostenibilidad Urbana. La aplicación coordinada de estos tres instrumentos tiene como objeto garantizar el uso sostenible de los recursos naturales y los servicios ambientales en Andalucía.

2 · JURISPRUDENCIA

Denegación de amparo constitucional solicitado por ciudadano que habitó durante años en una zona acústicamente saturada. Falta de acreditación del nivel de ruidos excesivos en el interior de la vivienda

Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 2011

Esta sentencia se refiere a la solicitud de amparo constitucional solicitada por un vecino de un barrio de la ciudad de Valencia al considerar que los ruidos excesivos procedentes de los bares y discotecas de la zona donde residía violaban sus derechos constitucionales a la integridad física y moral, a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad domiciliaria. Como antecedente importante, cabe resaltar que el barrio donde vivía el recurrente había sido previamente declarado como ZAS («Zona Acústicamente Saturada») por el Ayuntamiento de Valencia.

La solicitud de amparo constitucional proviene de una previa reclamación a la Administración local en la que se solicitaba el reembolso de los gastos derivados de la insonorización de su vivienda y otros daños morales. El recurrente no aportó ninguna medición sonométrica realizada en el interior de su vivienda, refiriéndose en su reclamación exclusivamente a los informes obrantes en poder de la Administración y que fueron empleados para declarar la zona como ZAS. Desestimada la reclamación en vía administrativa por falta de prueba, el recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, que fue igualmente desestimado al no haberse aportado medición acreditativa de los ruidos soportados en el interior de la vivienda.

Recurrida en amparo la anterior resolución, entiende el Tribunal Constitucional que para determinar si existió vulneración en el derecho del recurrente a disfrutar de su intimidad domiciliaria y a su integridad física, era requisito necesario que se acreditase un nivel de ruidos efectivamente excesivo (a pesar de haber sido calificada la zona como ZAS por la propia Administración local), lo cual no se produjo. Además, el recurrente tenía que haber acreditado la inactividad por parte del Ayuntamiento y su contribución a la causación del daño, cosa que, en opinión del Tribunal Constitucional, tampoco ocurrió, toda vez que el Ayuntamiento ya había tramitado previamente un expediente para declarar la zona como ZAS, y la discoteca que existía en los bajos de la vivienda del reclamante contaba con la preceptiva licencia de actividad.

Según dice el propio Tribunal Constitucional, si bien es cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha amparado en ocasiones quejas similares a las contenidas en la demanda de amparo objeto de esta sentencia, siempre lo ha hecho constatando la inobservancia por parte de las autoridades nacionales de ciertos aspectos de la normativa nacional (en el asunto López Ostra, se permitía el funcionamiento de una depuradora que no contaba con los permisos exigidos; en el asunto Guerra, el Estado no comunicó a los demandantes la información que legalmente estaba obligado a proporcionarles), cosa que no ocurrió en el supuesto de hecho que ahora nos ocupa.

Por último, cabe resaltar que la sentencia cuenta con dos votos particulares: el primero de ellos entiende que, de acuerdo con la reciente jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debería haberse otorgado el amparo constitucional, pues el recurrente habría acreditado, al menos indiciariamente, el nivel de ruidos excesivo que decía haber soportado. El segundo voto particular postula la desestimación del amparo, si bien por razones formales distintas a las expresadas por el Pleno en esta sentencia.

Contrato de cesión de derechos de uso de agua

Sentencia del Tribunal Constitucional 149/2011, de 28 de septiembre

El Tribunal Constitucional resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Diputación General de Aragón contra los preceptos reguladores del contrato de cesión de derechos de uso del agua (artículos 67 a 72 del Real Decreto Legislativo 1/2001), si bien redirige todas las supuestas infracciones alegadas a los tres primeros apartados del artículo 68.

Las vulneraciones alegadas consisten en (i) la falta de un control real y efectivo sobre intereses medioambientales (artículo 45.2 CE), producida por la brevedad de los plazos establecidos para que el organismo de cuenca pueda mostrar su oposición (uno o dos meses, según el caso) y por el efecto positivo del silencio administrativo en caso de que no se produzca dicha oposición; (ii) la imposibilidad de que la Comunidad Autónoma intervenga en el procedimiento en defensa de

sus competencias (artículo 105.c) CE), porque nada se dice sobre la audiencia a terceros interesados; y (iii) la infracción de las previsiones constitucionales sobre garantía del dominio público (artículo 132 CE), por la situación de nuda propiedad en que queda el recurso de dominio público.

El Tribunal Constitucional desestima estas alegaciones y señala que la brevedad de los plazos tiene sentido a fin de permitir intercambios de este recurso de manera flexible y en un tiempo útil que permita adaptarse a las necesidades cambiantes. No obstante, la Administración deberá ser diligente para resolver en plazo. En este sentido, se señala que el silencio administrativo no ha de ser la forma normal de terminación del procedimiento, sin que ello impida que el legislador establezca la regla de silencio que estime más adecuada en cada caso.

El hecho de que no se prevea trámite de audiencia para la Comunidad Autónoma no implica su exclusión, pues nada impide que se aplique la normativa general prevista en la Ley 30/1992, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

Por último, el Tribunal Constitucional descarta que exista vulneración del artículo 132 de la Constitución, pues este precepto no impone el carácter demanial de las aguas continentales, sino que su inclusión en el demanio estatal ha venido determinada por la voluntad del legislador. Al ser esto así, puede el legislador determinar la «escala de la demanialización», es decir, la extensión, efectos y límites que entienda más beneficiosa para proteger el recurso y garantizar su uso racional.

Valoración de daños al dominio público hidráulico

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de noviembre de 2011

El Alto Tribunal anula parcialmente la Orden del Ministerio de Medio Ambiente 85/2008 por la que se establecen los criterios técnicos para la valoración de los daños al dominio público hidráulico y las normas sobre toma de muestras y análisis de vertidos de aguas residuales. La casación de la sentencia de la Audiencia Nacional se lleva a cabo sobre la base de los siguientes motivos:

(i) A través de la Orden impugnada se ha establecido un régimen sancionador contrario al principio de legalidad propugnado por el artículo 25 de la Constitución, pues opera como parámetro de tipificación de infracciones por daños al demanio hidráulico.

(ii) Los artículos 3, 6, 10 y 18 de la Orden son anulados por resultar contrarios al artículo 325.1 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico en relación con la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental. Estos preceptos valoran los daños de manera doble, exigiendo la reparación del daño ambiental y el suplemento de indemnización.

(ii) En cuanto a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia alegada, el alto tribunal falla su estimación y anula los artículos 11, 12 y 19.2 de la Orden, por establecer un sistema de presunciones probatorias en contra del expedientado.

Así pues, la Orden mantiene su validez únicamente en cuanto a parámetro y pauta de concreción del deber de indemnización de los daños ambientales, siendo anulada en cuanto a su utilización como pauta para tipificación de infracciones administrativas.

Aprobación de instrumentos urbanísticos. Acreditación de disponibilidad de recursos hídricos

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala Contencioso-Administrativo de 10 de noviembre de 2011

Esta sentencia resuelve el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Delegación del Gobierno de la Comunidad Valenciana frente al Acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia por el que se aprobó la Homologación y el Plan Parcial de un municipio de la provincia de Valencia.

El recurso se basa en la supuesta infracción del ordenamiento jurídico cometida por la Comisión Territorial al alcanzar el acuerdo mencionado sin haberse acreditado la disponibilidad de recursos hídricos, tal y como señalan los informes desfavorables emitidos por la Confederación Hidrográfica. La cuestión litigiosa se circunscribe a determinar el carácter vinculante o no, así como el contenido, del informe requerido en el artículo 25.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas.

En primer lugar, la sentencia reconoce que no existe precepto alguno que atribuya al informe un carácter vinculante. No obstante, tiene en cuenta que la Ley del Suelo valenciana y su Texto Refundido lo catalogan como «determinante» para el contenido de la memoria ambiental. Equipara los conceptos «determinante» y «vinculante», por lo que concluye señalando que «puede decirse que el informe es en cierto modo materialmente vinculante aunque jurídica y formalmente no lo sea».

En segundo lugar, la sentencia realiza una interpretación extensiva del artículo 25.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas en cuanto al contenido del informe. El pronunciamiento «sobre la existencia o inexistencia de recursos (hídricos) suficientes» debe entenderse que engloba tanto la suficiencia de estos, es decir, la efectiva existencia de recursos, como su disponibilidad, esto es, la posibilidad de aplicar estos recursos a la actuación urbanística en cuestión (título concesional). Además acota temporalmente estos conceptos al momento de la aprobación del acto o plan.

El TSI concluye que, aunque la administración demandada ha probado la suficiencia de recursos hídricos, no había disponibilidad sobre ellos al momento de la aprobación del plan, por cuanto no existía título concesional (estaba en fase de tramitación) para el uso privativo de esa agua. Consecuentemente, estima el recurso planteado por la Delegación del Gobierno de la Comunidad Valenciana.

Acompaña a esta sentencia un extenso voto particular en el que se discrepa tanto del carácter vinculante del informe como de la necesidad de que exista concesión administrativa previa para el informe requerido en el artículo 25.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas.

MERCANTIL*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

— *Reglamento 954/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2011 por el que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores (DOUE de 4 de octubre de 2011)*

— *Directiva 2011/90 de la Comisión de 14 de noviembre de 2011 por la que se modifica la parte II del anexo I de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en la que se establecen supuestos adicionales para calcular la tasa anual equivalente (DOUE de 15 de noviembre de 2011)*

— *Directiva 2011/83 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 22 de noviembre de 2011)*

* Esta sección de Actualidad Mercantil ha sido elaborada por Carlos Paredes Galego, Guillermo Bueno Casanovas, Pío García-Escudero y Ramos, Nora Oyarzábal Oyonarte, Borja Marqués Triay, Rubén Durán de los Ríos, Pedro Ferreira Malaquias, Helder Frias, Tiago Simões de Almeida, Maria Goreti Rebêlo, Catarina Gonçalves de Oliveira y Miguel Stokes, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

Véase el comentario a esta norma que se incluye en esta misma sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» (Unión Europea) de este mismo número de la *Revista*.

— *Recomendación de la Junta Europea de Riesgo Sistémico de 21 de septiembre de 2011 sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (DOUE de 22 de noviembre de 2011)*

— *Reglamento 1205/2011 de la Comisión de 22 de noviembre de 2011 que modifica el Reglamento (CE) 1126/2008 por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Información Financiera (NIIF) 7 (DOUE de 23 de noviembre de 2011)*

— *Libro Verde sobre la viabilidad de la introducción de bonos de estabilidad (BRUSELAS, de 23 de noviembre de 2011)*

— *Reglamento de Ejecución 1236/2011 de la Comisión de 29 de noviembre de 2011 por el que se modifica el Reglamento (CE) 1828/2006 en lo que concierne a las inversiones hechas a través de instrumentos de ingeniería financiera (DOUE de 30 de noviembre de 2011)*

— *Directiva 2011/89 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011 por la que se modifican las Directivas 98/78/CE, 2002/87/CE, 2006/48/CE y 2009/138/CE en lo relativo a la supervisión adicional de las entidades financieras que formen parte de un conglomerado financiero (DOUE de 8 de diciembre de 2011)*

Véase el comentario a esta norma que se incluye en esta misma sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» (Unión Europea) de este mismo número de la *Revista*.

— *Reglamento 1233/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011 relativo a la aplicación de determinadas directrices en materia de créditos a la exportación con apoyo oficial, y por el que se derogan las Decisiones 2001/76/CE y 2001/77/CE del Consejo (DOUE de 8 de diciembre de 2011)*

— *Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC 57/11 de 2 de marzo de 2011 por la que se modifican, por octogésima segunda vez, las normas sustantivas y de procedimiento en materia de ayudas estatales mediante la introducción de un nuevo capítulo relativo a la aplicación, a partir del 1 de enero de 2011, de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los bancos en el contexto de la crisis financiera (DOUE de 15 de diciembre de 2011)*

— *Reglamento 1358/2011 del Banco Central Europeo de 14 de diciembre de 2011 por el que se modifica el Reglamento (CE) 1745/2003 relativo a la aplicación de las reservas mínimas (DOUE de 21 de diciembre de 2011)*

[España]

Mercado de Valores

— *Ley 31/2011, de 4 de octubre, por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE de 5 de octubre de 2011)*

Véase el comentario a esta norma que se incluye en esta misma sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» (Tributario) de este mismo número de la *Revista*

— *Ley 32/2011, de 4 de octubre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE de 5 de octubre de 2011)*

— *Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio (BOE de 4 de noviembre de 2011)*

— *Circular 8/2011, de 22 de noviembre, de la Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores, S.A. Unipersonal (IBERCLEAR) sobre Modificación de Tarifas (Boletín de Cotización de la Bolsa de Madrid de 30 de noviembre de 2011)*

— *Texto refundido de 30 de noviembre de 2011 de las tarifas y penalizaciones aplicadas por la Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores, S.A. Unipersonal (IBERCLEAR) (Boletín de Cotización de la Bolsa de Madrid de 30 de noviembre de 2011)*

— Resolución de 16 de noviembre de 2011, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se crea y regula el Registro Electrónico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (BOE de 5 de diciembre de 2011)

— Circular 4/2011, de 16 de noviembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se modifica parcialmente la Circular 4/2008, de 11 de septiembre, sobre el contenido de los informes trimestrales, semestral y anual de instituciones de inversión colectiva y del estado de posición (BOE de 5 de diciembre de 2011)

— Circular 5/2011, de 12 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se modifica la Circular 12/2008, de 30 de diciembre, sobre solvencia de las empresas de servicios de inversión y sus grupos consolidables, y la Circular 7/2008, de 26 de noviembre, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las empresas de servicios de inversión, sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo (BOE de 15 de diciembre de 2011)

— Circular 6/2011, de 12 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se modifica la Circular 9/2008, de 10 de diciembre, sobre normas contables, estados financieros de información reservada y pública y cuentas anuales de las sociedades rectoras de los mercados secundarios oficiales, con la exclusión del Banco de España, de las entidades rectoras de los sistemas multilaterales de negociación, de la Sociedad de Sistemas, de las entidades de contrapartida central, de la Sociedad de Bolsas, de las sociedades que tengan la titularidad de todas las acciones de organismos rectores de los mercados secundarios oficiales y de sistemas multilaterales de negociación, y de otros sistemas de compensación y liquidación de los mercados que se creen al amparo de lo previsto en la Ley del Mercado de Valores (BOE de 23 de diciembre de 2011)

— Circular 7/2011, de 12 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre folleto informativo de tarifas y contenido de los contratos-tipo (BOE de 24 de diciembre de 2011)

— Resolución de 28 de diciembre de 2011, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de corrección de errores de la Circular 5/2011, de 12 de diciembre, por la que se modifica la Circular 12/2008, de 30 de diciembre, sobre solvencia de las empresas de servicios de inversión y sus grupos consolidables, y la Circular 7/2008, de 26 de noviembre, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las empresas de servicios de inversión, sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo (BOE de 31 de diciembre de 2011)

— Resolución de 28 de diciembre de 2011, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de corrección de errores de la Circular 4/2011, de 16 de noviembre, por la que se modifica parcialmente la Circular 4/2008, de 11 de septiembre, sobre el contenido de los informes trimestrales, semestral y anual de instituciones de inversión colectiva y del estado de posición (BOE de 4 de enero de 2012)

Bancario

— Resolución de 15 de noviembre de 2011, de la Comisión Ejecutiva del Banco de España, de modificación de la de 20 de julio de 2007, por la que se aprueban las cláusulas generales relativas a las condiciones uniformes de participación en TARGET2-Banco de España (TARGET2-BE) (BOE de 19 de noviembre de 2011)

— Resolución de 23 de noviembre de 2011, de la Comisión Ejecutiva del Banco de España, de modificación del Acuerdo de la Comisión Ejecutiva de 18 de diciembre de 2009, sobre el régimen de delegación de competencias (BOE de 2 de diciembre de 2011)

— Real Decreto-ley 19/2011, de 2 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito (BOE de 3 de diciembre de 2011)

— Circular 4/2011, de 30 de noviembre, del Banco de España, por la que se modifica la Circular 3/2008, de 22 de mayo, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos (BOE de 9 de diciembre de 2011)

Véase el comentario a esta norma que se incluye en esta misma sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» (Laboral y Seguridad Social) de este mismo número de la Revista

- Circular 5/2011, de 30 de noviembre, del Banco de España, por la que se modifica la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros (BOE de 9 de diciembre de 2011)
- Otras materias**
- Real Decreto por el que se modifican los Reales Decretos 1426/1989 y 1427/1989 por los que se aprueban los aranceles de los notarios y registradores, así como el Decreto 757/1973 por el que se aprueba el arancel de los registradores mercantiles (BOE de 17 de noviembre de 2011)
- Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y el modelo de plan de actuación de las entidades sin fines lucrativos (BOE de 24 de noviembre de 2011)
- Resolución de 29 de noviembre de 2011, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, por la que se modifica la de 18 de noviembre de 2008, que establece las condiciones de actuación de los Creadores de Mercado de Deuda Pública del Reino de España (BOE de 1 de diciembre de 2011)
- Andalucía**
- Decreto 322/2011, de 18 de octubre, por el que se crea y regula el Registro Administrativo Especial de Mediadores de Seguros, Corredores de Reaseguros y de sus altos cargos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como las obligaciones contables y el deber de información de las personas y entidades mediadoras de seguros y corredoras de reaseguros inscritas (BOJA de 2 de noviembre de 2011)
- Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas (BOJA 255, de 31 de diciembre de 2011)
- Baleares**
- Decreto 109/2011, de 18 de noviembre, por el que se modifican el Decreto 92/1989, de 19 de octubre, de regulación de órganos rectores de las cajas de ahorros con domicilio social en las Baleares, y el Decreto 43/1986, de 15 de mayo, de órganos rectores y control de gestión de las cajas de ahorros (BOIB de 3 de diciembre de 2011)
- Canarias**
- Resolución de 11 de octubre de 2011, por la que se da publicidad al Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Canarias, de 5 de octubre de 2011, en relación con el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa (BOC de 7 de noviembre de 2011)
- Castilla-la mancha**
- Resolución de 14 de septiembre de 2011, de la Presidencia de las Cortes de Castilla y León, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de las Cortes de Castilla y León de convalidación del Decreto-ley 1/2011, de 25 de agosto, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Cajas de Ahorro de Castilla y León, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 21 de julio (DOCM de 29 de septiembre de 2011)
- Ley 15/2011, de 15 de diciembre de 2011, de Emprendedores, Autónomos y Pymes (DOCM de 26 de diciembre de 2011)
- Cataluña**
- Orden ECO/326/2011, de 7 de noviembre, de los libros registro y el deber de información estadística y contable y de negocio de los mediadores de seguros y reaseguros privados (DOGC de 29 de noviembre)
- Extremadura**
- Decreto-Ley 1/2011, de 11 de noviembre, por el que se modifica la Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura (BOE de 17 de noviembre de 2011)
- Galicia**
- Ley 14/2011, de 16 de diciembre, por la que se modifica la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de cooperativas de Galicia (DOG de 3 de enero de 2012)
- País Vasco**
- Decreto 268/2011, de 20 de diciembre, de colaboración financiera entre las entidades de crédito y la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi en materia de vivienda y suelo (BOPV de 30 de diciembre de 2011)

[Portugal]**Fundos Próprios de Base**

Carta-Circular n.º 13/2011/DSP, de 15 de Setembro – Banco de Portugal

O presente diploma versa sobre a elegibilidade de determinados instrumentos para os fundos próprios de base, determinando que tais instrumentos não devem ser financiados, direta ou indiretamente, pela instituição a que se reportam.

Assim, entende o Banco de Portugal («BdP») que os elementos positivos dos fundos próprios de base não serão elegíveis para este efeito quando: (i) a sua subscrição ou aquisição tenha sido financiada, direta ou indiretamente, pela instituição emitente ou por qualquer das suas filiais; (ii) sejam detidos por qualquer filial da instituição emitente ou (iii) sejam detidos por fundos de pensões de que a instituição emitente seja associada e estes assegurem a cobertura de responsabilidades relativas a planos de benefício definido. Um entendimento semelhante é aplicado aos fundos próprios de base em base consolidada e subconsolidada.

No entanto, o BdP poderá excecionar algumas operações, determinando que os respetivos instrumentos continuem a ser elegíveis.

Do mesmo modo, os instrumentos que por via do presente diploma sejam considerados como não elegíveis beneficiarão do regime do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 140-A/2010, de 30 de Dezembro, podendo continuar a ser considerados no cálculo dos fundos próprios de base, com limitações, até 31 de Dezembro de 2040.

Posições em Risco sobre Administrações Centrais ou Bancos Centrais

Aviso n.º 6/2011, de 10 de Outubro – Banco de Portugal (DR 194, SÉRIE II, de 10 de Outubro de 2011)

O Aviso do Banco de Portugal n.º 6/2011, de 10 de Outubro, altera o Aviso do Banco de Portugal n.º 5/2007, de 24 de Abril, que estabelece requisitos referentes aos fundos próprios das instituições de crédito e empresas de investimento.

Até agora, tais instituições podiam adotar livremente ponderadores de risco mais reduzidos do que os determinados pelo Banco de Portugal, em matéria de posições em risco sobre administrações centrais ou bancos centrais, quando estabelecidos por autoridades competentes de um país terceiro à União Europeia. Com a presente alteração, fica ressalvada a possibilidade de, nestas situações, proceder à determinação um ponderador mais restritivo.

Depósitos com Taxa de Juro Elevada

Aviso n.º 7/2011, de 25 de Outubro – Banco de Portugal (DR 205, SÉRIE II, de 25 de Outubro de 2011)

O presente diploma altera o Aviso do Banco de Portugal n.º 6/2010, de 31 de Dezembro, relativo aos elementos que integram os fundos próprios das instituições sujeitas à sua supervisão.

Com a presente alteração, o montante relativo a depósitos contratados com taxa de juro elevada passa a ser considerado um elemento negativo dos fundos próprios de base.

Aviso n.º 8/2011, de 25 de Outubro – Banco de Portugal (DR 205, SÉRIE II, de 25 de Outubro de 2011)

O presente diploma altera o Aviso do Banco de Portugal n.º 3/2010, de 17 de Maio, referente ao rácio Core Tier 1, na parte em que, a propósito do cálculo deste, se faz uma remissão para o Aviso do Banco de Portugal n.º 6/2010, de 31 de Dezembro.

O objetivo da presente alteração é refletir a inclusão no elenco dos elementos negativos dos fundos próprios de base do montante relativo a depósitos contratados com taxa de juro elevada, de acordo com a alteração ao Aviso do Banco de Portugal n.º 6/2010, de 31 de Dezembro, operada pelo Aviso do Banco de Portugal n.º 7/2011, de 25 de Outubro.

Instrução n.º 28/2011, de 25 de Outubro – Banco de Portugal (DR 205, SÉRIE II, de 25 de Outubro de 2011)

**Saneamento e
Liquidação das
Instituições Sujeitas
à Supervisão do BdP**

O presente diploma regulamenta em que termos deve ser efetuado o cálculo do montante relativo a depósitos contratados com taxa de juro elevada, referido no Aviso do BdP n.º 6/2010, de 31 de Dezembro, tal como alterado pelo Aviso do BdP n.º 7/2011, de 25 de Outubro.

Estabelece-se, designadamente, que a taxa de referência a ter em consideração para aferir a existência de uma taxa de juro elevada corresponde à taxa Euribor para o período de referência da operação em causa, acrescentada de um spread de 300 pontos base.

Lei n.º 58/2011, de 28 de Novembro (DR 228, SÉRIE I, de 28 de Novembro de 2011)

O presente diploma procede à alteração do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, ao Decreto-Lei n.º 199/2006, de 25 de Outubro, relativo ao saneamento e à liquidação de instituições de crédito e sociedades financeiras, ao Decreto-Lei n.º 345/98, de 9 de Novembro, que regula o funcionamento do Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo e à Lei Orgânica do Banco de Portugal.

Entre as diversas alterações previstas, destaca-se a introdução de três meios de atuação relativamente a instituições em dificuldades: medidas de intervenção corretiva, nomeação de uma administração provisória e aplicação de medidas de resolução.

As medidas de intervenção corretiva substituem as atuais providências extraordinárias de saneamento. Poderão consistir na elaboração de um plano de reestruturação, na suspensão ou substituição de um ou mais membros dos órgãos de administração ou fiscalização da instituição em causa, na realização de uma auditoria à mesma ou na convocação a todo o tempo da respetiva assembleia geral pelo Banco de Portugal.

Prevê-se também que o Banco de Portugal possa nomear uma administração provisória, com amplos poderes, incluindo o de vetar as deliberações dos órgãos sociais da instituição.

Paralelamente, o Banco de Portugal poderá, ainda, designar delegados para acompanhar a gestão da instituição em dificuldades, podendo estes participar em todas as reuniões dos órgãos sociais, sem dispor de direito de voto, tendo acesso a toda a informação relativa à instituição.

Também quando se verifique que as medidas de intervenção corretiva não são suficientes, poderá o Banco de Portugal aplicar medidas de resolução. A sua aplicação determinará a suspensão dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização, sendo os seus substitutos designados pelo Banco de Portugal. Tais medidas poderão consistir na alienação total ou parcial da atividade a outra instituição ou na transferência, total ou parcial, da sua atividade a um ou mais bancos de transição.

O banco de transição, um nova figura, será constituído por deliberação do Banco de Portugal e revestirá a forma de instituição de crédito, sendo integralmente detido pelo novo Fundo de Resolução.

Por sua vez, o Fundo de Resolução será participado, nomeadamente, pelas instituições de crédito e financiado com as receitas provenientes da contribuição sobre o sector bancário, das contribuições das instituições participantes e com importâncias provenientes de empréstimos. Caso os recursos do Fundo de Resolução se revelem insuficientes, poderá ser determinada a realização de contribuições especiais por parte das entidades participantes.

Simultaneamente, prevê-se que o Fundo de Garantia de Depósitos possa recorrer a empréstimos quando os recursos de que disponha não sejam suficientes para fazer face às suas responsabilidades, podendo o membro do Governo responsável pela área das Finanças determinar que as instituições de crédito participantes disponibilizem garantias pessoais ou reais para a viabilização dos mesmos.

Prevê-se, também, a criação de um dever de comunicação relativo a situações de desequilíbrio financeiro, ao risco de violação de normas e limites prudenciais, à diminuição anormal dos saldos de depósito ou a dificuldades na disponibilização de fundos por parte dos acionistas para efeitos da realização de um aumento de capital social, quando este seja necessário ou conveniente para dar cumprimento a requisitos legais ou regulamentares, entre outros. Este dever recai sobre os membros dos órgãos de administração e fiscalização, sobre os titulares de parti-

cipação qualificadas e sobre qualquer colaborador da instituição que, tendo funções de responsabilidade, tenha acesso a informação relevante.

É criada ainda uma fase de liquidação pré-judicial.

Por fim, relativamente à suspensão das execuções atualmente prevista a propósito da providência extraordinária de designação de administradores provisórios, passa a prever-se que a mesma ocorra com a adoção de uma medida de resolução, embora pelo prazo máximo de um ano.

Do mesmo modo, a aplicação de uma medida de resolução determinará a suspensão por 48 horas do direito de vencimento antecipado convencionado em netting agreements com fundamento na aplicação de tal medida, desde que não estejam em causa contratos de garantia financeira. Para lá desse período, tal direito continuará a não poder ser exercido com o mesmo fundamento quando os contratos tenham sido alienados ou transferidos no âmbito de uma medida de resolução.

Taxa de Juro Aplicável a Reforços de Capital em Depósitos Simples

Carta-Circular n.º 62/2011/DSC, de 15 de Dezembro de 2011 – Banco de Portugal

O Banco de Portugal detetou a existência de produtos de depósitos simples, não à ordem, que admitem reforços do montante depositado, sobre os quais incidem taxas de juro não definidas no momento da sua constituição.

Assim, as instituições de crédito deverão prestar informação sobre as taxas de juro a aplicar a esses reforços, quando sejam distintas das aplicáveis ao depósito inicial e aos reforços já efetuadas, com uma antecedência que permita aos depositantes decidir acerca da realização de tais reforços ou do cancelamento de ordens relativas a reforços pré-definidos.

A informação em causa deverá ser efetuada em papel ou noutro suporte duradouro, devendo fazer-se referência à disponibilização da mesma na respetiva Ficha de Informação Normalizada ou no contrato de depósito.

Deveres de Reporte de Operações sobre Instrumentos Financeiros

Instrução n.º 12/2011, de 22 de Setembro – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários

A Instrução da CMVM n.º 12/2011, que entra em vigor a 1 de Novembro, revogando a Instrução da CMVM n.º 2/2007, veio alargar o dever de reporte de operações sobre instrumentos financeiros, de maneira a abranger não só as operações sobre instrumentos financeiros admitidos à negociação em mercado regulamentado situado ou a funcionar em Estado-Membro da União Europeia, mas também as operações sobre instrumentos financeiros derivados cujo ativo subjacente se encontre admitido à negociação em mercado regulamentado situado ou a funcionar em Estado-Membro da União.

Excluídas do dever de reporte ficam as operações sobre instrumentos financeiros derivados com múltiplos ativos subjacentes, salvo se estes tiverem um emitente único, bem como as operações sobre instrumentos financeiros derivados cujo ativo subjacente não tenha código ISIN atribuído. As informações devem ser transmitidas através do domínio de extranet da CMVM.

A identificação dos instrumentos financeiros no âmbito do reporte das operações sobre instrumentos financeiros derivados não admitidos à negociação em mercado regulamentado, mas cujo ativo subjacente se encontre admitido à negociação em mercado regulamentado, é feita mediante o Código ISIN do instrumento financeiro derivado, caso exista, e pelas características dos contratos derivados (que inclui sempre o Código ISIN do ativo subjacente).

Alterações à Lei Quadro das Privatizações

Lei n.º 50/2011, de 13 de Setembro (DR 176 série I de 2011-09-13)

A Assembleia da República alterou numerosas disposições da Lei Quadro das Privatizações, aprovada pela Lei n.º 11/90, de 5 de Abril, e alterada pela Lei n.º 102/2003, de 15 de Novembro («LQT»). Trata-se da modificação mais profunda sofrida pela LQT, visto que em 2003 a única alteração consistiu na supressão dos limites à participação de sociedades estrangeiras no capital de empresas reprivatizadas.

Em todo o caso, as mudanças não são radicais. Por exemplo, mantém-se: (i) o limite de 49% à reprivatização das empresas que exerçam a sua atividade principal em certos sectores básicos

(definidos na Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho – captação, tratamento e distribuição de águas; recolha e tratamento de águas residuais e resíduos sólidos urbanos; serviço público postal; transporte ferroviário explorado em regime de serviço público; portos marítimos); (ii) mantém-se a obrigatoriedade de transformação das sociedades a reprivatizar em sociedades anónimas e (iii) a preferência pelo concurso público e pela oferta pública como forma de privatização, admitindo-se embora o recurso a concursos abertos a candidatos especialmente qualificados ou à venda direta.

Adicionalmente, é suprimida a obrigatoriedade de reserva de parte do capital para aquisição por pequenos subscritores, embora se mantenha o direito de preferência dos trabalhadores. Por outro lado, deixa de ser obrigatório prever limites à percentagem de capital a adquirir ou subscrever por uma única entidade.

Finalmente, suprime-se a possibilidade de o diploma de reprivatização limitar o montante das ações a adquirir ou subscrever por entidades estrangeiras ou detidas maioritariamente por estrangeiros, bem como a possibilidade de prever golden shares ou de estipular que deliberações relativas a determinadas matérias careçam da confirmação de um administrador designado pelo Estado.

É extinta a Comissão de Acompanhamento das Reprivatizações, passando a ser facultativa a constituição de uma comissão especial para acompanhamento de cada reprivatização.

O novo diploma é aplicável a todas as reprivatizações iniciadas após 14 de Setembro de 2011.

Reprivatização do capital social da EDP

Decreto-Lei n.º 106-A/2011, de 26 de Outubro (DR 206 série I de 2011-10-26)

O presente diploma aprova a 8.ª fase de reprivatização da EDP – Energias de Portugal, S.A. («EDP»), autorizando a alienação de ações representativas de 21,35% do capital social da EDP.

O processo de reprivatização será concretizado mediante uma ou mais operações de venda direta a um ou mais investidores que venham a tornar-se acionistas de referência da EDP.

As ações a alienar por venda direta de referência são objeto de uma ou mais operações junto de um ou mais investidores nacionais ou estrangeiros, incluindo entidades com perfil de investidor industrial ou entidades com perfil de investidor financeiro e perspetiva de investimento estável e de longo-prazo, com vista ao desenvolvimento estratégico da empresa.

O processo destinado à alienação das ações objeto de venda direta de referência pode ser organizado em diferentes fases, incluindo uma fase preliminar de recolha de intenções de aquisição junto de potenciais investidores de referência, em relação à totalidade ou a uma parcela do lote máximo de ações a alienar, a qual não pode ser inferior a 5% do capital social da EDP.

Relativamente aos critérios de seleção das intenções de aquisição para integração dos potenciais investidores de referência em subseqüentes fases do processo de alienação, o presente diploma vem estabelecer os seguintes:

- (i) Preço indicativo apresentado para a aquisição das ações representativas do capital social da EDP objeto da venda de referência;
- (ii) Apresentação de um adequado projeto estratégico para a sociedade, tendo em vista o desenvolvimento das suas atividades no mercado nacional e internacional, bem como a promoção da concorrência e competitividade no sector energético e o desenvolvimento da economia nacional;
- (iii) Ausência de condicionantes jurídicas ou económico-financeiras do interessado para a concretização da venda direta de referência em prazo, condições de pagamento e demais termos que sejam adequados para a salvaguarda dos interesses patrimoniais do Estado ou para o funcionamento e desenvolvimento do sector energético nacional;
- (iv) Idoneidade, capacidade financeira, técnica e de execução, assim como as garantias eventualmente prestadas para cumprimento dos critérios constantes dos pontos anteriores.

Na eventualidade de não se concretizar a alienação da totalidade das ações objeto de venda direta de referência, a reprivatização das ações da EDP poderá contemplar a venda pela Parpú-

blica – Participações Públicas, SGPS, S.A. («Parpública») das ações remanescentes a um conjunto de instituições financeiras que ficam obrigadas a proceder à sua dispersão no mercado nacional e em mercados internacionais, a qual pode ser acompanhada por uma oferta pública de venda pela Parpública no mercado nacional.

Os trabalhadores da EDP e das restantes sociedades do grupo têm, por sua vez, direito à aquisição, no âmbito da oferta pública de venda, de um lote de ações cuja dimensão será definida por resolução do Conselho de Ministros.

Por fim, cumpre referir que as ações adquiridas no âmbito da venda direta de referência poderão ser sujeitas a um regime de indisponibilidade, por um prazo máximo de cinco anos a contar da data de publicação da resolução do Conselho de Ministros que selecione o investidor ou investidores que adquirirão as aludidas ações.

Caso as ações objeto de venda direta de referência fiquem sujeitas ao referido regime de indisponibilidade, não poderão ser oneradas nem objeto de negócios jurídicos que visem a transmissão da respetiva titularidade, ainda que com eficácia futura, nomeadamente contratos-promessa e contratos de opção.

Reprivatização da REN

Decreto-Lei n.º 106-B/2011, de 3 de Novembro (DR 211, SÉRIE I, de 2011-11-03)

O recém-aprovado modelo de reprivatização da REN – Redes Energéticas Nacionais, SGPS, S.A., prevê a alienação de ações representativas de um máximo de 51% do capital social da REN mediante a realização de três operações distintas: (i) uma ou mais vendas diretas a investidores de referência, nacionais ou estrangeiros, incluindo a entidades com perfil de investidor industrial ou a entidades com perfil de investidor financeiro e perspectiva de investimento estável e de longo prazo; (ii) uma venda direta a instituições financeiras para subsequente dispersão; e (iii) uma oferta pública de venda no mercado nacional. Aos trabalhadores será reservado um lote de ações.

O processo de venda direta a investidores de referência pode ser organizado em diferentes fases, incluindo uma fase preliminar de recolha de intenções de aquisição. As ações adquiridas neste âmbito podem ser sujeitas a um regime de indisponibilidade por um prazo máximo de cinco anos, caso em que não poderão ser oneradas nem transmitidas e ficarão proibidos os negócios pelos quais o titular das ações se obrigue a exercer os direitos de voto num determinado sentido.

Constituem critérios de seleção das intenções de aquisição para integração dos potenciais investidores de referência em subseqüentes fases do processo de alienação: (i) o preço indicativo apresentado para a aquisição das ações representativas do capital social da REN objeto de venda direta de referência; (ii) a apresentação de um adequado projeto estratégico para REN, tendo em vista o desenvolvimento das suas atividades no mercado nacional e internacional; (iii) a ausência de condicionantes jurídicas ou económico-financeiras do interessado para a concretização da venda direta de referência e (iv) a respetiva idoneidade, capacidade financeira, técnica e de execução, bem como garantias apresentadas para cumprimento dos critérios anteriores.

O Governo aprovará, mediante resolução do Conselho de Ministros, as condições concretas das diversas operações de venda, designadamente no que diz respeito à quantidade de ações a alienar e ao respetivo preço.

Atualização do Coeficiente de Rendas para 2012

Portaria n.º 19512/2011, de 18 de Novembro (DR 224 Série I de 2010-11-18)

Em cumprimento com o disposto no número 2 do artigo 24.º da Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro, que aprovou o novo regime jurídico do arrendamento urbano, e no número 5 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 294/2009, de 13 de Outubro, que aprovou novo regime do arrendamento rural, fixou-se em 1,0319 o coeficiente de atualização de rendas em vigor para o ano de 2012 para todos os tipos de arrendamento.

Fatores de Correção Extraordinária da Renda para 2012

Portaria n.º 295/2011, de 15 de Novembro (DR. 219, SÉRIE I, 2011-11-15)

Em cumprimento com o disposto nos artigos 11.º e 12.º da Lei n.º 46/85, de 20 de Setembro, que aprovou os regimes de renda livre, condicionada e apoiada nos contratos de arrendamento para

habitação, foram publicadas as tabelas nas quais se estabelecem os fatores de correção extraordinária das rendas de prédios arrendados para habitação anteriormente a 1 de Janeiro de 1980.

2 · JURISPRUDENCIA

Ampliación de capital. Declaración o compromiso de suscripción. *Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, de 15 de octubre de 2011*

Esta sentencia analiza el recurso de casación interpuesto por una sociedad, en una reclamación que pretendía la condena de uno de sus socios a indemnizarla en los daños y perjuicios que, según afirmaba, le había generado el fracaso de una ampliación de capital con creación de nuevas participaciones y aportaciones dinerarias, acordada por su Junta General, por no haber cumplido el demandado la promesa de adquirir todas las participaciones que no quisieran los demás socios. La acción fue desestimada en las dos instancias previas, al negar los correspondientes Tribunales legitimación a la sociedad, por entender que los destinatarios de la declaración emitida por el demandado en la Junta habían sido los socios.

El TS examina el planteamiento en torno a dos cuestiones, a saber: (i) decidir si el demandado quedó obligado a la adquisición prometida con su declaración y debe indemnizar a la sociedad demandante por incumplimiento de obligación, y (ii) determinar si, pese a haberlo ofrecido a los asistentes a la Junta, el demandado incurrió en una responsabilidad precontractual, por ruptura injustificada de los tratos que deberían haber desembocado en el llamado negocio de suscripción.

Respecto a la primera cuestión, el TS dictamina que el demandado no ofertó realmente a la sociedad adquirir las nuevas participaciones, por lo que la sociedad no pudo perfeccionar con su aceptación el correspondiente negocio jurídico bilateral. En lo relativo a la segunda cuestión, el TS expone que el hecho de que el demandado hubiera favorecido la adopción del acuerdo no justifica entender fundada la confianza de la sociedad demandante en la ejecución posterior de la ampliación, que debió ser estudiada y proyectada con independencia de las declaraciones de un socio emitidas en el acto de la Junta y dirigidas a los demás asistentes. Por estos motivos, el Tribunal finalmente desestima el recurso.

Retribución de administradores. Indemnización no prevista en los estatutos sociales

Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2011

El demandante había sido miembro del consejo de administración y consejero delegado de la sociedad demandada, así como gerente. Extinguidos dichos vínculos por decisión de la sociedad, la parte actora interpuso una demanda con la pretensión de que fuera condenada la sociedad y los dos socios titulares de la mayoría de las acciones representativas de su capital, a hacerle pago de una indemnización por la ruptura unilateral e injustificada de ambas relaciones. Tanto la primera instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda.

El TS denegó el recurso interpuesto por el demandante, confirmando así el veredicto de la Audiencia Provincial, tras calificar la relación entre el demandante y la sociedad codemandada como estrictamente societaria, negando que el administrador tuviera derecho a una indemnización que no estaba prevista en los estatutos sociales.

Derecho de información del accionista. Derecho a obtener información detallada de las cuentas

Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, de 5 de octubre de 2011

El objeto de la controversia se enmarca en el ejercicio de la acción de nulidad de los acuerdos sociales adoptados por la Junta General de una sociedad anónima por vulnerar el derecho de información de los accionistas. La parte demandada argumenta que no se vulneró dicho derecho de información pues los documentos facilitados fueron aquellos (las cuentas anuales) sometidos a aprobación por parte de la junta. Los demandantes solicitaron información detallada sobre las cuentas, solicitud que no fue atendida por la sociedad demandada al considerar excesiva tal petición. El TS, en confirmación de la sentencia recurrida, declara nulos los acuerdos sociales adoptados dado que la obtención de información detallada sobre las cuentas se encuentra

amparada por el derecho de información del accionista. A mayor abundamiento, sostiene el TS, que tal denegación de información contradice las tendencias normativas, tanto europeas como nacionales, en pro de la ampliación de éste ámbito. Apoya el TS su argumentación, entre otras, en sus sentencias de 15 de diciembre de 1998 y de 26 de septiembre de 2005, donde se razona que el derecho de información de los accionistas comporta un criterio de mayor amplitud al «mero examen de los documentos que van a ser sometidos a la aprobación de la Junta General», existiendo situaciones donde, en aras de la flexibilidad, «debe permitirse al socio el examen de la contabilidad», partiendo de un amplio criterio de conexión de la información solicitada con el orden del día.

Determinación del concepto de «actividades profesionales»

Resolución de 15 de noviembre de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil II de Palma a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada (BOE de 20 de diciembre de 2011)

Se deniega la inscripción de una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada ya que el Registrador considera que, al superar el capital social la cantidad de tres mil cien euros, no puede aplicarse el apartado Dos del artículo 5 del Real Decreto-Ley 13/2010, con la consecuencia de que el objeto social no queda suficientemente determinado mediante la transcripción de los estatutos-tipo ajustados a los aprobados por la Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre. En este sentido considera, que las frases «el comercio al por mayor y al por menor» y la «prestación de servicios» o las «actividades profesionales» suponen indeterminación del objeto social, pudiendo implicar el ejercicio de actividades profesionales sujetas a legislación especial.

La DGRN argumenta que únicamente habrá indeterminación cuando se utilice una fórmula omnicompreensiva de toda posible actividad comercial o industrial en donde se empleen unos términos generales, pero no existirá tal indeterminación si a través de términos concretos se señala una actividad de carácter general. Lo mismo debe entenderse en relación con las «actividades profesionales» ya que, a tenor de la Instrucción de la DGRN de 18 de mayo de 2011, esta referencia en los Estatutos-tipo se refiere a las actividades profesionales que no pueden considerarse incluidas en el ámbito de la Ley 2/2007 de Sociedades Profesionales. Entiende la DGRN que el hecho de que la Ley 2/2007 haya tipificado las Sociedades Profesionales no constituye un obstáculo al reconocimiento legal de otras agrupaciones profesionales que, aun enmarcadas en el ámbito societario, tengan características propias y diferenciadoras de modo que resulte inaplicables determinados requisitos de dicha ley. Por tanto, puede concluirse que la mera inclusión en el objeto social de «actividades profesionales», faltando los demás presupuestos tipológicos de la sociedad profesional, no puede ser considerada como obstativa de la inscripción.

Improcedencia de la publicación de complemento de convocatoria de Junta General en sociedades de responsabilidad limitada

Resolución de 10 de octubre de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles de Burgos a practicar una anotación preventiva de solicitud de publicación de un complemento a la convocatoria de la junta general de una sociedad de responsabilidad limitada (BOE de 29 de diciembre de 2011)

El recurso es planteado por un accionista minoritario de una sociedad limitada que ve negativamente calificada la anotación preventiva de publicación de complemento de convocatoria a la Junta General. Argumenta que deja desprotegidos sus derechos e intereses como socio minoritario abriendo la puerta al futuro acceso al Registro de los acuerdos adoptados en el seno de la junta celebrada sin previa publicación del complemento solicitado.

La DGRN desestima el recurso porque no se trata de una sociedad anónima sino de una sociedad de responsabilidad limitada, sociedad para la cual no procede la aplicación del régimen establecido para las sociedades anónimas. Y ello porque el artículo 45.3 de la Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (de contenido idéntico al del vigente artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital), establecía que los asuntos solicitados por los accionistas minoritarios necesariamente han de incluirse en el orden del día de la junta general sin reconocer derecho alguno a solicitar la publicación de un complemento a la convocatoria de la junta

general, ni, por ende, la sanción de nulidad para el caso de incumplimiento de aquella norma. La DGRN refuerza su argumentación reiterando su doctrina acerca del sistema de *numerus clausus* que rige en nuestro Derecho en materia de anotaciones preventivas.

[Portugal]

Período de Conservação de Letras de Câmbio

Acórdão de 4 de Outubro de 2011 (Processo n.º 3200/04.0TVLSB.L1.S1) – Supremo Tribunal de Justiça

No presente acórdão, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que a lei não pode ser interpretada como estabelecendo um prazo de dez anos para a conservação por instituições de crédito de documentos em suporte não regravável, não sendo por isso impeditivo da apreciação em tribunal da restituição de letras de câmbio o facto de estas terem sido emitidas há cerca de 20 anos.

A questão tinha sido suscitada em sede de recurso de revista, tendo o tribunal recorrido entendido em sentido contrário, aplicando o artigo 40.º do Código Comercial, que determina que os comerciantes estão obrigados a manter em arquivo os documentos relativos à sua atividade por um período de dez anos.

O Supremo Tribunal de Justiça chegou à conclusão referida (i) aplicando o regime especial do Decreto-Lei n.º 279/2000, de 10 de Novembro, que determina que as letras de câmbio (bem como os originais de cheque e talões de depósitos, entre outros documentos) podem ser destruídas decorridos seis meses, desde que a sua imagem tenha sido recolhida em suporte não regravável e (ii) tendo em consideração que, fazendo-se uso desta possibilidade de recolha de imagem e subsequente destruição, não será aplicável ao respetivo suporte o período de conservação de dez anos previsto no Código Comercial, por não estarem em causa razões de falta ou onerosidade do espaço necessário para o arquivamento. Neste caso, considerando a falta de previsão legal expressa a respeito do prazo de conservação de tal suporte, entendeu o Supremo Tribunal de Justiça que será aplicável o prazo ordinário de prescrição, de 20 anos, constante do artigo 309.º do Código Civil.

Aluguer de Longa Duração

Acórdão de 25 de Outubro de 2011 (Processo n.º 1320/08.1YXLSB.L1.S1) – Supremo Tribunal de Justiça

Negando provimento a um recurso de revista excecional, o Supremo Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre a natureza jurídica de um contrato de aluguer de longa duração («ALD»).

A questão ora em apreço foi suscitada na sequência de uma ação proposta pelo Ministério Público contra a sucursal em Portugal de um banco, com vista a condená-lo na abstenção do uso de cláusulas contratuais gerais constantes dos contratos de ALD que celebrava com clientes.

Levantando-se a questão sobre o regime jurídico aplicável ao contrato de ALD, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que tal contrato, quando configurado como uma locação conjugada com compra e venda ou promessa do mesmo negócio, tem afinidades com o contrato de locação financeira, integrando-se no regime dos contratos de crédito ao consumo ou operações similares.

Segundo o Supremo Tribunal de Justiça, quanto não se faça tal previsão, como no caso dos contratos que o recorrente comumente celebrava, tratar-se-á apenas de um contrato de aluguer de veículo automóvel sem condutor, cujo regime é o do contrato civil de locação, independentemente da sua duração.

Enriquecimento Sem Causa: Reembolso de Transferência Bancária

Acórdão de 10 de Novembro de 2011 (Processo n.º 1182/09.1TVLSB.S1.L1) – Supremo Tribunal de Justiça

No caso em espécie, um banco transferira fundos depositados na conta de depósito de um certo titular para a conta de outro, por ordem deste último. Quando tomou conhecimento do erro, o banco repôs os fundos irregularmente transferidos. Em seguida, reclamou do beneficiário da transferência o reembolso dos fundos indevidamente recebidos.

Chamado a conhecer do litígio, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu que o banco tinha direito a exigir do beneficiário o reembolso do que este recebera. Para tanto, alegou o Supremo Tribunal de Justiça que, por efeito do contrato de depósito, o banco adquirira a titularidade das somas depositadas. Provando-se que o banco transferira, sem justificação, uma determinada quantia para a conta de outro depositante que não tinha direito a ela, ficou provado o enriquecimento deste último à custa do banco. Consequentemente, encontravam-se reunidos os pressupostos constitutivos da obrigação de restituir o enriquecimento sem causa.

**Conta Corrente
Caucionada: Aval de
Livrança em Branco e
Impugnação Pauliana**

Acórdão de 21 de Novembro de 2011 (Processo n.º 7288/07.4TBVNG.P1.S1) – Supremo Tribunal de Justiça

No caso em apreço, um banco celebrou com certa sociedade um contrato de abertura de crédito. A título de garantia, foi entregue uma livrança em branco, subscrita pela sociedade devedora e avalizada pelos respetivos sócios. As condições de completamento da livrança, designadamente quanto ao montante e data de vencimento, foram ajustadas através de pacto de preenchimento.

Como a sociedade não tivesse reembolsado pontualmente o saldo em dívida, o banco acabou de preencher a livrança e reclamou o seu pagamento aos sócios avalistas. Sucede que estes haviam doado entretanto a seus filhos os principais bens que compunham o seu património.

A pedido do banco, o Tribunal considerou a doação ineficaz, julgando procedente a ação de impugnação pauliana proposta. Debalde alegaram os sócios avalistas que a doação tivera lugar em momento anterior ao preenchimento da livrança. Para o Tribunal, o momento relevante para a constituição do crédito do banco tomador da livrança em branco é o da subscrição, não o do preenchimento.

PROCESAL CIVIL*

1 · LEGISLACIÓN

[Espanña]

**Publicada la nueva
orden de transparencia
y protección del
cliente de servicios
bancarios**

Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE de 29 de octubre de 2011)

El pasado 29 de octubre de 2011 fue publicada en el Boletín Oficial del Estado la Orden EHA/2899/2011, del Ministerio de Economía y Hacienda. La norma entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE, salvo lo previsto en el capítulo II del título III, que entrará en vigor a los nueve meses. Asimismo, el apartado 4 del artículo 9 comenzará a aplicarse en 2014.

La Orden EHA/2899/2011 viene a cumplir un triple objetivo:

- (i) Concentrar en un único texto la normativa básica de transparencia bancaria, garantizando un adecuado nivel de protección a los clientes de entidades de crédito, mediante la implantación de medidas en la prestación de servicios financieros bancarios.

* Esta sección de Derecho Procesal Civil ha sido coordinada por Eduardo Trigo Sierra, y en su elaboración han participado Paloma García de Viedma Alonso, Jorge Ruiz Jiménez, Pablo Torán Umbert, Eugenio Caravía Izquierdo, Guillermo Alonso del Real, Javier González Guimaraes-Da Silva, Sonia Borges Fernández, Alberto García Rodríguez, Antonio Canales Aracil, Javier Sánchez-Lozano Velasco, David Guerra Arençibia, Margarita Morales Plaza, Luis I. Gómez-Iglesias Rosón, Elena González-Adalid Núñez, Pilar Alier Iglesias, Pablo Martínez Llorente, Lara Geraldes, Miguel Rodrigues Leal, Paula Adrega Flor y Rita Castanheira Neves del Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa)

(ii) Actualizar el conjunto de previsiones relativas a la protección del cliente bancario, al objeto de racionalizar, mejorar y aumentar, donde resultaba imprescindible, las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades de crédito.

(iii) Desarrollar los principios generales previstos en la Ley de Economía Sostenible en lo que se refiere al préstamo responsable, de modo que se introducen las obligaciones correspondientes para que el sector financiero español, en beneficio de los clientes y de la estabilidad del mercado, mejore los niveles prudenciales en la concesión de este tipo de operaciones.

La Orden EHA/2899/2011 resulta de aplicación a los servicios bancarios dirigidos o prestados a clientes, o clientes potenciales, por entidades de crédito españolas o sucursales de entidades de crédito extranjeras. Por cliente o clientes potenciales deben entenderse, únicamente, a las personas físicas, y por servicios bancarios, los servicios de caja, la captación de fondos reembolsables, especialmente depósitos, la concesión de crédito y préstamos, los servicios de pago, etc.

Están excluidos del ámbito de aplicación de la Orden EHA/2899/2011 los servicios, operaciones y actividades comprendidos en la legislación sobre el mercado de valores, sobre inversión colectiva y sobre seguros.

Las principales cuestiones que se regulan en la Orden EHA/2899/2011 son las siguientes:

(i) Las entidades de crédito deberán facilitar con la suficiente antelación a la firma del contrato toda la información que sea legalmente exigible para adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario.

(ii) Las entidades de crédito deberán entregar al cliente un ejemplar del documento contractual y conservar una copia.

(iii) La información que se facilite en la fase precontractual al cliente deberá reflejar de manera clara y fiel los términos en que se va a desarrollar el servicio.

(iv) Las entidades de crédito deberán informar al cliente bancario de cuándo están desarrollando un servicio de asesoramiento, en cuyo caso, y salvo que el servicio sea gratuito, generará una remuneración independiente a la del servicio bancario.

(v) En materia de concesión de préstamos, las entidades de crédito deberán evaluar la capacidad del cliente de cumplir con las obligaciones derivadas del contrato.

(vi) En lo relativo a la concesión de créditos y préstamos con garantía hipotecaria, se prevé que el Banco de España elabore una «Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario», de forma que con carácter previo a la formalización de un préstamo el cliente pueda contar con información adecuada para adoptar sus decisiones de financiación.

(vii) Se establece la obligación de las entidades bancarias de documentar toda la información facilitada a través de la Ficha de Información Precontractual y la Ficha de Información Personalizada.

(viii) En los préstamos hipotecarios, la oferta vinculante previa a la suscripción del contrato deberá contener los mismos requisitos que se fijan para la Ficha de Información Personalizada, especificando que se trata de una oferta vinculante y el plazo de vigencia de dicha oferta.

(ix) En el caso que se ofrezca un sistema de cobertura de tipo de interés, vinculado con un préstamo ofrecido por la misma entidad bancaria, deberá recogerse en la Ficha de Información Personalizada toda la información necesaria para que el cliente pueda conocer la naturaleza del instrumento de cobertura, su duración, la dinámica de funcionamiento (pago de una prima, pago de liquidaciones periódicas, etc.) y el coste que puede suponer su cancelación.

Por último, conviene llamar la atención sobre una cuestión que recoge la Orden EHA/2899/2011 en relación con el acto de otorgamiento de los préstamos. Se trata de la facultad que se concede a los notarios para denegar la concesión de aquellos préstamos que no cumplan con los deberes de información contenidos en esta orden o en cualquier otra norma vigente.

Esta facultad les viene otorgada a los notarios por su condición de funcionarios públicos (fedatarios públicos), sometidos al deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que

autorizan. Asimismo, los notarios deberán: (i) comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la Ficha de Información Personalizada; (ii) verificar si, en su caso, se ha facilitado información sobre los productos de cobertura de tipo de interés; (iii) informar de cualquier aumento relevante que pudiera producirse en las cuotas del préstamo como consecuencia de la aplicación de las cláusulas financieras pactadas; (iv) informar al cliente de la eventual obligación de satisfacer a la entidad bancaria ciertas cantidades en concepto de compensación por desistimiento.

[Portugal]

Regime Processual Civil Experimental – Âmbito Territorial

Portaria n.º 265/2011, de 14 de Setembro (DR 177 série I de 2011-09-14)

A presente Portaria veio revogar o n.º 2 do artigo único da Portaria n.º 115-C/2011, de 24 de Março, que previa a aplicação do regime processual civil de natureza experimental, a partir de 15 de Setembro de 2011, nos juízos de competência especializada cível dos tribunais das comarcas de Leiria, Portimão, Évora e Viseu.

Organização Judiciária – Alteração Mapa Judiciário

Decreto-Lei n.º 113-A/2011, de 29 de Novembro (DR 229 série I de 2011-11-29)

O Decreto-Lei n.º 113-A/2011 veio revogar o Decreto-Lei n.º 74/2011, de 20 de Junho, que alargava às comarcas de Lisboa e da Cova da Beira o regime do novo mapa judiciário.

2 · JURISPRUDENCIA

Inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual en materia de lesiones cuando concurre un daño continuado

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de julio de 2011

Se pretende la revocación de la sentencia que condenó a indemnizar a un ciclista que sufrió un accidente como consecuencia del ataque de un perro, centrándose la discusión en la determinación del momento de inicio del cómputo del plazo de prescripción: mientras que los recurrentes consideran que ha de tomarse el momento en que se declaró la situación de incapacidad laboral absoluta por la Dirección Provincial de Trabajo (consecuencia de lo cual, la acción habría prescrito), la sentencia había considerado más oportuno partir del momento de curación total de las secuelas (posterior a la declaración de incapacidad).

Los recurrentes apoyan su recurso en las sentencias del TS de 7 de octubre de 2009, 24 de mayo de 2010 y 11 de febrero de 2011, según las cuales el cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual en materia de lesiones con secuelas invalidantes comienza cuando sea firme la resolución administrativa que declara o deniega el efecto invalidante.

Sin embargo, en esta resolución el TS puntualiza que dicha doctrina no se puede interpretar de tal manera que la resolución administrativa marque inexorablemente un límite irrebutable. De este modo, declara que la doctrina citada por los recurrentes debe ponerse en relación con la jurisprudencia que establece que en materia de daños continuados hay que atender al resultado definitivo o al conocimiento del quebranto final padecido. De tal manera que, en los casos en los que se conozca en un momento determinado el grado de incapacidad laboral, pero se ignore el resultado final de las lesiones, el plazo de la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual no empieza a correr.

El valor de adquisición de los inmuebles en ejecuciones hipotecarias desiertas

Auto 119/2011 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona

El auto de Audiencia Provincial de Girona resuelve en apelación el recurso interpuesto por el ejecutado hipotecario contra el auto que despacha ejecución.

En el supuesto de autos, una entidad bancaria tasó un inmueble en la escritura del préstamo hipotecario en un importe de 325.000 €, si bien, en tanto que en la subasta no concurrió ningún

postor, acabó adjudicándose el inmueble por el 50% de la referida cuantía (162.500 €). La Audiencia resuelve declarando que, en la medida en que el principal adeudado asciende a 303.658,10 €, el banco ya ha visto satisfecho su crédito al ingresar en su patrimonio el bien que tiene un valor fijado —por el propio banco— superior al importe del débito.

Los argumentos jurídicos que la Audiencia emplea para sustentar su decisión son diversos: (1.^o) El banco no recibe los 162.500 € de un tercer postor que se adjudica el bien, sino que lo hace suyo para reducir o extinguir su crédito, siendo entonces de aplicación la doctrina de los actos propios, en virtud de la cual, el banco no podría ir en contra de su primera tasación. (2.^o) Entiende que resulta de aplicación el artículo 82.1 del RD 1/2007, por lo que al imponerse una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones, y derivarse una asunción personal de la deuda cuando la garantía hipotecaria cubre sobradamente el crédito, estaríamos ante una cláusula nula. (3.^o) La actuación de la entidad financiera incurre en abuso de Derecho, límite intrínseco del Derecho subjetivo. Así, con fundamento en la STS 21/12/2000, entiende la Audiencia que al amparo del artículo 7 CC y el artículo 11 LOPJ, la actuación de la entidad financiera comporta el ejercicio antisocial del Derecho, en la medida en que, en base a lo dispuesto en una norma jurídica, se busca obtener una consecuencia que no entra dentro de la previsión para la cual hay que entender que ha sido dictada la norma (art. 579 LEC). (4.^o) La entidad bancaria obtendría un enriquecimiento injusto, ya que después de haber cobrado lo adeudado, podría, sin justa causa, obtener otras cantidades que no le corresponderían al amparo de una interpretación formalista del artículo 579 de la LEC.

Finalmente, señala la Audiencia que su decisión resulta acorde con la justicia material del caso, remarcando que en ocasiones se olvida que en la interpretación y aplicación de las leyes, los tribunales deben buscar aquella respuesta que, sin contravenirlas, sea más acorde con una decisión justa, que es lo que, en última instancia, la ciudadanía espera de un tribunal de justicia.

Improcedencia de la invocación de la situación de crisis actual como imposibilidad sobrevenida para justificar el incumplimiento contractual

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 2 de septiembre de 2010

En el supuesto que analizamos, la compradora del inmueble formula demanda en la que solicita la resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida (por no concederle la entidad bancaria de turno la necesaria financiación para llevar a cabo la compraventa) con devolución de la totalidad de la entrega a cuenta o, subsidiariamente, de una parte de dicha entrega, más intereses legales en ambos casos. Los vendedores reconviene instando el cumplimiento del contrato por parte de la compradora y, en caso de insolvencia, que se proceda a la resolución contractual por incumplimiento de la parte compradora, con pérdida del dinero entregado a cuenta al haber tenido carácter de arras penales. Con carácter subsidiario a la petición principal, se negaba la existencia de la imposibilidad sobrevenida invocada de contrario.

En relación con la imposibilidad sobrevenida, la Sala recoge la siguiente doctrina: (i) es un hecho notorio la necesidad de acudir a las entidades financieras al objeto de obtener la financiación necesaria para este tipo de adquisiciones de importante cuantía; (ii) antes de firmar el contrato, los compradores que aplazan una parte importante del precio deben examinar sus posibilidades económicas y así conocer los medios de pago de que dispondrán para hacer frente a la deuda; (iii) la obtención de financiación para la compraventa de la vivienda constituye una obligación del comprador (iv) en tanto que exista la posibilidad de cumplir, no cabe entrar a examinar la diligencia en el actuar del deudor para determinar el cumplimiento o incumplimiento de sus obligaciones; y (v) en consecuencia, en los casos de insolvencia del comprador, subsiste su obligación de satisfacer el precio pactado, y, al frustrarse las expectativas económicas y jurídicas de la vendedora (que no tiene por qué soportar los perjuicios que le ocasione aquella situación), esta tiene el derecho a solicitar la resolución del contrato.

Ejercicio de la facultad de impugnación de una compraventa de finca urbana ex artículo 53 LAU 1964

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de noviembre de 2011

El recurrente en casación (inquilino cuyo contrato de arrendamiento de finca urbana fue suscrito en 1973) pretende la revocación de las sentencias de primera instancia y apelación que le denegaron el ejercicio de la facultad conferida en el artículo 53 LAU 1964. Tal precepto permite al arrendatario impugnar la compraventa de la finca urbana objeto de arrendamiento si esta es

enajenada por un precio superior al de mercado (fijado orientativamente en la ley mediante baremos), dificultando que el inquilino ejercite sus derechos de tanteo y retracto.

Las sentencias de instancia y apelación entendieron que debía realizarse una interpretación teleológica de aquel precepto legal, exigiendo que, además de que el precio sea superior a los baremos previstos en la Ley, el arrendatario se vea efectivamente privado del derecho conferido por el artículo 53 LAU 1964. Esto es, estas resoluciones declararon que, aun superándose los baremos de la ley, no existirá derecho de impugnación cuando el precio de la compraventa sea razonable y no se evidencie la existencia de un verdadero ánimo defraudatorio, con finalidad de evitar que el inquilino ejerza sus derechos de tanteo y retracto. Así, desde el punto de vista de la Audiencia Provincial, un reconocimiento automático del derecho de impugnación carecería de sentido, pues en tal caso se estaría amparando un ejercicio abusivo de un derecho, por lo que el ejercicio debe ser analizado caso por caso.

El Supremo, sin embargo, hace suya una interpretación contraria —sostenida por la jurisprudencia mayoritaria—, según la cual una interpretación teleológica no puede suponer, de facto, la derogación judicial de un precepto legal plenamente vigente. En consecuencia, habiéndose constatado que el precio de compraventa es superior a los umbrales fijados por la antigua LAU, procederá reconocer automáticamente el derecho de impugnación al inquilino, sin que sea necesario valorar si existió o no un ánimo fraudulento, pues esa es una exigencia no incluida en el precepto.

Caracterización del deber de confidencialidad de los administradores (art. 232.1 LSC)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 2011

La sentencia del TS de 4 de octubre de 2011 estima el recurso de casación interpuesto por dos consejeros de la sociedad demandante, la cual ejercitó frente a ellos una acción social de responsabilidad por haber facilitado información confidencial a una tercera sociedad.

En cuanto al alcance del deber de confidencialidad, recogido en el artículo 232.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, el TS afirma que no se trata de una obligación de carácter absoluto, de modo que la necesidad de discreción no puede afirmarse sin más de la totalidad de los acuerdos adoptados en el seno del Consejo de Administración. Es más, la sentencia llega incluso a afirmar que el más general deber de lealtad de los administradores puede exigir la revelación de informaciones cuya ocultación precisamente pueda ser perjudicial para los intereses de la sociedad.

En lo que se refiere al sujeto receptor de la información, el TS concede gran relevancia al hecho de que la tercera sociedad fuera accionista de la actora. En tal sentido, entiende que el deber de confidencialidad admite ser modulado en función del destinatario, singularmente cuando el deber de transparencia exige la información puntual y suficientemente detallada a los accionistas. Asimismo, la sentencia subraya que el régimen del derecho de información del accionista como mecanismo de control del desarrollo de la actividad social (en su doble dimensión de derecho de pregunta y de examen documental) no prohíbe a los administradores facilitar información pertinente a los accionistas fuera de esos casos.

Por último, para considerar vulnerado el deber de reserva del administrador, el TS exige que la información confidencial sea efectivamente comunicada o divulgada a terceros. En el caso enjuiciado, la sentencia entiende que no existió realmente una «comunicación». Uno de los consejeros demandados era, al tiempo de la revelación, director general de la tercera sociedad, por lo que en realidad esta recibió la información del propio Consejo de Administración y no del administrador en particular.

Análisis de la validez de la cláusula que establece un interés de demora del 29% en un contrato de adhesión

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.ª, de 18 de julio de 2011

La Audiencia Provincial de Barcelona se pronuncia sobre una cuestión que recientemente ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia menor: si la cláusula de una póliza de crédito que contemple un interés de demora del 29% ha de considerarse o no abusiva.

En esta sentencia, al contrario de lo que sostienen otras Audiencias Provinciales de Cataluña, se confirma la validez de la cláusula que establezca un tipo de interés del 29%. Ello considerando

que la finalidad de los intereses moratorios no es otra que penalizar la actuación censurable del deudor, por lo que no pueden considerarse abusivos ni desmesurados.

Además, esta sentencia fija, como criterio para determinar si el tipo de interés moratorio es desorbitado, la comparación entre el tipo de interés moratorio y el tipo de interés retributivo, atendiendo a las circunstancias de mercado en cada momento, así como a la naturaleza de la operación perfeccionada entre las partes.

Interpretación del artículo 1504 CC: la resolución del contrato de compraventa de inmuebles no puede comunicarse por burofax, solo mediante requerimiento judicial o acta notarial

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de julio de 2011

El pasado 4 de julio de 2011, la Sala de lo Civil de nuestro TS, reunida en pleno, dictó sentencia por la que, resolviendo un recurso de casación, venía a fijar la interpretación del artículo 1504 del Código Civil.

Como es sabido, el citado artículo limita las facultades resolutorias del vendedor de un bien inmueble que, verificado el impago por parte del comprador, únicamente puede resolver válidamente el contrato mediante requerimiento judicial o por acta notarial.

La rigidez del artículo se había visto atemperada por la interpretación histórica y finalista que diversos tribunales, incluyendo el propio TS, habían realizado sobre dicho precepto. Así, existía una corriente jurisprudencial que admitía la validez de la resolución del contrato de compraventa de bien inmueble por parte del vendedor cuando esta se comunicaba a través de burofax y telégrafo.

Nuestros tribunales argumentaban, con expresa invocación del artículo 3.1 del Código Civil, que, en el momento en el que el artículo 1504 del Código Civil fue promulgado, las posibilidades de comunicaciones fehacientes se limitaban al requerimiento judicial o mediante acta notarial y que, en atención a la finalidad perseguida por el legislador, la interpretación actual debía cubrir otros medios que permitiesen conocer fehacientemente la recepción y el contenido de la comunicación.

Sin embargo, nuestro TS, mediante la sentencia que es objeto de comentario, rechaza esta interpretación expansiva y fija como doctrina jurisprudencial que, para surtir efecto, la comunicación de resolución del contrato de bienes inmuebles debe realizarse conforme en los estrictos términos previstos en el artículo 1504 del Código Civil.

Nuestro alto tribunal fundamenta su razonamiento, en parte, en las numerosas oportunidades que el legislador ha tenido de modificar y aclarar el contenido y alcance del artículo 1504 del Código Civil, sin que haya sido objeto de enmienda.

Además, la Sala de lo Civil del TS concluye que la especialidad del tráfico de bienes inmuebles justifica que el conocimiento del comprador incumplidor de la voluntad del vendedor de resolver el contrato no sea únicamente fehaciente, sino que deba contar con la garantía de la supervisión por parte de una autoridad judicial o de un fedatario público notarial.

El carácter reintegrable de los pagos para la cancelación anticipada de deuda. Imposibilidad de atacar únicamente la cancelación de una operación crediticia sin atenderse a las concretas circunstancias de la cancelación

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de octubre de 2011

El supuesto enjuiciado versa sobre la posibilidad o no de reintegrar los pagos anticipados para la cancelación de deuda conforme al supuesto establecido por el artículo 71.2 de la Ley Concursal.

La resolución defiende que en materia de cancelación anticipada no debe atenderse a una noción estricta o automática de perjuicio, sino a las concretas circunstancias de la cancelación y al desequilibrio o —como en el supuesto enjuiciado— carácter «neutro» de la equivalencia de las prestaciones derivadas de dicha cancelación.

En este asunto, la administración concursal que instó la acción de reintegración solicitaba la retroacción del pago que produjo la cancelación anticipada de una operación crediticia. Sin embargo, el referido pago tuvo lugar gracias a la concesión de un préstamo hipotecario por la propia entidad acreedora. En este sentido, la administración concursal, en lugar de atacar la constitución de la nueva garantía sobre deuda preexistente de acuerdo con el artículo 71.3.2º de la Ley Concursal —que hubiera sido, en su caso, lo procedente— atacó únicamente el pago que canceló la operación crediticia, tratando de desligarlo de la concesión del préstamo hipotecario.

La sentencia asimismo reitera la literalidad del artículo 71.3.2.º de la Ley Concursal, en el sentido de indicar que la presunción *iuris tantum* de perjuicio solo puede proyectarse respecto de la constitución de garantías reales. Resulta ilustrativo cómo la resolución diferencia entre el acto de cancelación y la constitución de la garantía indicando que, dado que la administración concursal no atacó la nueva garantía hipotecaria, no puede extenderse el elemento perjudicial observado en su constitución, al concreto acto de cancelación de la operación crediticia anterior.

También resulta relevante destacar que la sentencia, si bien de forma implícita, afirma la imposibilidad de rescindir parcialmente un acto —tan de moda últimamente entre las administraciones concursales—, es decir, únicamente la cancelación anticipada de la póliza, sin tener en cuenta el conjunto de las operaciones efectuadas, esto es, la concesión del préstamo hipotecario que fue destinado a la cancelación atacada.

Créditos subordinados. Persona especialmente relacionada con el deudor

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 2011

Esta resolución confirma que la totalidad de los créditos de que era titular la entidad recurrente contra la concursada merecen la calificación de créditos subordinados como consecuencia de ser una persona especialmente relacionada con la sociedad deudora y, más concretamente, al haber sido su administradora, pese a que alguno de los derechos había nacido de una operación sindicada o estaban protegidos por garantía financiera de carácter real.

Si bien la argumentación relativa a la relación de vinculación entre la entidad acreedora y la concursada no aporta ninguna novedad respecto de la genérica interpretación actual del artículo 92 de la Ley Concursal, resulta relevante la aplicación retroactiva de este precepto que efectúa el TS.

La entidad acreedora defendía que, dado que sus créditos fueron adquiridos antes de la promulgación de la Ley Concursal, no era de aplicación la vigente redacción del régimen de subordinación contenida en el artículo 92 de esa Ley. Sin embargo, la resolución afirma que, a pesar de que los créditos fueron originados por contratos perfeccionados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, su calificación se efectuó estando ya en vigor, y conforme a los criterios en ella establecidos.

En estos criterios —recogidos en el referido artículo 92 de la Ley Concursal— no se encuentra ningún régimen transitorio específico y, por tanto, aplicable al supuesto enjuiciado, motivo por el cual debe entenderse que el régimen de subordinación afecta a la calificación de los créditos que se realice estando vigente la actual Ley Concursal.

El crédito derivado de un contrato de *leasing* no inscrito puede ser calificado como crédito con privilegio especial

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de julio de 2011

La entidad arrendadora de un bien en régimen de arrendamiento financiero insinuó su crédito en el concurso, derivado de un contrato de arrendamiento suscrito con la concursada, como crédito con privilegio especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.1.1.º de la Ley Concursal.

Este crédito estaba formado por las cuotas de arrendamiento vencidas e impagadas por la arrendataria, así como por las cuotas futuras, cuyo importe se reclamó anticipadamente, en atención a una cláusula inserta en el contrato de arrendamiento descrito. Su importe, con anterioridad a insinuarse en el concurso, fue reclamado a través de una acción ejecutiva de la que se desistió.

No obstante, el crédito fue calificado en un primer momento como crédito ordinario, siendo confirmada esta decisión por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante y la Audiencia Provincial que conocieron del incidente y de la posterior apelación, respectivamente.

Las razones en las que se fundamentó la Audiencia Provincial para defender la calificación como ordinario fueron:

- (i) La relación contractual estaba extinguida por las partes a fecha de la declaración de concurso.

(ii) La arrendadora financiera conserva el derecho de recuperar el bien, toda vez que no ha ejercitado acción alguna en ese sentido.

(iii) El hecho de reconocer un crédito como privilegiado especial, con cargo al bien arrendado, hubiera supuesto la atribución de una facultad exorbitante.

(iv) El contrato no estaba inscrito en el Registro de Bienes Muebles y no cumple con los requisitos de la Ley 22/2003.

Finalmente, el TS revocó las sentencias recaídas en primera y segunda instancia por entender que, en lo referente a contratos de arrendamiento financiero, la inscripción es una mera posibilidad y el arrendador no está obligado a practicarla. Por ello, el TS considera que no cabe negar al crédito nacido de un contrato como el descrito —arrendamiento financiero—, la naturaleza de privilegiado especial cuando este ha sido formalizado en documento oponible a terceros y su inscripción no es obligatoria (artículo 56 Ley 22/2003).

La declaración en concurso no supone la resolución de una póliza de descuento de efectos mercantiles. Criterios para el descuento

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de octubre de 2011

El TS confirma que la declaración en concurso de la sociedad descontataria de efectos mercantiles, en virtud de una póliza de descuento suscrita con una entidad financiera, no es causa de resolución de esta póliza, máxime si ha continuado con su actividad empresarial.

Si al tiempo de la declaración en concurso la póliza de descuento suscrita entre concursada y entidad financiera no está resuelta y no se ha alcanzado el límite máximo pactado, no puede dejarse este contrato sin efecto. El Tribunal reconoce que la entidad podrá ponderar, de acuerdo a sus estándares de riesgo, la pertinencia del descuento. Sin embargo, puntualiza que la discrecionalidad para la realización del descuento radica en dos factores: la cifra máxima pactada en la póliza de descuento y la solvencia del deudor del efecto.

De esta forma, concluye el Tribunal que no se deja el cumplimiento del contrato al arbitrio de la entidad descontante (art. 1256 del CC) y que esta queda suficientemente protegida al continuar en funcionamiento la entidad descontataria (arts. 61 y 62 de la LC). Ello permitirá evitar la asfixia financiera de la empresa y, en caso de impago de un efecto, su cobro con cargo a la masa activa de la concursada.

[Portugal]

Processo Civil

Processo de Insolvência – Recursos – Sociedades em Relação de Grupo

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 339/2011, de 4 de Outubro de 2011

Através dos presentes autos, que subiram do TRC, no âmbito de um processo de insolvência, o TC apreciou a constitucionalidade das normas dos artigos 2.º, n.º 1, 9.º, n.º 1, 14.º, n.º 5, 78.º, n.º 1 e 86.º, n.º 2, do CIRE, 692.º, n.os 1 e 4, do CPC, 501.º e 504.º, do CSC e 5.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de Dezembro.

No caso em apreço, e em primeiro lugar, a recorrente – credora reclamante na insolvência de uma sociedade holding, que pugnou várias vezes, sem sucesso, pela apensação e liquidação conjunta do património da insolvente e das suas participadas, também declaradas insolventes – pretendia ver declarada a inconstitucionalidade das normas dos artigos 9.º, n.º 1, e 14.º, n.º 5, do CIRE e 692.º, n.os 1 e 4, do CPC, por violação do artigo 20.º da CRP, no sentido de, em processo de insolvência, os recursos terem sempre efeito devolutivo, não sendo possível requerer o efeito suspensivo, ainda que a decisão cause prejuízo considerável ao recorrente e este se ofereça para prestar caução.

Nesta matéria, o TC decidiu pela não inconstitucionalidade dos referidos preceitos, entendendo que o artigo 20.º da CRP não confere um direito a um duplo grau de jurisdição em termos gerais, tendo o legislador, fora de certos domínios específicos, uma larga margem de conformação do direito ao recurso, quer quanto à definição das decisões suscetíveis de impugnação e

aos condicionamentos da recorribilidade, quer quanto ao seu modo de processamento, regime de subida e efeitos do recurso.

Em concreto, o TC entendeu que a regra de que o recurso em processo de insolvência tem sempre efeito devolutivo tem uma justificação objetiva, baseada no carácter urgente do processo de insolvência, em virtude das gravosas consequências patrimoniais e pessoais para todos os que sofrem os efeitos da insolvência, e até de ordem sistémica, que este acarreta.

Em segundo lugar, a recorrente pediu a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 2.º, n.º 1, alínea a), 78.º, n.º 1, e 86.º, n.º 2, do CIRE e 501.º e 503.º, n.º 4 do CSC, por violação dos artigos 13.º e 62.º da CRP, quando interpretadas no sentido de não existir apensação necessária dos processos de insolvência de várias sociedades em relação de grupo por domínio total, e de que, quando estejam em causa processos de insolvência de várias sociedades em relação de grupo por domínio total, a prossecução do interesse comum dos credores não implica a apensação dos processos e a liquidação conjunta dos patrimónios.

De acordo com a recorrente, o facto de a sociedade dominante (ou de cúpula de um grupo societário) responder pelas dívidas de uma sociedade totalmente dominada em caso de insolvência da última, e de o inverso não acontecer em caso de falência da primeira relativamente às restantes sociedades do grupo constitui uma situação de desigualdade violadora do artigo 13.º da CRP, por colocar os credores da sociedade de cúpula de um grupo societário em situação pior do que aquela dos credores das sociedades dominadas. Defendeu, assim, a interpretação do artigo 86.º, n.º 2, do CIRE no sentido de fazer com que os diversos patrimónios que integram o grupo societário sejam tratados como um só, ultrapassando-se a autonomia formal de cada grupo societário.

Diversamente, o TC julgou que esta divergência de situações dos credores das diversas sociedades em relação de grupo no momento de liquidação em processo de insolvência se encontra justificada, uma vez que cada credor é titular de direitos sobre um ente patrimonialmente autónomo. A extensão excepcional da responsabilidade das sociedades dominantes pelas dívidas das sociedades dominadas é justificada pelo facto de as primeiras poderem transmitir instruções vinculativas às administrações das últimas. De resto, os credores de cada uma das sociedades de um grupo são tratados igualmente na sua pretensão de serem pagos pelos produtos dos respectivos ativos, não decorrendo dos princípios invocados uma imposição ao legislador no sentido de que a situação falimentar modifique o regime jurídico dessa garantia.

Em terceiro lugar, e por último, a recorrente pediu a declaração da inconstitucionalidade da norma constante do artigo 86.º, n.º 2, do CIRE, na interpretação de que o administrador de insolvência tem o poder discricionário de requerer a apensação dos processos de insolvência, não podendo o juiz ordenar-lhe que requeira a apensação, mesmo em situações de processos de insolvência de sociedades em relação de grupo por domínio total. Defendeu a recorrente a incompatibilidade desta interpretação com o princípio da tutela jurisdiccional efetiva (artigo 20.º da CRP) e com a reserva de função jurisdiccional (artigo 202.º da CRP).

O TC, mais uma vez, não reconheceu razão à recorrente, em virtude de a apensação dos processos de insolvência ter meros efeitos processuais, destinando-se a obter vantagens de economia processual. Na opinião do TC, ao decidir sobre a apensação ou não de processos de insolvência, o administrador de insolvência não está a decidir qualquer conflito de interesses públicos ou privados, mas a avaliar o que melhor serve a prossecução do interesse comum dos credores, decisão que é inerente ao seu poder gestonário.

Qualificação da Insolvência como Fortuita

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 340/2011, de 4 de Outubro de 2011

Este acórdão pronunciou-se sobre a conformidade do n.º 4 do artigo 188.º do CIRE com a CRP, quando interpretado no sentido de que o juiz está vinculado a qualificar a insolvência como fortuita face aos pareceres do administrador de insolvência e do MP.

O TRC havia declarado a inconstitucionalidade material da norma referida, por violação do princípio do direito de acesso aos tribunais para defesa de direitos e interesses legítimos e do princípio de reserva de juiz, contidos nos artigos 20.º e 202.º da CRP, respetivamente.

O TC, analisando a questão, veio decidir pela não inconstitucionalidade do referido preceito do CIRE.

Entendeu o TC que o mesmo não viola o artigo 20.º da CRP, uma vez que a qualificação da insolvência como culposa tem efeitos e natureza essencialmente sancionatória e de interesse geral, não tendo como finalidade a proteção dos interesses de cada credor individualizado. Acresce que, com o encerramento do incidente, os credores não sofrem privação de qualquer meio de defesa judicial do seu crédito ou de impugnação de créditos concorrentes.

Da mesma forma, decidiu o TC que o n.º 4 do artigo 188.º do CIRE não viola o princípio da reserva do juiz, pois a lei não comete a outra entidade – que não o juiz – competência para dirimir conflitos e assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, nem priva o juiz dessa função. O referido preceito extrai as consequências processuais do facto de as entidades legitimadas para prosseguir o incidente de qualificação da insolvência (o administrador de insolvência e o MP) entenderem que não há razões que justifiquem pedir a qualificação da insolvência como culposa e a aplicação das sanções inerentes.

Injunção – Falta de Comprovação de Pagamento de Taxa de Justiça pelo Réu

Acórdão do Tribunal Constitucional de 3 de Novembro de 2011

A decisão em apreço resultou de um recurso interposto pelo MP de uma decisão da primeira instância que recusou a aplicação do artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro, na sua atual redação, isto é, na parte que determina o desentranhamento da contestação, caso o réu não comprove o pagamento da taxa de justiça nos dez dias subsequentes à distribuição. Ao invés, o tribunal determinou o cumprimento do artigo 486.º-A do CPC, o qual admite ao réu a possibilidade de proceder ao pagamento da taxa de justiça, com multa, em novo prazo que a lei estabelece.

De acordo com o regime geral previsto no CPC, a falta de comprovação de pagamento da taxa de justiça, em prazo, por parte do réu implica a apresentação da mesma em prazo posterior, com o pagamento de multa, ao passo que a falta de comprovação de pagamento de taxa de justiça por parte do autor implica o não recebimento da petição inicial.

No entendimento do TC, esta diferenciação de regimes (quanto à apresentação de petição inicial e à apresentação de contestação) é perfeitamente justificada, porquanto o desentranhamento da petição inicial (ou o seu não recebimento) não faz precluir o direito do autor, que pode, se assim o desejar, propor de imediato nova ação. Diversamente, o desentranhamento da contestação apresentada pelo réu implica que os seus fundamentos de defesa não possam voltar a ser apresentados, com os efeitos cominatórios que a lei prescreve.

Contudo, interpretado o artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro, nos termos desenvolvidos na decisão recorrida, resultaria que a omissão de comprovação da taxa de justiça pelo réu (nos dez dias subsequentes à distribuição do procedimento injuntivo como ação) redundaria no imediato desentranhamento da oposição à injunção (a qual tem os efeitos da contestação e reflete a defesa do réu), sem haver lugar à concessão de prazo suplementar para supressão da omissão, nos termos previstos no artigo 486.º-A, n.os 3 a 6, do CPC.

O TC debruçou-se, então, sobre a questão de aferir da conformidade desta interpretação com o direito a um processo equitativo, como corolário do direito à tutela jurisdicional efetiva, consagrado no artigo 20.º da CRP e entendeu que a celeridade que se pretende com o regime simplificado do procedimento de injunção não pode comprometer, de forma desproporcional, o princípio do contraditório, sob pena de violação do referido preceito constitucional.

Concluiu, assim, o TC, que atribuir a consequência imediata e irreversível de desentranhamento da contestação ao incumprimento de um ónus processual é manifestamente desproporcional, por impossibilitar o réu de fazer valer a sua posição no litígio. Existe, então, uma restrição inconstitucionalmente intolerável do direito de contraditório, não se assegurando o tratamento equitativo das partes, nem a efetividade da tutela jurisdicional.

Por conseguinte, o TC considerou inconstitucional a interpretação normativa do artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro, na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 4/2008,

de 26 de Fevereiro – articulado com o disposto no n.º 4 do artigo 7.º do Regulamento das Custas Processuais – segundo a qual a falta de comprovação do pagamento da taxa de justiça, devida pelo réu, nos dez dias subsequentes à distribuição do procedimento injuntivo como ação, acarreta o imediato desentranhamento da peça processual de defesa, que valeria como contestação no âmbito de tal ação.

PROCESAL PENAL*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Pautas de interpretación para los procedimientos penales en los que se vea incurso una persona jurídica en los términos establecidos en el nuevo artículo 31.bis del Código Penal

Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado «relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 5/2010»

Con la entrada en vigor el pasado 23 de diciembre de 2010 de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, se introduce por primera vez en España la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Tras su entrada en vigor, muchas fueron las dudas que surgieron en relación con esta nueva figura sujeta a responsabilidad penal, sobre todo en lo relativo al sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y a su *status* procesal dentro del procedimiento penal.

Por ello, la Fiscalía General del Estado consideró necesario establecer unas pautas de interpretación sobre las cuales los fiscales deberían guiarse en los procedimientos penales en los que se viera incurso una persona jurídica, en los términos establecidos en el artículo 31 bis del Código Penal.

La circular fue muy esperada por la mayor parte del sector jurídico, dado que serviría de guía para conocer unas mínimas pautas de interpretación hasta que no se pronunciara la jurisprudencia. Finalmente, la circular dictada por la Fiscalía General del Estado vio la luz el pasado día 1 de junio de 2011.

La circular de la Fiscalía General del Estado, bastante completa en términos generales, entra a valorar diferentes aspectos relacionados con la nueva figura sujeta a responsabilidad penal, tales como (i) las personas jurídicas sujetas a responsabilidad y los entes sin responsabilidad penal; (ii) el sistema de responsabilidad penal establecido en el artículo 31 bis del CP; (iii) el catálogo de delitos de los que pueden ser responsables las personas jurídicas; (iv) el ámbito de aplicación del artículo 129 CP; (v) las penas que pueden imponerse a la persona jurídica; (vi) las reglas de aplicación penológica, medidas cautelares, consecuencias accesorias; (vii) y demás cuestiones de índole procesal.

Desde un *punto de vista sustantivo*, las cuestiones más importantes sobre las que se ha pronunciado la Fiscalía General del Estado se resumen en las siguientes:

(i) *Sistema de atribución de responsabilidad penal por transferencia*: En opinión de la Fiscalía, en los dos primeros párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del CP, se establece un meca-

* Esta sección de Derecho Procesal Penal ha sido coordinada por Esteban Astarloa, y en su elaboración han participado Almudena Peleteiro, Cristina de la Serna, Alberto Gómez, Lara Geraldés, Miguel Rodríguez Leal, Paula Adrega Flor y Rita Castanheira Neves, del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

nismo normativo de *atribución de responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial*, también denominado heterorresponsabilidad. Esto significa que las personas jurídicas pueden resultar penalmente responsables de los hechos cometidos por las personas físicas y cuando concurren las concretas condiciones a las que se refiere el precepto, sin necesidad de que concurren más requisitos (de culpabilidad, por ejemplo). *La responsabilidad de la persona física se transfiere de forma automática a la persona jurídica.*

(ii) *Programas de compliance.* Como consecuencia de lo anterior, los programas de *compliance* pueden servir de instrumento para evaluar el contenido real del mandato del que es titular el representante, pero en ningún caso constituyen el fundamento de la imputación de la persona jurídica ni, literalmente, «*constituyen el sustrato de una pretendida culpabilidad de empresa a la que no se refiere el art. 31 bis del Código Penal*».

(iii) *Delitos cometidos por sociedades «pantalla».* También se pronuncia en relación con los delitos cometidos al amparo de *sociedades pantalla* o de *fachada*. Así, para este caso la Fiscalía da instrucciones precisas a los fiscales de que recurran a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del *levantamiento del velo*, a los efectos de aflorar a las personas físicas amparadas por la ficción de independencia y alteridad de la sociedad *pantalla*.

(iv) *Modulación de cuantías en sanciones pecuniarias en los casos de acusación conjunta de personas físicas y jurídicas.* Para los casos en que se acuse de forma conjunta a la persona física y a la persona jurídica, la Fiscalía entiende que los fiscales deberán atenerse a lo establecido en el apartado 2.º del art. 31 bis del Código Penal, modulando así las cuantías de las respectivas sanciones pecuniarias que les sean impuestas.

(v) *Atenuantes aplicables a las personas jurídicas. Exclusión de las atenuantes previstas en el artículo 21 del Código Penal.* La Fiscalía General del Estado considera que las circunstancias atenuantes aplicables a las personas jurídicas y que están contenidas en el apartado 4.º del artículo 31 bis, *tienen carácter exclusivo*. En consecuencia, quedaría vetada a posibilidad de que los fiscales solicitasen la aplicación de tales circunstancias a las personas jurídicas.

(vi) *Pena de multa como pena prioritaria para las personas jurídicas.* La Fiscalía entiende que en caso de sancionar a la persona jurídica, se deberá optar, en todo caso, por solicitar pena de multa. De esta forma, en los escritos de calificaciones provisionales del Ministerio Fiscal, esta debe ser la opción prioritaria.

(vi) *Cálculo de la pena de multa.* La Fiscalía establece las bases para cuantificar la pena de multa que podrá ser impuesta a las personas jurídicas. Para ello, deberá atender a la información que respecto de esa específica materia se pueda extraer de los resultados económicos obtenidos por las sociedades mercantiles en los ejercicios objeto de investigación conocidos a través del depósito de cuentas anuales en el Registro Mercantil.

(vii) *Pena de suspensión de actividades.* Los fiscales, para el caso de que solicitaran esta pena, podrán interesar la suspensión de la totalidad de la actividad de la empresa o solo respecto de una parte de ella.

(viii) *Pena de disolución de la persona jurídica.* Esta pena deberá reservarse para casos extremos, como delitos de especial gravedad y repercusión social.

Desde un *punto de vista procesal*, la Fiscalía también se ha pronunciado sobre determinadas cuestiones, que pueden sintetizarse en las siguientes:

En primer lugar, establece que hasta que se prevea un régimen procesal específico para la persona jurídica imputada en el procedimiento penal, se deberán aplicar los preceptos de la LECrim y, supletoriamente, los preceptos de la LEC. En este sentido, con la entrada en vigor el pasado 30 de octubre de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, que regula específicamente esta materia, las pautas establecidas por la Fiscalía General del Estado han quedado, en principio, en segundo plano.

(x) *Primera comparecencia ante el Juzgado.* La Fiscalía establece que, en lo que se refiere a la primera comparecencia en que haya de informarse a la persona jurídica de la imputación, esta se deberá hacer a través del legal representante de la sociedad, con las mismas salvedades que respecto de la persona física. Asimismo, establece que la comunicación de la imputación habrá de remitirse al domicilio social de la persona jurídica.

(xi) *Enjuiciamiento en casos de ausencia y última palabra.* La Fiscalía advierte a los fiscales que deben cuidar de que el legal representante de la persona jurídica sea citado en forma para asistir a juicio con el mismo régimen que una persona física, para que, en caso de incomparecencia, sea posible la celebración de juicio en su ausencia. Asimismo, se indica expresamente que el legal representante de la persona jurídica puede hacer uso del derecho a la última palabra.

(xii) *Régimen de la conformidad.* La Fiscalía se pronuncia a favor de que las personas jurídicas puedan hacer uso del régimen de la conformidad previsto en los artículos 787.1 y 784.3.º de la LECrim. No obstante, advierte a los fiscales del uso indebido que puede hacerse de esta figura para evadir la responsabilidad penal en detrimento de la persona física, o viceversa. Para ello, anuncia que se evitará especialmente la conformidad en los supuestos que sean subsumibles en el apartado 1 del artículo 31 *bis*.

2 · JURISPRUDENCIA

La declaración de nulidad de las actuaciones judiciales no es óbice para la interrupción del período de prescripción

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 3 de julio de 2011

El TS estima el recurso de casación formulado por el abogado del Estado contra el auto por el que la Audiencia Provincial de Badajoz había acordado el sobreseimiento libre de la causa por prescripción del delito, debido a la paralización del procedimiento penal por un tiempo superior a cinco años.

El 14 de mayo del año 2001 se inició un procedimiento contra diversos acusados, por un supuesto delito contra la hacienda pública. Al dar traslado a los imputados para formular calificación, el Juzgado de Instrucción omitió el traslado a la defensa de los responsables civiles, cercenando la posibilidad de que realizaran una calificación provisional. El Juzgado de lo Penal ante el que debía desarrollarse el juicio oral instó el 15 de abril de 2002 una cuestión de competencia ante el Tribunal Supremo, que fue resuelta a su favor. Tras señalar fecha para el juicio, el Juzgado se inhibió a favor de la Audiencia de Badajoz, el 27 de marzo de 2004. Ante esta, los responsables civiles solicitaron la nulidad de las actuaciones con base en que no se les había dado traslado en tiempo para calificar provisionalmente el delito. El 1 de septiembre de 2004, la Audiencia estimó la petición, declarando la nulidad de lo actuado y el retorno del caso ante el Juzgado de Instrucción, manteniendo sin embargo las actuaciones no viciadas de nulidad. El traslado de las actuaciones a los responsables civiles no se realizó, por parte del Juzgado de Instrucción, hasta el 16 de diciembre de 2007. La cuestión que se suscita ante el Tribunal Supremo es si la declaración de nulidad de las actuaciones implica su total inexistencia, permitiendo así el transcurso del plazo de prescripción o si, pese a ser declarados nulos, los actos mantienen su efectividad interruptora de la prescripción.

El TS estimó que los actos declarados nulos conservaban sus efectos de interrupción de la prescripción. Se basó, para ello, en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala, de 27 de abril de 2011, según el cual, «*las actuaciones declaradas nulas en el proceso penal no pierden por ello la eficacia interruptiva que tuvieron en su momento*». En su virtud, la consecuencia interruptora de la prescripción, inherente a la existencia de un acto del procedimiento, es ajena a su validez, y subsiste si se declara su nulidad. Además, al declarar la nulidad de lo actuado, la Audiencia mantuvo los actos no viciados de nulidad, entre los cuales figuraba la cuestión de competencia, que en todo caso evitó la prescripción del delito.

Los magistrados Joaquín Giménez García y Manuel Maza Martín disintieron de la posición mayoritaria de la Sala a través de un voto particular fundado en dos argumentos. En primer lugar, porque la nulidad de pleno derecho supone la inexistencia misma de la actuación, máxime cuando no llegó a dictarse una resolución que sustituyese a aquella declarada nula, de 26 de febrero de 2003. En segundo lugar, porque el acuerdo del Pleno no jurisdiccional constituye una interpretación contra reo de la prescripción, prohibida en el sistema penal. Deducen de ello la prescripción del delito enjuiciado.

La incertidumbre respecto del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción no puede jugar en contra del reo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 7 de junio de 2011

Se interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid por la que se condenó al acusado por el delito de apropiación indebida (arts. 252) y por el delito societario del art. 293 CP, absolviéndole del delito de falsedad contable (art. 290 CP). Para ello la Audiencia rechazó que se hubiera producido el transcurso del plazo de prescripción de 5 años, aplicable en virtud del delito más grave objeto de acusación, el de apropiación indebida.

La dificultad en el presente caso consistía en definir el *dies a quo* para el cómputo de dicho plazo de prescripción. En el relato de hechos probados no se especificaron las fechas exactas en las que se llevaron a cabo las operaciones de apropiación indebida, concretándose únicamente que dichas operaciones se habían producido en los ejercicios económicos de 1993 a 1997. Por esta razón, la Audiencia Provincial consideró que el *dies a quo* era el 1 de enero de 1998, coincidente con la finalización del ejercicio económico de 1997, de forma que los delitos objeto de acusación no habrían prescrito a la fecha de interposición de la querrela, el 11 de mayo de 2002.

El Tribunal Supremo casó dicha sentencia argumentando que, ante la falta de concreción de la fecha exacta de comisión de los hechos, la duda no podía actuar en ningún caso en contra del reo. De este modo, habiéndose interpuesto la querrela el 11 de mayo de 2002, el plazo de 5 años de prescripción respecto de unos hechos cometidos «en el año 1997» ya habría transcurrido.

Otro tanto cabría decir respecto del delito societario del artículo 293, cuyo plazo de prescripción es el de 3 años, y el *dies a quo*, en el presente caso, el 8 de junio de 1998; y del delito de falsedad contable, cometido en los ejercicios 1993 a 1997 y con un plazo de prescripción igualmente de 3 años.

Sin haber oído personalmente al acusado, el Tribunal Supremo no puede rectificar la interpretación de los hechos probados realizada en primera instancia en relación con la culpabilidad del acusado

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2011

El pasado 22 de noviembre de 2011 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a España por vulneración del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (que reconoce el derecho del acusado a tener un «proceso equitativo») en relación con la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 2 de septiembre de 2003.

La demandante era la esposa de un notario que fue absuelto en primera instancia por la Audiencia Nacional de los delitos de estafa (art. 248 CP) y de falsedad en documento público (art. 390 CP). Según los hechos declarados probados por la Audiencia Nacional, aunque el notario había autorizado la emisión de títulos de obligaciones garantizadas con hipotecas inexistentes, no se acreditó que él (i) tuviera conocimiento de que los inmuebles hipotecados ya habían sido vendidos a un tercero; y (ii) hubiera previsto o contemplado como probable un perjuicio para los suscriptores de los títulos derivado de la actuación de la sociedad emitente.

No obstante, las partes acusadoras presentaron los correspondientes recursos de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional, los cuales fueron estimados parcialmente por el TS tras la celebración de una vista a la que asistió el letrado del notario. Concretamente, el alto tribunal declaró que el notario era cómplice del delito de estafa, ya que era consciente de que las hipotecas que supuestamente debían garantizar los títulos de obligaciones no habían sido inscritas y que, por tanto, carecían de validez en virtud del artículo 154 de la Ley Hipotecaria. De este modo, el TS concluyó que cuando el notario autorizó las actas de emisión de las obligaciones, omitiendo que las hipotecas no habían sido inscritas, estaba colaborando dolosamente en el engaño que sirvió como base para la comisión del delito de estafa.

El notario interpuso recurso de amparo contra la sentencia de casación al entender que el TS había creado *ex novo* un hecho no incluido en la sentencia dictada en primera instancia por la Audiencia Nacional, a saber, la existencia de dolo eventual en la actuación del notario. Y con ello, según el recurrente, el TS había realizado una nueva valoración de las pruebas vulnerando los principios de publicidad, contradicción e inmediación. Sin embargo, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo al entender que el TS no había modificado los hechos probados de la sentencia de primera instancia, sino que simplemente se había limitado a rectificar la inferencia realizada por la Audiencia Nacional a partir de tales hechos.

A la vista de lo anterior, la esposa del notario (ya que este había fallecido) interpuso demanda contra España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, denunciando la vulneración de,

entre otros, el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según la demandante, este artículo (que como ya hemos dicho reconoce el derecho del acusado a un «proceso equitativo») exige que el acusado sea oído directamente por el órgano jurisdiccional que decida sobre su culpabilidad. Y ello, alega igualmente la demandante, no habría ocurrido en el caso que nos ocupa, pues el TS condenó al notario «*sin haberle tomado declaración personalmente ni haberle permitido exponer sus argumentos*».

Pues bien, aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que el TS simplemente realizó una nueva inferencia a partir de los hechos declarados probados por la Audiencia Nacional, afirma que cuando esa inferencia se refiere al elemento subjetivo del acusado es necesario que este sea personalmente oído por el Tribunal. En particular, el Tribunal Europeo afirma que el acusado tiene derecho a «*hacer valer ante el Tribunal las razones por las que niegue haber sido consciente de la ilegalidad de su comportamiento*». Siguiendo este razonamiento, el Tribunal Europeo condenó a España a indemnizar a la esposa del notario por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la sentencia dictada por el TS el 2 de septiembre de 2003.

Primer auto de procesamiento dictado contra una persona jurídica

Auto de procesamiento del Juzgado de Instrucción n.º 6 de la Audiencia Nacional, de 11 de octubre de 2011

Casi un año después de la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, que introdujo un nuevo régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas, el Juzgado Central de Instrucción n.º 6 de la Audiencia Nacional ha dictado la primera resolución contra varias personas jurídicas: un auto de procesamiento fechado el mismo día de la publicación de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que modifica una decena de artículos de la LECrim.

El instructor procesa a seis personas físicas y cinco personas jurídicas, en el marco de un entramado societario que, bajo la apariencia de operaciones de exportación e importación de maquinaria, tenía por fin la introducción de droga (cocaína) proveniente de Venezuela en el territorio español.

Cuatro son las cuestiones procesales que merecen comentario y reflexión en relación con el citado auto: (i) jurisdicción; (ii) competencia; (iii) conflicto de interés; y (iv) concurrencia de presupuestos para la adopción de medidas cautelares.

La jurisdicción española es competente para enjuiciar a las cinco personas jurídicas, en virtud de distintos foros de competencia: el del domicilio para las dos entidades domiciliadas en España (art. 23.2 LOPJ), pero además, y principalmente en relación con las restantes, el del vínculo de conexión relevante con España (art. 23.4 e) LOPJ), ya que este era el destino de la droga y serían los residentes en España las potenciales víctimas de un delito que atenta contra la salud pública.

En relación con la competencia, las sociedades mercantiles procesadas son sociedades pantalla, sin actividad real lícita, por lo que cabe preguntarse si no se ha hecho un doble procesamiento, cuando han sido asimismo procesadas en algunos casos las personas físicas que las administran. En este sentido, la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado declara que nada impide recurrir a la simulación contractual o el levantamiento del velo de cara a evidenciar a las personas físicas ocultas tras una ficción de independencia y alteridad. No obstante, la decisión de procesamiento adoptada por el instructor es revocable si llegado el momento se concluye la falta absoluta de alteridad entre personas físicas y jurídicas.

Sobre el conflicto de interés, dos de las personas jurídicas procesadas designaron como representantes (ex art. 409 bis, en relación con el art. 119 LECrim.) a personas integrantes de su estructura que están también imputados como personas físicas. Una tercera nombra representante especial a su administrador único, de nacionalidad venezolana y no imputado en la causa como persona física, luego en el juicio oral esa persona no podrá declarar como testigo en nombre de la persona jurídica, ya que lo impide el artículo 786 bis LECrim.

Finalmente, en lo que se refiere a la concurrencia de presupuestos para la adopción de medidas cautelares, el instructor acuerda ratificar las medidas cautelares de clausura y suspensión de las actividades de las entidades procesadas por una duración de dos años. En este sentido, si bien los

indícios racionais de criminalidad parecen suficientemente fundamentados, no puede decirse lo mismo del *periculum in mora*, cuya concurrencia no es motivada por el instructor, que persigue a través de esta actuación evitar que las entidades implicadas continúen con su actividad.

En suma, estas son las principales cuestiones procesales que han afectado al primer auto de procesamiento de una persona jurídica, bajo los términos del nuevo régimen de responsabilidad penal instaurado por la LO 5/2010 y coincidiendo con la publicación de la Ley 37/2011, que no entraría en vigor hasta veinte días después (disposición final 3.^a).

[Portugal]

Recursos – Irrecorribilidade de Acórdãos Condenatórios

Acórdão do Tribunal Constitucional de 27 de Julho de 2011

O arguido num processo-crime pela prática do crime de homicídio na forma tentada interpôs recurso para o TC, pedindo a declaração de inconstitucionalidade da norma constante do artigo 400.º, n.º 1, alínea f), do CPP, quando interpretada no sentido de ser irrecorrível uma decisão do Tribunal da Relação que, apesar de ter confirmado a decisão de 1.ª instância em pena não superior a 8 anos, se pronunciou pela primeira vez sobre um facto que a 1.ª instância não havia apreciado.

No caso em apreço, a Relação conheceu ex novo um facto não apreciado em 1.ª instância, ou seja, que o arguido, para ressarcimento parcial dos danos causados ao ofendido, lhe havia pago determinada quantia.

Segundo o arguido, ora Recorrente, deveria ser admitido *in casu* recurso para o STJ quanto ao facto novo dado como provado pela Relação, sob pena de supressão prática de um grau de jurisdição e, conseqüentemente, do direito ao recurso consagrado no artigo 32.º, n.º 1, da CRP.

O TC entendeu que, neste caso, apesar de o Acórdão do Tribunal da Relação ter dado como provado um facto novo – facto esse que foi suscitado pelo próprio arguido e que lhe era favorável –, tal decisão constitui uma segunda pronúncia sobre o objeto do processo, pelo que já não há que assegurar a possibilidade de suscitar mais uma instância de controlo ou um terceiro grau de jurisdição.

Por esse motivo, o TC decidiu não julgar inconstitucional a referida interpretação da norma do artigo 400.º, n.º 1, alínea f), do CPP e, conseqüentemente, negar provimento ao recurso.

Alteração da Qualificação Jurídica dos Factos em Processo Penal

Acórdão do Tribunal Constitucional de 12 de outubro de 2011

No caso em análise, um arguido foi condenado, em primeira instância, a seis anos de prisão, por burla agravada. Inconformado, o arguido recorreu para o TRP, que negou provimento ao recurso, alterando, no entanto, a pena, de seis anos para cinco anos de prisão, e considerando que as vítimas da burla foram os clientes do banco em que trabalhava, e não a própria instituição bancária, como tinha sido decidido em primeira instância.

O arguido apresentou, então um requerimento arguindo nulidades de que, no seu entender, enfermaria o acórdão do TRP, requerimento esse que veio a ser desatendido.

Recorreu, então, o arguido, para o TC, defendendo ser inconstitucional, por violação das garantias de processo criminal constantes do artigo 32.º da CRP, a norma do artigo 358.º do CPP, na interpretação feita pelo TRP, segundo a qual a «convolação» do ofendido ou da vítima, num crime de burla, não se traduz numa nova qualificação jurídica dos factos, não justificando, portanto, a concessão ao arguido da oportunidade de defesa quanto a esta. Segundo o recorrente, o TRP procedeu a um diferente enquadramento ou qualificação dos factos consubstanciadores da infração criminal imputada ao arguido, sem previamente lhe dar oportunidade de se pronunciar quanto a este novo enquadramento ou qualificação.

O TC fixou o objeto do recurso na questão de saber se a interpretação que a decisão recorrida fez de certos dispositivos legais lesou ou não as garantias de processo criminal consagradas no artigo 52.º da CRP. Pronunciando-se sobre esta questão, o TC recorreu a jurisprudência desse mesmo tribunal, segundo a qual não é qualquer alteração da qualificação jurídica dos factos

que, a ser invocada, pode justificar o juízo de inconstitucionalidade sobre a norma do artigo 358.º do CPP. Decorre dessa jurisprudência que esse juízo, a ser feito, assenta sobre dois pressupostos: primeiro, o de a diferente qualificação jurídica dos factos (a ter-se verificado) ter conduzido a uma agravação da condição jurídico-penal do arguido; e, em segundo lugar, o de que, tendo este sido desprevenidamente confrontado com essa alteração, não pudesse orientar quanto a ela a sua estratégia de defesa.

No caso concreto, o TC verificou não se verificar nenhum dos dois pressupostos, uma vez que o arguido viu a sua condição jurídico-penal melhorada (pela diminuição da medida da pena) e que não se pode afirmar que o arguido não tenha previsto e orientado a sua defesa também para a possibilidade de se considerar os clientes da instituição bancária onde trabalhada como vítimas da sua atuação, negando, portanto, provimento ao recurso.

Recurso para o STJ de Acórdão do Tribunal da Relação de Absolvição do Arguido

Acórdão do Tribunal Constitucional de 16 de novembre de 2011

Foi interposto recurso para o TC de um acórdão do STJ em que se rejeitou, por inadmissibilidade legal, os recursos interpostos de um acórdão do TRL que absolveu o arguido, depois de, em primeira instância, este ter sido condenado em pena não privativa de liberdade.

Argumentou o STJ que, ao admitir o recurso em tal situação, o legislador estaria a dar um tratamento diferente daquele que confere à situação inversa e simétrica em que, revogando uma decisão absolutória proferida na primeira instância, o acórdão do Tribunal da Relação condena o arguido numa pena não privativa da liberdade, situação esta em que o recurso para o STJ é vedado, nos termos da alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP. O STJ recusou, portanto, apreciar os recursos por entender que, dos artigos 399.º e 400.º do CPP, dos quais, *a contrario*, se retira a possibilidade de recurso de uma decisão absolutória em segunda instância, na sequência da condenação do arguido, em primeira instância, em pena não privativa de liberdade, por considerar que aquelas normas, assim interpretadas, violariam os artigos 13.º e 32.º, n.º 1 da CRP.

Deste acórdão foram interpostos dois recursos para o TC, pelo MP e pelo assistente. O primeiro sustentou a confirmação do juízo de inconstitucionalidade proferido pela decisão recorrida, considerando a situação em análise uma diferença constitucionalmente inadmissível, sendo, portanto, a norma que atribui à «acusação» o direito a recorrer, neste caso, inconstitucional, por violação dos artigos 13.º e 32.º, n.º 1 da CRP.

Em sentido diverso, o assistente defendeu que a solução legislativa subjacente à norma em causa não seria inconstitucional, por se inscrever ainda (tal como a solução oposta, de não admissão de recurso) no âmbito de liberdade conformadora do legislador ordinário.

O TC, analisando a questão, começa por lembrar que o processo penal não é um processo de partes, não devendo o princípio de igualdade de armas entre a acusação e a defesa ser lido como obrigando ao estabelecimento de uma igualdade matemática ou sequer lógica entre o estatuto processual de quem se defende e o estatuto processual de quem acusa.

De acordo com o TC, a desigualdade entre a acusação e a defesa, que a situação porventura origina, não é por si motivo para que se considerem lesadas as garantias de defesa do arguido, consagradas no artigo 32.º da CRP, uma vez que nada impede que, nesta última fase de discussão do caso, estas sejam devidamente observadas.

Por outro lado, não considerou o TC que se pudesse concluir que a diversidade de tratamento entre as duas situações fosse, à luz do princípio da igualdade, desrazoável. A consagração legislativa da possibilidade de recurso em matéria penal assenta, principalmente, em dois critérios. São limitadas as situações de recorribilidade aos casos em que: (i) seja maior o merecimento penal; e (ii) não haja, através da chamada «dupla conforme», suficiente grau de certeza quanto aos juízos já emitidos. Assim, entendeu o TC que, face à ratio do sistema, que visa conciliar garantias de defesa do arguido e realização da justiça penal, com a conseqüente busca da verdade material -, não se mostra injustificável que seja aberta mais uma via de recurso nas situações em que, a uma condenação em primeira instância em pena não privativa de liberdade, se siga uma absolvição em segunda instância. Tal solução pode parecer, na lógica do sistema, incongruente ou menos racional, mas não é, no entender do TC, contrária à CRP.

PROPIEDAD INTELECTUAL, INDUSTRIAL Y COMPETENCIA DESLEAL*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Reglas de funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual

Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual (BOE de 31 de diciembre de 2011)

El presente Real Decreto, que entrará en vigor el día 1 de marzo de 2012, tiene por objeto regular el régimen jurídico y de funcionamiento de las dos secciones de la Comisión de Propiedad Intelectual previstas en el artículo 158 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

En cuanto a la Sección Primera, que tiene encomendadas funciones de mediación y arbitraje, estará compuesta por tres miembros titulares que ejercerán sus funciones por períodos de tres años renovables una sola vez.

En este Real Decreto se regula con detalle el procedimiento de mediación ante la Sección Primera, que tendrá una duración máxima de seis meses. Igualmente, se regula el procedimiento general de arbitraje ante la Sección Primera. Salvo pacto en contrario, se prevé que los procedimientos arbitrales duren un máximo de seis meses, prorrogables por un máximo de dos meses si las partes no se oponen. Los laudos que se adopten serán vinculantes, ejecutables e impugnables conforme a lo establecido en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Además del procedimiento general que se acaba de mencionar, se regula un procedimiento de arbitraje específico para fijar una cantidad sustitutoria de las tarifas generales de las entidades de gestión cuando así lo solicite una de ellas, una asociación de usuarios o una entidad de radiodifusión.

Es importante destacar que, si bien las partes tienen que someterse voluntariamente a la sección para que se inicie un procedimiento de mediación o arbitraje, este Real Decreto prevé que, ante la reiterada negativa de una parte a someterse, a petición de otra, a los procedimientos de mediación o arbitraje, la Sección Primera pueda valorar si existen indicios de conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, a efectos de poner esos hechos en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia.

Por su parte, la Sección Segunda ejerce las funciones de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de la información que actúen con ánimo de lucro o que hayan causado o sean susceptibles de causar un daño patrimonial al titular de los derechos. Esta sección estará compuesta por la persona titular de la Secretaría de Estado de Cultura (o la persona en la que esta delegue), que ejercerá la presidencia, y por cuatro vocales de los Ministerios de Educación, Cultura y Deporte, Industria, Energía y Turismo, Presidencia y Economía y Competitividad.

Frente a esta sección se seguirá el denominado «procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual», regulado con detalle en este Real Decreto. Pueden instar el inicio del procedimiento los titulares de los derechos de propiedad intelectual vulnerados o las personas

* Esta sección de Derecho de la Propiedad Intelectual, Industrial y Competencia Desleal ha sido coordinada por Agustín González. Para su elaboración ha contado con la colaboración de Núria Porxas, Javier Carreras, Florence Legeay, Xavier Domènech y Anna Grau, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Barcelona), y con Miguel de la Iglesia y Pablo López, de CSPI (Madrid).

físicas o jurídicas que tuvieran encomendado el ejercicio de aquellos derechos o la representación de los titulares. El procedimiento se dirigirá contra los responsables de los servicios de la sociedad de la información en que se vulneren los derechos y tendrá una duración máxima de tres meses, pasados los cuales se entenderá que queda desestimada la solicitud.

Salvo que el responsable retire voluntariamente los contenidos, el procedimiento finaliza por medio de una resolución de la Sección Segunda en la que se declare la existencia o inexistencia de una vulneración de derechos de propiedad intelectual por el responsable del servicio de la sociedad de la información y, en su caso, en la que se ordene la retirada de los contenidos o la interrupción de la prestación del servicio.

Cabe destacar que el Real Decreto prevé que la Sección Segunda pueda dirigirse al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo competente en dos fases del procedimiento: (i) al inicio, en el caso de que el responsable del servicio de la sociedad de la información no esté suficientemente identificado con los datos facilitados por el solicitante, para que se requiera al prestador de servicios de intermediación de la sociedad de la información la cesión de los datos que permitan la identificación del responsable; y (ii) una vez dictada la resolución de la sección, en caso de que no se cumpla, para que dicte un auto que autorice o deniegue la ejecución de las medidas impuestas por la resolución.

Por último, se acompañan como anexos a este Real Decreto los modelos oficiales de solicitud de iniciación de los procedimientos seguidos ante ambas secciones para el caso de que no se empleen medios electrónicos y se anuncia que, mediante una orden ministerial, se establecerá la obligatoriedad para ciertos sujetos de comunicarse con la Comisión de Propiedad Intelectual por medios electrónicos. Dicha orden ministerial recogerá los modelos oficiales de solicitudes por medios electrónicos.

Suprimida la compensación equitativa por copia privada

Disposición adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (BOE de 31 de diciembre de 2011)

Por medio de la disposición adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011 ha quedado suprimida, con efectos desde el día 1 de enero de 2012, la compensación equitativa por copia privada, prevista en el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, con los límites establecidos en el artículo 31.2 de la misma Ley.

De acuerdo con esta misma disposición, el Gobierno establecerá reglamentariamente un nuevo procedimiento de pago a los perceptores de la compensación equitativa por copia privada que se realizará con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. La cuantía de la compensación se determinará tomando como base la estimación del perjuicio causado.

Determinados Juzgados de lo Mercantil de Barcelona se especializarán en materias de propiedad intelectual, industrial y competencia desleal

Acuerdo de 23 de noviembre de 2011, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye al conocimiento de diversas materias, con carácter exclusivo, a determinados Juzgados de lo Mercantil de Barcelona (BOE de 22 de diciembre de 2011)

El Pleno del Consejo General del Poder Judicial, a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ha atribuido el conocimiento de diversas materias, con carácter exclusivo, a determinados Juzgados de lo Mercantil de Barcelona. En concreto los Juzgados de lo Mercantil números 1, 4 y 5 conocerán los asuntos relativos a patentes y publicidad; los Juzgados de lo Mercantil números 2 y 8 conocerán los asuntos relativos a marcas, diseño industrial y propiedad intelectual; los Juzgados de lo Mercantil números 3 y 7 conocerán los asuntos relativos a competencia desleal y defensa de la competencia; y los Juzgados de lo Mercantil números 6, 9 y 10 conocerán los asuntos relativos a impugnación de acuerdos sociales y acción social de responsabilidad de administradores de sociedades mercantiles.

Este acuerdo producirá efectos desde el 1 de enero de 2012, y no afectarán a los asuntos de la misma naturaleza que ya estuviesen conociendo otros juzgados diferentes a los establecidos en la anterior relación.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

El concepto de comunicación al público de la Directiva 2001/29/CE no comprende la representación o ejecución directa

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de 24 de noviembre de 2011, en el asunto Circul Globus Bucuresti contra UCMR-ADA (C-283/10)

Con esta sentencia, el Tribunal resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal rumano que solicitaba saber si el concepto de «comunicación al público» del artículo 3, apartado 1 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor, se refiere únicamente a la comunicación a un público no presente en el lugar en el que se origine la comunicación o si también incluye cualquier otra comunicación de una obra realizada directamente, en un lugar abierto al público, por cualquier forma de ejecución pública o de presentación directa de la obra.

Si bien el concepto de «comunicación al público» no está definido en la Directiva, el Tribunal —con base principalmente en el vigésimo tercer considerando de la Directiva— recuerda que el sentido de dicha Directiva no engloba la representación o ejecución directa. Así, el concepto de «comunicación al público» comprende solo aquellos actos que impliquen una «transmisión» o «retransmisión» de una obra, y no comprende las formas convencionales de comunicación al público en las que este último se encuentra en contacto físico y directo con el intérprete o ejecutante (formas que estarían, por lo tanto, al margen del ámbito de armonización).

La imposición a un proveedor de acceso a Internet de la obligación de filtrar comunicaciones indiscriminadamente se opone a la normativa de la Unión

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de 24 de noviembre de 2011, en el asunto Scarlet Extended SA contra SABAM (C-70/10)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal belga que solicitaba saber si sería contrario al Derecho de la Unión Europea un requerimiento judicial por el que se ordenara a un proveedor de acceso a Internet que estableciese un sistema de filtrado de las comunicaciones electrónicas que circulen a través de sus servicios mediante programas «peer-to-peer» capaz de identificar la circulación de archivos que contengan una obra protegida por derechos de autor con el fin de bloquear la transmisión. El sistema en cuestión se aplicaría a toda su clientela, con carácter preventivo, a sus expensas y sin limitación en el tiempo.

El Tribunal declara que, si bien de acuerdo con las directivas 2001/29 y 2004/48, los titulares de derechos de propiedad intelectual pueden solicitar medidas cautelares contra los intermediarios, la aplicación de estas medidas debe respetar la limitación del artículo 15, apartado 1 de la Directiva 2000/31, que prohíbe a las autoridades nacionales adoptar medidas que obliguen a un proveedor de acceso a Internet a proceder a una supervisión general de los datos que transmite en su red. El Tribunal concluye que el requerimiento cuestionado exigiría una vigilancia activa de la totalidad de las comunicaciones electrónicas efectuadas en la red del proveedor y, por lo tanto, está prohibido.

Adicionalmente, declara que los órganos jurisdiccionales nacionales, al adoptar medidas para proteger los derechos de autor, deben garantizar un justo equilibrio entre la protección de estos derechos y la protección de los derechos fundamentales de las personas que puedan verse afectadas por las medidas que se acuerden. En este sentido, el Tribunal menciona el derecho a la libertad de empresa del proveedor de acceso a Internet y los derechos fundamentales de sus clientes a la protección de sus datos de carácter personal y a la libertad de información. Un sistema de filtrado como el enjuiciado no respetaría el justo equilibrio entre la protección de los derechos de autor y la protección de los derechos que se acaban de mencionar.

La creación de fragmentos transitorios de obras protegidas en la memoria de un decodificador o de un televisor constituye un acto de reproducción temporal no sujeto a autorización

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 4 de octubre de 2011 en los asuntos acumulados Football Association Premier League Ltd (FAPL) y otros c. QC Leisure y otros; y Karen Murphy c. Media Protection Services Ltd. (as. Acum. C-403/08 y C-429/08)

Adicionalmente, esta sentencia resuelve unas cuestiones prejudiciales que versan exclusivamente sobre aspectos relacionados con el Derecho de la propiedad intelectual. Por un lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aclara que las creaciones de fragmentos de ciertas obras protegidas contenidas en las emisiones de los partidos de fútbol de la Premier League (tales como el himno de la Premier League o ciertos diseños), que se generan en la memoria de los decodificadores que reciben la señal y en las pantallas de televisión y que se suceden y se borran automáticamente y se sustituyen por fragmentos posteriores, constituyen actos de reproducción, en principio sujetos a la autorización de los autores de las obras. No obstante, estos actos de reproducción están amparados por el límite del artículo 5, apartado 1 de la Directiva sobre los derechos de autor, que tiene por objeto asegurar el desarrollo y el funcionamiento de las nuevas tecnologías, por lo que pueden realizarse sin la autorización de los titulares.

Por otro lado, aclara también el TJUE que la transmisión de las obras protegidas a las que hemos hecho referencia, difundidas mediante una pantalla de televisión y altavoces a los clientes de un establecimiento de restauración, supone un acto de comunicación al público que está sujeto a la autorización de los autores.

Véase el comentario a esta norma que se incluye en esta misma sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» (Competencia) de este mismo número de la *Revista*

[España]

Condenados a un año de prisión los administradores de dos páginas web de enlaces

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Primera, de 27 de septiembre de 2011

La Audiencia Provincial de Vizcaya ha condenado a la pena de un año de prisión y multa de 14 meses a los administradores de dos páginas web que contenían enlaces a contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual.

Los condenados empleaban en sus páginas un trámite informático que permitía que sus usuarios, al tratar de «descargar» los contenidos, accediesen en realidad a una página «peer-to-peer» de intercambio privado de archivos. Sin embargo, la Audiencia entiende que no es aplicable en este caso el régimen especial de responsabilidad de los prestadores que facilitan enlaces que contiene el artículo 17 de la Ley 24/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Ello es así porque, en opinión de esta Audiencia Provincial, la labor técnica y de alteración de la naturaleza de la página a la que dan acceso —permitía una descarga directa de contenidos fuera del contexto de intercambio privado— realizada por los condenados hace que su conducta exceda la de un mero intermediario y deba ser considerada un acto propio de comunicación al público, comprendido en el tipo penal del artículo 270 del Código Penal.

La utilización de parte del contenido de una base de datos de un competidor no constituye un acto de competencia desleal por aprovechamiento del esfuerzo ajeno

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de noviembre de 2011

La parte actora y recurrente en casación es una sociedad dedicada a la prestación de servicios asistenciales, de carácter médico y sanitario, que contrató los servicios de una de las entidades demandadas para el desarrollo de una aplicación informática que incluía datos relativos a profesionales médicos y centros sanitarios. Posteriormente, la demandada utilizó parte de esa misma base de datos para llenar de contenido una nueva aplicación informática destinada a la otra mercantil demandada, dedicada igualmente, como la parte actora, a la prestación de servicios asistenciales.

El objeto del proceso quedó reducido en casación a determinar si constituye un comportamiento contrario a la cláusula general de la buena fe, en la redacción del antiguo artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal, el aprovechamiento de la información de la base de datos de la aplicación informática original para la mejor y más rápida elaboración de la segunda aplicación.

El TS recuerda que para que el aprovechamiento del esfuerzo ajeno constituya un ilícito concursal se requiere no solo que el aprovechamiento tenga cierta entidad, sino también que

concurra el reproche de deslealtad —esto es, que se configure como una actuación incorrecta o irregular de conformidad con la buena fe objetiva, llegando a suprimir, restringir o falsear la estructura competitiva o el normal funcionamiento de mercado—.

La Sala desestima el recurso planteado porque considera que, si bien es cierto que hubo un aprovechamiento del esfuerzo ajeno, este aprovechamiento quedó limitado a la localización de profesionales y centros sanitarios, información de fácil acceso para el público por otras vías. Añade la sentencia que si se facilitaron los datos fue, además, porque no existía ningún deber contractual de la demandada que le impidiese hacerlo. Por todo ello, el TS concluye que no ha habido un comportamiento irregular, sino una simple muestra del aprovechamiento que habitualmente realizan las empresas de informaciones y experiencias de otras, lo que, en palabras del TS, facilita el desarrollo y el progreso social y económico.

Publicidad ilícita de productos del tabaco en una serie televisiva

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de noviembre de 2011

El TS resuelve el recurso de casación interpuesto por una asociación de consumidores contra la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 28 de enero de 2008, que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la referida asociación, confirmó la desestimación en primera instancia de la demanda que en su día presentó contra el anunciante y contra las productoras de una serie televisiva, por publicidad encubierta y publicidad ilícita de productos del tabaco en televisión. En concreto, en uno de los episodios de tal serie, en la simulación de un establecimiento destinado a bar, se mostraba una máquina expendedora de tabaco en cuya parte frontal se incluía visiblemente una conocida marca de tabaco.

La sentencia no valora el emplazamiento de producto como técnica publicitaria, puesto que sobre esta materia la decisión de segunda instancia ganó firmeza, quedando, así, reducido el objeto del proceso en casación únicamente a la posible vulneración de la prohibición relativa a la publicidad del tabaco, contenida en el artículo 9.1 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

Contrariamente a lo resuelto por la Audiencia Provincial de La Coruña, el TS estima que la utilización visible de la marca no resultaba necesaria para reproducir con credibilidad el interior de un bar, entendiéndose que, por lo tanto, el emplazamiento no buscaba sino eludir la prohibición de publicidad que pesa sobre esta categoría de productos desde la promulgación de la referida Ley 28/2005. Sin embargo, toda vez que esta norma no estaba vigente en el momento de grabación de la serie, pero sí en el de su emisión, el TS hace responsable de la conducta única y exclusivamente a la productora que, además, prestaba el servicio de comunicación responsable de la emisión televisiva de la serie.

La existencia de imitación debe basarse en el examen comparativo de los elementos que fundan la singularidad competitiva del producto supuestamente imitado

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de julio de 2011

El objeto de este procedimiento consistía en determinar si la producción y comercialización por las demandadas de cierto tipo de andamio constituía un acto de imitación contrario al artículo 11.2 de la Ley de Competencia Desleal, en cuya virtud se reputa desleal la imitación de prestaciones de un tercero cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.

Apoyándose en la jurisprudencia del TS, la Audiencia Provincial de Madrid recuerda que el juicio comparativo relevante para determinar la existencia de una imitación paso previo al posterior análisis de su deslealtad debe centrarse en los elementos que conforman la «singularidad competitiva» o «peculiaridad concurrencial» del producto supuestamente imitado. Por lo tanto, siempre según la sentencia, tal análisis no puede reducirse a un simple juego de diferencias/semejanzas entre los productos comparados, menos aún, si cabe, cuando estemos ante productos susceptibles de escaso desarrollo tecnológico, en cuyo caso la existencia de similitudes es inevitable.

Expuesto lo anterior, la Audiencia Provincial de Madrid identifica los elementos que, según la actora, conformarían la singularidad competitiva de sus andamios, resultando que tales elementos eran objeto de una patente hoy ya caducada. La sentencia establece con rotundidad que,

Relaciones entre la protección jurídica de la propiedad industrial y la Ley de Competencia Desleal

caducada la patente que confería el derecho de exclusiva, la pretensión de fundar en los mismos elementos la singularidad competitiva del producto supuestamente imitado carece de todo fundamento, puesto que, extinguido el derecho de exclusiva, el objeto de la patente es libremente imitable. La inexistencia de imitación excusa de examen por la sentencia la concurrencia de las circunstancias que determinan la deslealtad de la imitación de las prestaciones ajenas.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 29 de septiembre de 2011

La Audiencia Provincial de Murcia confirma la sentencia de instancia, que calificó la conducta de la compañía demandada no solo como una infracción de los derechos marcarios de las demandantes, sino también como un acto de competencia desleal por infracción de la cláusula general de la buena fe.

Los hechos que relata la sentencia consisten en la comercialización no autorizada por parte de la demandada de productos que reproducían el objeto de varios derechos de marca de las demandantes. Entre la demandada y las actoras había existido una relación comercial, en cuya virtud la demandada había fabricado lícitamente los productos litigiosos. Sin embargo, surgido el conflicto contractual entre las partes, la demandada se negó a retornar a las actoras los artículos producidos bajo el referido contrato y los introdujo en el mercado sin su permiso.

Así las cosas, la Audiencia Provincial de Murcia analiza esta conducta bajo la cláusula general de la buena fe contenida en el (anterior) artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal, vigente en el momento de los hechos. La sentencia repasa parte de la jurisprudencia existente en torno a este precepto, destacando, por un lado, que la cláusula general tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los demás actos tipificados en la Ley de Competencia Desleal, y, por otro lado, que su objetivo es que los agentes económicos compitan por méritos o por eficiencia y no mediante la realización de comportamientos que supriman, restrinjan o falseen la estructura competitiva del mercado.

Por todo ello, el Tribunal concluye que la comercialización por parte de la demandada, sin permiso de las actoras, de los productos litigiosos, tratándose de productos previamente encargados por las actoras que reproducen sus marcas, constituye además de una vulneración de los correspondientes derechos de marca un acto de competencia desleal, de los previstos en el antiguo artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal, al ser dicho proceder contrario a las exigencias de la buena fe.

3 · DECISIONES DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

[Unión Europea]

El CESE valora positivamente la propuesta de directiva sobre el uso de las obras huérfanas

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas» (DOUE de 22 de diciembre de 2012)

El Comité Económico y Social Europeo («CESE») ha acogido favorablemente la propuesta de la Comisión para la aprobación de una directiva europea que regule el uso de obras huérfanas. La directiva propuesta busca crear un marco jurídico que permita el acceso legal, transfronterizo y en línea a obras huérfanas. Para ello, parte del reconocimiento mutuo de la condición de obra huérfana en todos los Estados miembros y determina que, una vez haya sido declarada la condición de obra huérfana, estas obras estarán a disposición del público en línea con fines culturales y educativos, sin autorización previa, a menos que el titular de la obra ponga fin a su condición de huérfana.

El CESE defiende esta propuesta, principalmente, porque entiende que fomentará el desarrollo de bibliotecas digitales y de otras instituciones que facilitan el acceso de los ciudadanos a la diversidad y riqueza del patrimonio cultural de Europa.

SALUD Y ALIMENTACIÓN*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Información alimentaria facilitada al consumidor

Reglamento (UE) 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre la información alimentaria facilitada al consumidor y por el que se modifican los Reglamentos (CE) 1924/2006 y (CE) 1925/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, y por el que se derogan la Directiva 87/250/CEE de la Comisión, la Directiva 90/496/CEE del Consejo, la Directiva 1999/10/CE de la Comisión, la Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, las Directivas 2002/67/CE, y 2008/5/CE de la Comisión, y el Reglamento (CE) n.º 608/2004 de la Comisión (DOUE L 304, de 22 de noviembre de 2011)

El Reglamento tiene como objeto establecer las bases para garantizar un alto nivel de protección de los consumidores en relación con la información alimentaria, al mismo tiempo que asegura un funcionamiento correcto del mercado interior. La norma se propone, en primer lugar, actualizar las disposiciones previstas en la Directiva 2000/13/CE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios (la mayoría de las cuales se remontaban a 1978) y la Directiva 90/496/CEE del Consejo, relativa al etiquetado sobre propiedades nutritivas de los productos alimenticios, así como incorporar los principios generales sobre prácticas comerciales desleales. Se trata de racionalizar la normativa anteriormente vigente para garantizar un mejor cumplimiento y una mayor claridad para las partes interesadas, y de modernizarla para tomar en consideración los nuevos avances en el ámbito de la información alimentaria. Asimismo, se establecen los procedimientos para facilitar información alimentaria, teniendo en cuenta la necesidad de dar la flexibilidad suficiente para responder a los futuros avances y los nuevos requisitos de información.

Se aclara, en primer lugar, de forma expresa que el operador de empresa alimentaria responsable de la información alimentaria será el operador con cuyo nombre o razón social se comercialice el alimento o, en caso de que no esté establecido en la Unión, el importador del alimento al mercado de la Unión

Los cambios más sustanciales introducidos por el Reglamento se refieren a los requisitos en materia de etiquetado nutricional. Salvo algunas excepciones (por ejemplo, los alimentos sin transformaciones relevantes y que incluyen un único ingrediente, aguas, bebidas alcohólicas y algunos condimentos y aditivos), la información nutricional pasa a ser obligatoria para todos los alimentos, en los términos establecidos por el Reglamento, y ha de incluir el valor energético y las cantidades de grasas, ácidos grasos saturados, hidratos de carbono, azúcares, proteínas y sal. Asimismo, cuando se exprese la información sobre vitaminas y minerales, deberá hacerse también como porcentaje de las ingestas diarias de referencia expuestas en el Reglamento.

Como otras novedades introducidas por el Reglamento, (i) se amplía la relación de alimentos en los que será obligatorio expresar el país de origen, facultando a la Comisión para estudiar la posibilidad de ampliar el etiquetado de origen obligatorio a otros alimentos adicionales; (ii) se introduce la obligatoriedad de consignar, además de la fecha de caducidad o duración mínima, la fecha de congelación y descongelación, en su caso; (iii) se establece la obligatoriedad de declarar en el etiquetado determinados ingredientes o coadyuvantes tecnológicos que causen

* Esta sección de Actualidad Salud y Alimentación ha sido elaborada por Beatriz Cocina Arrieta y Antonio Montero Moreno, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

alergias o intolerancias; (iv) se regula la información a facilitar al consumidor en el caso de alimentos envasados ofrecidos para la venta mediante comunicación a distancia, que deberá estar disponible antes de que se realice la compra; y (v) se regulan los requisitos de legibilidad del etiquetado, estableciéndose expresamente que no se mostrará ninguna información alimentaria voluntaria que merme el espacio disponible para la información alimentaria obligatoria.

El Reglamento será aplicable a partir del 13 de diciembre de 2014, salvo en lo relativo a la información nutricional obligatoria, que será aplicable a partir del 13 de diciembre de 2016.

Aditivos alimentarios — *Reglamento (UE) n.º 1129/2011 de la Comisión de 11 de noviembre de 2011 por el que se modifica el anexo II del Reglamento (CE) 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo para establecer una lista de aditivos alimentarios de la Unión (DOUE L 295, de 12 de diciembre de 2011)*

— *Reglamento (UE) n.º 1130/2011 de la Comisión, de 11 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre aditivos alimentarios, para establecer una lista de aditivos alimentarios de la Unión autorizados para ser empleados en aditivos alimentarios, enzimas alimentarias, aromas alimentarios (DOUE L 295, de 12 de diciembre de 2011)*

El Reglamento 1129/2011 aprueba el anexo II del Reglamento 1333/2008, recopilando los aditivos alimentarios cuya utilización está permitida con arreglo a la normativa comunitaria sobre edulcorantes, colorantes, y otros aditivos.

Por otro lado, el Reglamento 1130/2011 recoge las listas de aditivos alimentarios autorizados de la Unión y sus condiciones de uso en aditivos, enzimas y aromas alimentarios y nutrientes o categorías de estos que se introducen como anexo III del Reglamento 1333/2008.

Productos alimenticios. Identificación del lote

— *Directiva 2011/91/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a las menciones o marcas que permiten identificar el lote al que pertenece un producto alimenticio (DOUE L 334, de 16 de diciembre de 2011)*

Esta Directiva pretende codificar las diversas modificaciones que ha venido experimentando la normativa comunitaria relativa a las menciones o marcas que permitan identificar el lote al que pertenece un producto alimenticio, que desde su aprobación inicial mediante la Directiva 89/396/CEE ha sufrido varias modificaciones sustanciales.

[España]

Salud Pública

Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (BOE de 5 de octubre de 2011)

La Ley General de Salud Pública tiene por objeto establecer las bases para que la población alcance y mantenga el mayor nivel de salud posible a través de las políticas, programas, servicios, y en general actuaciones de toda índole desarrolladas por los poderes públicos, empresas y organizaciones ciudadanas con la finalidad de actuar sobre los procesos y factores que más influyen en la salud, y así prevenir la enfermedad y proteger y promover la salud de las personas, tanto en la esfera individual como en la colectiva.

La Ley establece los principios generales de acción en salud pública que deberán regir las actuaciones, en esta materia, tanto de las Administraciones públicas como de los sujetos privados. El texto regula también los derechos, deberes y obligaciones de los ciudadanos respecto a la salud pública. La Ley tiene un marcado carácter programático, y aborda áreas tales como la vigilancia de la salud laboral, la promoción de la salud, prevención de problemas de salud, sanidad ambiental, salud laboral, sanidad exterior, etc. Se establecen también los principios de la coordinación de las actuaciones de las diferentes administraciones competentes en esta materia.

Entre otras medidas, cabría destacar el que se establece que el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud acordará un calendario único de vacunas en España, que solo podrá modificarse territorialmente por razones epidemiológicas.

Como otra relevante novedad, la Ley General de Salud Pública extiende el contenido de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud a residentes en territorio nacional a los que no se les reconocía este derecho en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico, como desempleados que habían agotado la prestación o el subsidio de desempleo, así como a determinados colectivos, por ejemplo, abogados o arquitectos que tributan en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) o en una mutualidad propia de su colectivo.

La Ley establece que la extensión de este derecho para los que han agotado la prestación sea efectiva a partir del 1 de enero de 2012 y, para el resto de colectivos, el Gobierno debe elaborar un reglamento con los términos y condiciones de la extensión del derecho para quienes ejerzan una actividad por cuenta propia en un plazo de seis meses.

Por último, se reconoce la consideración de profesionales sanitarios al colectivo de psicólogos.

Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios

Real Decreto 1275/2011, de 16 de septiembre, por el que se crea la Agencia estatal «Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios» y se aprueba su Estatuto (BOE de 23 de septiembre de 2011)

Con este Real Decreto se dispone la transformación del organismo autónomo al que con anterioridad se denominó Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en Agencia Estatal, manteniendo su anterior denominación. Se trata así de dotarla de una fórmula de gestión más flexible y ágil para resolver problemas de naturaleza técnico-presupuestaria, económico-financiera y de gestión de personal, teniendo en cuenta la naturaleza compleja de sus funciones y la inmediatez con la que, en ocasiones, debe tomar decisiones o adoptar determinadas medidas.

La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios es la autoridad reguladora nacional que, bajo la tutela del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, evalúa, autoriza, regula y controla los medicamentos disponibles en España, tanto para uso en personas, como en veterinaria, así como los productos sanitarios y cosméticos. Este Real Decreto aprueba también el Estatuto de esta nueva agencia estatal, regulando su funcionamiento y organización.

Ensayos clínicos. Régimen de silencio administrativo

Real Decreto-ley 14/2011, de 16 de septiembre, de medidas complementarias en materia de políticas de empleo y de regulación del régimen de actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (BOE de 20 de septiembre de 2011)

Entre otras cuestiones de diversa índole, este Real Decreto aclara el régimen de silencio administrativo en referencia al procedimiento relativo a las autorizaciones de ensayos clínicos y productos en fase de investigación que regula el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos. El silencio será, en general, positivo, excepto en los siguientes casos:

(i) Ensayos clínicos en los que la AEMPS haya comunicado objeciones al promotor dentro de los 60 días naturales, a contar desde la notificación de la admisión a trámite de la solicitud.

(ii) Ensayos clínicos con medicamentos que requieren la calificación de productos en fase de investigación clínica.

(iii) Ensayos clínicos con medicamentos de terapia génica, terapia celular somática (incluidos los de terapia celular xenogénica), así como todos los medicamentos que contengan organismos modificados genéticamente, definidos ahora como medicamentos de terapias avanzadas, que incluyen a los de ingeniería tisular conforme al Reglamento 1394/2007, de 13 de noviembre, del Parlamento Europeo y del Consejo.

Biobancos para investigación biomédica

Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre, por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica (BOE de 2 de diciembre de 2011)

Este Real Decreto tiene por objeto: (i) establecer los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica; (ii) desarrollar el régimen del

tratamiento de muestras biológicas de origen humano con fines de investigación biomédica previsto en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, y (iii) regular el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para Investigación Biomédica.

Las disposiciones de este Real Decreto serán de aplicación a (i) los biobancos con fines de investigación biomédica, colecciones de muestras biológicas de origen humano utilizadas en proyectos de investigación, incluidas las que se utilicen en el marco de un ensayo clínico, y a los (ii) biobancos, colecciones de muestras biológicas de origen humano y muestras biológicas de origen humano obtenidas con fines asistenciales o diagnósticos, en tanto todas o algunas de las muestras se vayan a utilizar también con fines de investigación biomédica.

Andalucía. Prestación farmacéutica

Decreto-Ley 3/2011, de 13 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía (BOJA de 15 de diciembre de 2011)

La finalidad primordial de este Decreto-ley radica, tal y como se indica en su exposición de motivos, en la adopción de medidas que coadyuven en la consecución de los objetivos de reducción del déficit público, en este caso, a través de la reducción del gasto en los medicamentos y productos sanitarios incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

A tal efecto, se modifican los artículos 59 y 60 de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, a la que además se añaden cuatro nuevos artículos y tres disposiciones adicionales.

La novedad más relevante introducida por el Decreto Ley es la introducción de un sistema de selección de los medicamentos y productos sanitarios a dispensar por las oficinas de farmacia, en el marco de la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía, cuando se les presente una receta médica oficial u orden de dispensación, en las que el medicamento o producto correspondiente se identifica exclusivamente por la denominación oficial de sus principios activos, o en las que el producto sanitario correspondiente se identifica por su denominación genérica.

En virtud del Decreto Ley, los medicamentos y productos sanitarios que deberán ser dispensados en estos casos serán los que se seleccionen a través de convocatorias públicas, en las que en principio podrán participar todos los laboratorios farmacéuticos interesados o todas las empresas proveedoras de productos sanitarios. A dichas convocatorias públicas únicamente podrán concurrir los medicamentos que tengan un precio autorizado igual o inferior al precio menor correspondiente, establecido en el Sistema Nacional de Salud y vigente en el momento de la convocatoria. Para cada formulación de principio o principios activos, se seleccionará el medicamento del laboratorio farmacéutico cuya propuesta represente para el Servicio Andaluz de Salud el menor coste final de la prescripción correspondiente de entre los propuestos. Un sistema similar se empleará para los productos sanitarios.

Asimismo, se incluye en la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, una disposición transitoria con objeto de determinar el precio menor de los productos sanitarios hasta que sean aprobados por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, según establece la disposición adicional decimocuarta de la Ley 29/2006, de 26 de julio.

Galicia. Homologación sanitaria (visado)

Decreto 189/2011, de 22 de septiembre, de homologación sanitaria de los tratamientos prescritos (DOG de 7 de octubre de 2011)

Este Decreto tiene por objeto la regulación de la homologación sanitaria de los tratamientos prescritos en soporte papel y electrónico, dentro de las prestaciones farmacéutica y complementaria del Servicio Gallego de Salud. Se considera homologación sanitaria el proceso por medio del cual se verifican con carácter previo a su dispensación, las prescripciones de determinados medicamentos, productos sanitarios y productos dietéticos incluidos en las prestaciones farmacéuticas y complementarias del Sistema Nacional de Salud.

De acuerdo con lo señalado en el artículo 2.1 del Real Decreto 618/2007, de 11 de mayo, por el que se regula el procedimiento para el establecimiento, mediante visado, de reservas singulares

a las condiciones de prescripción y dispensación de los medicamentos, requieren homologación sanitaria todos aquellos medicamentos, productos sanitarios y productos dietéticos que el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad determinen que precisen visado previo a su dispensación por las oficinas de farmacia.

Galicia. Catálogo priorizado de productos farmacéuticos

Resolución de 1 de septiembre de 2011 por la que se hace público el acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de la misma fecha por el que se aprueba la modificación del Catálogo priorizado de productos farmacéuticos de la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG de 2 de septiembre de 2011)

Resolución de 27 de octubre de 2011 por la que se hace público el acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de la misma fecha por el que se aprueba la modificación del Catálogo priorizado de productos farmacéuticos de la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG de 28 de octubre de 2011)

Mediante estas resoluciones del Consello de la Xunta de Galicia se aprueban distintas modificaciones al Catálogo priorizado de productos farmacéuticos de la Comunidad Autónoma de Galicia (comentado en el número 28 de esta revista), y que sustituyen respectivamente a los aprobados el 30 de junio de 2011 y el 1 de septiembre de 2011. En particular, hay que destacar que el último de los catálogos aquí comentados (*i. e.*, el aprobado el 27 de octubre de 2011) contempla la inclusión del resto de las agrupaciones homogéneas de medicamentos publicadas por la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en su página web para dar cumplimiento a lo contemplado en la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 9/2011 (comentado en el número 30 de esta revista).

TRIBUTARIO*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Normativa estatal

— *Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (BOE 315/2011, publicado el 31 de diciembre)*

Véase el comentario de esta norma que se incluye en la sección de «Foro de actualidad» de este mismo número de la revista.

— *Ley 31/2011, de 4 de octubre, por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE 240/2011, publicado el 5 de octubre)*

Se modifica, con efectos para los períodos impositivos que hayan concluido a partir de 21 de diciembre de 2007, el apartado 5 del artículo 12 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, para adaptarlo a la Decisión de la Comisión Europea de 12 de enero de 2011, sobre deducibilidad del fondo de comercio financiero.

* Esta sección de Derecho Tributario ha sido coordinada por Jesús López-Tello y Víctor Manuel Martín Samaniego, y en su elaboración han participado Mafalda Alves y João Pedro Castro Mendes, del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

Normativa comunitaria

— *Directiva 2011/96/UE, del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DOUE L 345/2011, publicado el 29 de diciembre)*

La Directiva tiene por objeto establecer el régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, en concreto, eximir de retención en origen los dividendos y otros beneficios distribuidos por filiales a sus sociedades matrices, y eliminar la doble imposición de esas rentas en la sociedad matriz. Deroga la Directiva 90/435/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

Convenios para evitar la doble imposición

Convenio entre el Reino de España y la República de Singapur para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y su Protocolo, hecho en Singapur el 13 de abril de 2011 (BOE 009/2012, publicado el 11 de enero)

[Portugal]**IRS – Sobretaxa Extraordinária**

Lei n.º 49/2011, de 7 de Setembro (DR 172, SÉRIE I, de 7 de Setembro de 2011)

Foi publicada em Diário da República a Lei n.º 49/2011, de 7 de Setembro, que aprova uma sobretaxa extraordinária sobre os rendimentos sujeitos a IRS auferidos no ano de 2011. A sobretaxa, de 3,5%, aplicar-se-á à parte do rendimento coletável de IRS que exceda o valor anual da retribuição mínima mensal garantida e que resulte do englobamento, acrescido de alguns rendimentos sujeitos a taxas especiais, dos quais se destacam i) as gratificações auferidas pela prestação de trabalho, quando não atribuídas pela entidade patronal nem por entidade que com esta mantenha relações de grupo, domínio ou simples participação ii) as mais-valias resultantes da alienação de partes sociais ou outros valores mobiliários, iii) algumas operações relativas a instrumentos financeiros derivados, iv) operações relativas a warrants autónomos, v) operações relativas a certificados que atribuem ao titular o direito a receber um valor de determinado ativo subjacente, vi) os rendimentos de categoria A e de categoria B auferidos em atividades de elevado valor acrescentado, com carácter científico, artístico ou técnico (definidas pela Portaria 12/2010, de 7 de Janeiro) e vi) alguns acréscimos patrimoniais não justificados (tais como as manifestações de fortuna) de valor superior a € 100.000. Serão deduzidos à coleta da sobretaxa extraordinária € 12,13 por cada dependente ou afilhado civil que não seja sujeito passivo de IRS, bem como o valor de quaisquer retenções efetuadas.

As entidades devedoras de rendimentos de trabalho dependente e de pensões são obrigadas a reter uma importância correspondente a 50% da parte do valor devido do subsídio de Natal ou da prestação adicional correspondente ao 13.º mês que exceda o valor da retribuição mínima mensal garantida, depois de deduzidas as respetivas retenções na fonte e as contribuições obrigatórias para o regime de proteção social e para subsistemas legais de saúde.

A Lei entrou em vigor no dia 8 de Setembro de 2011

EBF – Zonas Francas – Operações de financiamento dos passivos de balanço

Ofício Circulado n.º 20153, de 27 de Setembro de 2011, da Direção de Serviços do IRC

O Ofício Circulado em epígrafe explicita que a norma prevista pelo art. 33.º, n.º 6 do EBF, que estabelece uma isenção de IRS e IRC aplicável a rendimentos pagos por instituições de crédito instaladas nas Zonas Francas a estabelecimentos estáveis também situados nas Zonas Francas, se aplica exclusivamente a rendimentos de sucursais financeiras «que tenham na sua origem créditos que estejam efetivamente ligados a operações de captação de fundos imputáveis a esses estabelecimentos».

Assim, a isenção abrange exclusivamente «os rendimentos pagos pelas sucursais financeiras instaladas nas zonas francas que respeitem a recursos alheios, ou seja, obtidos junto de terceiros, registados como passivos nos respetivos balanços e que estejam efetivamente afetos às operações que lhes sejam imputáveis, como sejam, os depósitos, empréstimos e demais ope-

rações de captação de fundos, designadamente responsabilidades representadas por títulos negociáveis emitidos pela instituição de crédito, que se destinem exclusivamente a financiar as aplicações que sejam efetuadas através destas sucursais, e cujos beneficiários sejam: i) entidades instaladas nas zonas francas que não sejam instituições de crédito, sociedades financeiras ou sucursais financeiras, que realizem operações próprias da sua atividade com residentes ou estabelecimentos estáveis de não residentes; ou, ii) entidades não residentes em território português, excetuados os estabelecimentos estáveis nele situados e fora das zonas francas.»

IRC – Dupla Tributação Económica – Tributação Efetiva

Circular n.º 24/2011 da Direção de Serviços do IRC

A Circular em epígrafe vem esclarecer dúvidas sobre a interpretação a dar ao conceito de «tributação efetiva» presente no art. 51.º do Código do IRC (regime de eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos), na sequência de alterações introduzidas pelo Orçamento do Estado para 2011 a esse mesmo artigo.

Vem entender-se nesta Circular que o requisito da «tributação efetiva» se encontra preenchido quando os «rendimentos provenham de lucros que tenham suportado IRC, ou outro imposto sobre os lucros idêntico ou análogo, e que dele não se encontrem excluídos nem isentos». A tributação poderá ser efetuada «na esfera da entidade que os distribuiu ou, anteriormente, na esfera de uma subafiliada», recaindo a prova da verificação do requisito em causa sobre «a entidade que procede à dedução a título de eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos [...]».

Em consequência do acima mencionado, os lucros distribuídos por uma SGPS que provenham de lucros que tenham origem exclusivamente em mais-valias que tenham beneficiado da isenção consagrada no n.º 2 do artigo 32.º do EBF não beneficiarão deste regime por não se encontrarem sujeitos a «tributação efetiva» no sentido mencionado.

No entanto, os lucros consideram-se efetivamente tributados, «quando não exista encargo de imposto em resultado, por exemplo, da dedução de prejuízos fiscais, de deduções à coleta, ou, ainda, de diferenças de carácter temporário entre o lucro tributável e o resultado líquido contabilístico uma vez que esses lucros provêm de rendimentos que são integrados no lucro tributável».

Acresce que, segundo a Circular, não é exigível a sujeição dos lucros distribuídos a um limiar mínimo de tributação e os lucros devem ser considerados na sua totalidade e de forma agregada.

Finalmente, será importante referir que, de acordo com a referida Circular, «o requisito da «tributação efetiva» deve considerar-se ainda concretizado sempre que os rendimentos, incluídos na base tributável, correspondam a lucros distribuídos por uma entidade residente noutro Estado-Membro da União Europeia, que revista uma das formas enumeradas no anexo a que se refere o artigo 2.º da Diretiva n.º 90/435/CE, de 23 de Julho de 1990, com as alterações introduzidas pela Diretiva 2003/123/CE do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, e aquela esteja sujeita, sem possibilidade de opção e sem deles se encontrar isenta, a um dos impostos enumerados no citado artigo 2.º».

IMI – Regime da avaliação geral de prédios urbanos

Lei n.º 60-A/2011, de 30 de Novembro (Orçamento do Estado Retificativo para 2011)

Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de Novembro

O Orçamento do Estado Retificativo para 2011 veio introduzir o regime da avaliação geral de prédios urbanos em sede de IMI. Apresentam-se, resumidamente, os traços gerais do regime em questão:

- (i) A avaliação geral de um prédio urbano é da iniciativa da DGCI;
- (ii) Os elementos necessários à avaliação são remetidos à Administração Tributária pelas Câmaras Municipais, não sendo obrigatória vistoria do prédio por parte do avaliador;
- (iii) Os valores patrimoniais tributários dos imóveis serão determinados por avaliação direta, nos termos do Código do IMI, e subsequentemente remetidos ao sujeito passivo, eletronicamente ou, quando isso se revelar impossível, por via postal registada;

(iv) O sujeito passivo, a Câmara Municipal ou o Chefe de Finanças podem requerer ou promover segunda avaliação, no caso de não concordarem com o resultado da avaliação geral, no prazo de 30 dias a contar da data de notificação do sujeito passivo;

(v) São previstas normas específicas para a avaliação de prédios urbanos arrendados, bem como um regime de salvaguarda para os anos de 2012 e 2013.

Orçamento do Estado para 2012 *Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro (Diário da República n.º 250, Série I de 30 de Dezembro de 2011)*

O Orçamento do Estado para 2012, aprovado pela lei em epígrafe, prevê diversas medidas e reformas relevantes ao nível do Direito Tributário.

De entre as medidas adotadas destacamos as seguintes:

Em sede de IRS: (i) manutenção dos escalões de rendimento e das taxas aplicáveis, (ii) aplicação de uma taxa adicional de 2,5% à matéria coletável superior a €153.300 (a vigorar em 2012 e 2013), (iii) restrição das deduções específicas (em particular no que toca a rendimentos de pensões), (iv) restrição dos limites gerais e especiais das deduções à coleta, (v) aumento das taxas liberatórias relativas a rendimentos de capitais para 25% (anteriormente era de 21,5%), bem como (vi) introdução de uma taxa liberatória de 30% aplicável aos rendimentos auferidos ou devidos por entidades residentes em paraísos fiscais, bem como de uma taxa especial de 30% aplicável aos rendimentos devidos por entidades residentes em paraísos fiscais.

Em sede de IRC: (i) revogação da taxa reduzida de 12,5%, passando a existir uma taxa geral única de 25% aplicável à totalidade do lucro tributável, (ii) agravamento da derrama estadual – taxa de 3% sobre o lucro tributável entre € 1.500.000 e € 10.000.000 e taxa de 5% sobre a parte do lucro tributável que exceda € 10.000.000, (iii) reporte de prejuízos passa a ser possível num prazo de cinco anos (sendo o reporte limitado ao montante correspondente a 75% do lucro tributável), (iv) as entidades anexas a Instituições Privadas de Solidariedade Social deixam de beneficiar de isenção de imposto, (v) aumento para 25% da taxa de retenção na fonte aplicável a rendimentos de capitais, e (vi) introdução de uma taxa de retenção na fonte de 30% aplicável a rendimentos auferidos ou devidos por entidades residentes em paraísos fiscais.

Em sede de IMI: (i) aumento em 0,1 pontos percentuais das taxas aplicáveis aos prédios urbanos, (ii) aumento da taxa aplicável aos prédios urbanos devolutos do dobro para o triplo, e (iii) aumento em 2,5 pontos percentuais da taxa aplicável aos prédios detidos por entidades residentes em paraísos fiscais, que passa a fixar-se em 7,5%.

Em sede de IMT: aumento para 10% da taxa de IMT aplicável à aquisição de prédios por entidades residentes em paraísos fiscais.

Em sede de IVA: (i) criação de uma norma anti-abuso específica que estabelece a prevalência do valor normal da transação em sede de IVA em casos de relações especiais entre os sujeitos passivos envolvidos, (ii) eliminação da isenção de IVA nas transmissões de direitos de autor de pessoas coletivas e na autorização para utilização de obra intelectual, e (iii) diversas alterações nas Listas I e II anexas ao CIVA, relativas ao âmbito de aplicação da taxa reduzida (6%) e da taxa intermédia (13%) deste imposto.

Em sede de IECs, IUC e ISV: (i) criação de um novo imposto especial sobre o consumo de eletricidade, e (ii) agravamento generalizado das taxas aplicáveis.

Em sede de EBF: (i) revogação dos benefícios fiscais relativos a aplicações a prazo, a sociedades ou associações científicas internacionais; ao mecenato para a sociedade de informação; a equipamentos e energias renováveis; à interioridade; a estabelecimentos de ensino particular; bem como revogação de algumas isenções relativas às zonas francas, (ii) prorrogação dos benefícios fiscais concedidos no âmbito da criação de emprego, das mais-valias realizadas por não residentes, dos swaps e empréstimos de instituições financeiras não residentes, das contas-poupança reforma, dos empréstimos externos e rendas de locação de equipamentos importados, dos depósitos de instituições de crédito não residentes, dos planos de poupança em ações, dos serviços financeiros de entidades públicas, das SGPS e ainda de algumas isenções relativas às

zonas francas, (iii) extensão da isenção de IRC prevista para fundos de pensões e equiparáveis nacionais aos fundos de pensões da UE e da EEE que cumpram determinados requisitos; bem como (iv) alterações ao regime dos fundos de poupança-reforma, mais-valias realizadas por não residentes e IMI para habitação própria e permanente.

Em sede de LGT e CPPT: (i) passa a integrar o conceito de domicílio fiscal a caixa postal eletrónica, cuja criação é obrigatória para todos os sujeitos passivos de IRC e IVA (ii) aumento para o dobro da taxa de juros de mora a favor do contribuinte e da Administração Tributária no período entre a data do termo do prazo de execução espontânea e a data de emissão da nota de crédito ou do pagamento da dívida, respetivamente, (iii) agravamento dos prazos de prescrição e caducidade relativos a factos tributários relacionados com paraísos fiscais, (iv) redução do prazo máximo de duração dos procedimentos para 4 meses (sendo o novo prazo supletivo relativo a atos procedimentais de 8 dias), (v) aumento dos prazos de emissão de informações vinculativas para 120 dias (urgentes) e 150 dias (ordinárias), e (vi) reforma do procedimento de aplicação de normas anti-abuso, bem como a determinação de que este apenas se aplica à Cláusula Geral Anti-Abuso.

Em sede de RGIT: (i) aumento generalizado dos limites mínimos e máximos e dos valores das coimas, (ii) agravamento das penas dos crimes tributários e aduaneiros, (iii) alterações ao mecanismo de redução de coimas, e (iv) criação de novos tipos de contra-ordenações.

RERT III: Foi ainda aprovado um novo regime excecional de regularização tributária de elementos patrimoniais que não se encontrem em território português.

IRC – Diretiva das Sociedades-Mães e Afiliadas

Diretiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de Novembro de 2011

A Diretiva em referência, que reformula e altera a Diretiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, vem estabelecer o regime fiscal aplicável às sociedades-mães e afiliadas de Estados-membros diferentes.

O regime substantivo mantém-se inalterado em relação à anterior Diretiva, tendo-se procedido apenas à atualização dos Anexos relativos aos impostos e aos tipos de sociedades abrangidos pelo regime.

A nova Diretiva refere ainda expressamente que o Conselho adotará por unanimidade, de acordo com um processo legislativo especial, após consulta ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social, as normas aplicáveis a partir da entrada em vigor efetiva de um sistema comum de imposto sobre as sociedades.

Os Estados Membros devem transpor a Diretiva em apreço para a respetiva ordem interna a partir de 18 de Janeiro de 2012.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

IRC – Fusões e Cisões – «Razões Económicas Válidas» – Diretiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Processo C-126/10

Em sede de reenvio prejudicial por parte do STA, veio o TJUE decidir que o artigo 11.º, n.º 1, alínea a) da Diretiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes, deve ser interpretado no sentido de que, «no caso de uma operação de fusão entre duas sociedades do mesmo grupo, pode constituir uma presunção de que essa operação não é efetuada por «razões económicas válidas», na aceção desta disposição, o facto de, à data da operação de fusão, a sociedade incorporada não exercer nenhuma atividade, não deter nenhuma participação financeira e se limitar a transmitir para a sociedade incorporante prejuízos fiscais elevados e de origem indeterminada, ainda que essa operação tenha para o grupo um efeito positivo consubstanciado em economias em termos de estrutura de custos.»

O TJUE decidiu ainda que, nestes casos, competirá ao órgão jurisdiccional nacional verificar, à luz das circunstâncias que caracterizam o litígio que lhe foi submetido, se os elementos constitutivos da presunção de fraude e de evasão fiscais, na aceção da referida disposição, estão reunidos.

Tal interpretação será assim relevante, ao nível do Direito interno português, relativamente à questão da transmissibilidade de prejuízos fiscais, no âmbito de operações de fusão, com base na existência de «razões económicas válidas».

[Espana]

Prescripción del delito fiscal

Sentencia del Tribunal Constitucional número 133/2011, Sala Primera, de 18 de julio de 2011

El Tribunal Constitucional entiende que la solicitud de ampliación de una querrela a un ejercicio que inicialmente no estaba contemplado en la propia querrela no interrumpe la prescripción penal de ese ejercicio hasta que la referida solicitud es admitida por auto judicial. Esta conclusión es correlato evidente de su doctrina tradicional desde la sentencia 63/2005, según la cual la prescripción penal no se interrumpe por la presentación de la denuncia o la querrela, sino solo a partir de un acto de intermediación judicial.

En un voto particular, D. Manuel Aragón Reyes se muestra contrario a esta doctrina, que considera debiera revisarse por el Pleno (el recurso de amparo no debiera haber sido resuelto por la Sala, sino avocado por el Pleno), entre otras razones porque cree que debiera tenerse en cuenta la modificación del texto del artículo 132.2 del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que establece con claridad que la prescripción se interrumpe por la presentación de la denuncia o la querrela, modificación que la referida doctrina conduciría a considerar inconstitucional.

Procedimiento tributario. Duración de las actuaciones inspectoras

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 18 de julio de 2011

Indica el TS que no es bastante la mera concurrencia de alguna de las circunstancias que la Ley menciona para que proceda la ampliación del plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras. Resulta menester, además, justificar la necesidad de dilatarlo a la vista de los pormenores del caso; esa justificación demanda la exteriorización de las razones que imponen la prórroga y su plasmación en el acuerdo en que así se decreta. En otras palabras, debe ser una decisión motivada, sin que a tal fin resulte suficiente la mera cita del precepto y la apodíctica afirmación de que concurren los requisitos que el precepto legal menciona.

Impuesto sobre el Valor Añadido. Devoluciones. Cesión entre particulares del derecho a obtener la devolución del IVA

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de septiembre de 2011

El TS niega la posibilidad de que el cesionario de una devolución del IVA pueda personarse en el recurso de reposición contra la denegación de dicha devolución, considerando que la Administración solo debe permitir que los procedimientos que se tramiten en reclamación de la devolución se entiendan con el que aparece como su titular en virtud de la regulación del propio tributo.

Así, «los cesionarios no tienen intervención en estos procedimientos, de tal forma que si, como ocurre en el presente caso, la devolución de las deducciones solicitadas por el cedente no prosperan, el cesionario sólo tendrá la acción civil correspondiente contra el cedente por el importe de lo abonado como contraprestación por la cesión».

[Portugal]

IVA – Reenvio Prejudicial do TCAS Relativo ao Método de Dedução Pro Rata no IVA de SGPS

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, Processo n.º 1949/09, de 20 de Setembro de 2011

Neste processo discute-se a situação de uma SGPS que pretende beneficiar do método da afeção real para efeitos de uma atividade (prestação de serviços técnicos e de gestão) que considera ter nexo direto com a sua atividade principal (gestão de participações sociais). A Administração Tributária e o tribunal de 1.ª instância consideraram que se deveria aplicar o método de

dedução pro rata, por entenderem que existe uma incompatibilidade entre a prossecução do objeto social genérico da SGPS e a aplicação do método da afetação real.

O TCAS, no âmbito do processo referido acima, decidiu, então, enviar para o TJUE as seguintes questões prejudiciais,

(i) «A correta interpretação do artigo 17.º, n.º 2 da Sexta Diretiva Conselho [sic] (77/388/CEE, de 17 de Maio de 1997, [sic] veda que a Administração Tributária portuguesa imponha à Recorrente – uma SGPS –, [sic] a utilização do método de dedução do pro-rata para a totalidade do IVA incorrido nos seus inputs, com fundamento no facto de o seu objeto social principal ser a gestão de participações sociais de outras sociedades, mesmo quando esses inputs (serviços adquiridos) apresentam um nexo direto, imediato e inequívoco com operações tributadas – prestações de serviços – realizadas a jusante, no âmbito de uma atividade complementar, legalmente permitida, de prestação de serviços técnicos de gestão?»

(ii) «Uma entidade que tenha a qualidade de SGPS e que incorra em IVA na aquisição de bens e serviços que, em seguida, são redebitados na totalidade, com liquidação de IVA, às suas participadas, consubstanciando esta uma atividade de carácter acessório – prestação de serviços técnicos de administração e gestão – à atividade principal desenvolvida – gestão de participações sociais –, poderá deduzir a totalidade do imposto incorrido naquelas aquisições, por via da aplicação do método de dedução da afetação real, previsto no n.º 2 do artigo 17.º da Sexta Diretiva?»

IRC – EBF – Fundos de pensões estrangeiros e nacionais

Acórdão do TJUE no Processo C-493/09 de 6.10.2011

O TJUE decidiu que o Estado Português incumpriu as obrigações previstas no art. 63.º do TFUE e no art. 40.º do Acordo EEE, relativos à livre circulação de capitais, ao apenas isentar de IRC os rendimentos de fundos de pensões que se constituam e operam de acordo com a legislação nacional, excluindo dessa isenção os rendimentos de fundos de pensões que se constituam e operem de acordo com legislação de outro Estado Membro da UE ou do EEE, que ficarão sujeitos a uma taxa de IRC de 20%, sem prejuízo da aplicação de normas tendentes a evitar a dupla tributação.

No seguimento da referida decisão, a Proposta de Orçamento do Estado para 2012 contempla uma norma que altera o regime dos benefícios fiscais aplicável a fundos de pensões no sentido de suprir este incumprimento. Assim, encontra-se previsto que a isenção passe também a abranger fundos de pensões que se constituam, operem de acordo com a legislação e estejam estabelecidos noutro Estado-Membro da UE ou do EEE, neste último caso desde que esse Estado-Membro esteja vinculado à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da União Europeia, e desde que cumpram determinados requisitos regulatórios que as equiparem a fundos de pensões constituídos e a operar de acordo com legislação portuguesa.

3 · DOCTRINA ADMINISTRATIVA (RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL)

Actuaciones inspectoras. Fecha del cese de la interrupción justificada

Resolución de 7 de septiembre de 2011 (00/3814/2010)

Entiende el TEAC que la interrupción justificada que se inició con la remisión del expediente al Ministerio Fiscal cesa desde la fecha en que la resolución judicial que pone fin a ese procedimiento se notifica a la Abogacía del Estado o desde que tal pronunciamiento adquiere firmeza si este es susceptible de impugnación.

En caso de notificación tardía, realizada a solicitud del Abogado del Estado ante la ausencia de notificación por parte del Tribunal de lo Penal de la firmeza de la resolución judicial que pone fin al proceso penal, la interrupción justificada termina cuando se le notifica a la Abogacía del Estado dicha firmeza.

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Retenciones del trabajo personal. Enriquecimiento injusto

Resolución de 7 de septiembre de 2011 (00/4137/2010)

A juicio del TEAC, no concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TS para apreciar que se produce un enriquecimiento injusto para la Administración tributaria por exigir retenciones no practicadas en aquellos supuestos en los que el perceptor de las rentas sometidas a retención ha presentado la declaración correspondiente sin incluir la totalidad de las rentas en cuestión. Es decir, únicamente es aplicable dicha jurisprudencia cuando la Administración tributaria pretende liquidar una retención una vez extinguida (esto es, cumplida, en el sentido de declarada e ingresada) la obligación tributaria principal (la correspondiente al perceptor de los rendimientos sujetos a retención).

Procedimiento económico-administrativo. Momento procesal oportuno para la aportación de pruebas

Resolución de 28 de septiembre de 2011 (00/2722/2009)

Entiende el TEAC que cuando concurren las circunstancias o requisitos excepcionales que hacen que en un procedimiento económico-administrativo sea admisible la presentación de pruebas (las cuales, como regla general, deben ser aportadas en el procedimiento de aplicación de los tributos), no procede su admisión en segunda instancia ante el TEAC cuando hubieran podido ser aportadas en primera instancia ante el TEAR y tal aportación no se hizo en ese momento procesal.

4 · CONSULTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS

Impuesto sobre Sociedades. Régimen de exención del artículo 21 del TRLIS. Aportación de filial extranjera a una holding de nueva constitución. Requisito de mantenimiento de la participación durante al menos un año

Consulta de 29 de septiembre de 2011 (V2312-11)

El grupo mercantil A y la entidad B han alcanzado un acuerdo por el cual el primero transmitirá a la segunda el 51% de las participaciones en entidades de seguros que el grupo A posee en diversas jurisdicciones latinoamericanas.

Con carácter previo a la transmisión se agruparán en una entidad *holding* de nueva constitución (H) todas las participaciones de las entidades de seguro, participaciones que desde hace varios años forman parte del grupo A.

Las entidades de seguros cumplen los requisitos establecidos en el artículo 21 del TRLIS para aplicar el régimen de exención. Una vez agrupadas las participaciones en la entidad H, A venderá el 51% de las acciones de H a la entidad B antes de que transcurra un año desde su constitución, generándose una renta en la transmisión de la participación que se corresponde con diferencias de valor imputables a las filiales de seguros extranjeras por ser estas los únicos activos de H.

Se consulta si a la renta que obtenga la entidad A como consecuencia de la transmisión a B del 51% de las participaciones de H le resultará de aplicación la exención establecida en el artículo 118.2.a) y 21 del TRLIS.

La DGT contesta que el artículo 21.1.a) del TRLIS establece como requisito para la aplicación de la exención, en el caso de transmisión de participaciones en entidades no residentes, que se hayan poseído al menos un año ininterrumpidamente por la propia entidad transmitente o bien por otras entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades, definido este en los términos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio. Dicho requisito tiene por objeto evitar que se pierda la antigüedad en el seno del grupo por el hecho de que se produzca la transmisión de participaciones entre entidades pertenecientes a él, de manera que, a estos efectos, dentro de un grupo mercantil, se computará el plazo de posesión por el propio grupo, con independencia de que el transmitente individual de las participaciones no haya cumplido dicho plazo.

Esta interpretación de la norma debe hacerse extensible, en opinión del Centro Directivo, al caso concreto planteado, por cuanto se están transmitiendo participaciones en una entidad H de reciente constitución, cuyo activo está constituido en exclusiva por participaciones en entidades no residentes que cumplen los requisitos establecidos en el artículo 21 del TRLIS, de la misma manera que ocurriría si A vendiera directamente las participaciones en las entidades de seguros no residentes. En otros términos, el hecho de interponer una sociedad *holding* que facilite la gestión conjunta futura de las participaciones, teniendo en cuenta el acuerdo firmado a largo

plazo, no debiera perjudicar a la aplicación de la exención, en la medida en que lo que se está transmitiendo indirectamente son participaciones que cumplen todos los requisitos del artículo 21 del TRLIS. Por tanto, la transmisión de participaciones de H por parte de la entidad A a la entidad B podrá aplicar el régimen establecido en el artículo 21 del TRLIS, siempre que se cumplan el resto de requisitos exigidos en dicho artículo.

Impuesto sobre Sociedades. Aplicación del régimen especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS. Fusión entre sociedades íntegramente participadas por un único socio

Consulta de 20 de septiembre de 2011 (V2145-11)

La DGT reitera el criterio manifestado en anteriores consultas al concluir que en una fusión entre sociedades íntegramente participadas de forma directa por una misma entidad, aunque no se produzca una atribución de valores al socio de las sociedades absorbidas, ni un aumento de capital en la sociedad absorbente, la operación planteada podrá aplicar el régimen fiscal especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS, en la medida en que cumplan los requisitos mercantiles necesarios para ello.

Impuesto sobre Sociedades. Fondo de comercio. Deducibilidad

Consulta de 14 de septiembre de 2011 (V2056-11)

Una persona física es titular de una administración de loterías que ha aportado la totalidad de dicha actividad a una sociedad de nueva creación. Como contraprestación ha obtenido el 100% de las participaciones de la citada sociedad, acogiéndose al régimen fiscal especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS. La diferencia entre la valoración del negocio y los elementos patrimoniales aportados ha dado lugar a la existencia de un fondo de comercio.

Se consulta si es deducible ese fondo de comercio para la sociedad en el Impuesto sobre Sociedades, tanto por deterioro como por veinteavas partes.

A este respecto, contesta la DGT que dando por supuesto que en el caso concreto planteado fuera de aplicación el régimen especial, el artículo 85 del TRLIS determina que los bienes y derechos adquiridos por la nueva sociedad receptora de la aportación se han de valorar a efectos fiscales por los mismos valores que tenían en la persona física transmitente antes de realizarse la operación, de manera que, en la medida en que el mencionado fondo de comercio no formaba parte de las partidas de activo transmitidas, sino que resulta de la contabilización de la aportación, este no tiene consecuencias fiscales, por lo que no cabe admitir su deducibilidad por veinteavas partes ni la deducibilidad de su posible deterioro contable, dado que dicho fondo de comercio no se ha puesto de manifiesto a efectos fiscales.

A esta misma interpretación se llega teniendo en cuenta el fundamento del régimen fiscal especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS. En este sentido, dicho régimen se basa en diferir, que no exonerar, las rentas que se pongan de manifiesto en las transmisiones de los elementos patrimoniales, para lo cual dichos elementos se valoran a efectos fiscales por el mismo valor que tenían en el transmitente.

El hecho de contabilizar la entidad adquirente los elementos recibidos por el valor que tenían en el transmitente determina la aparición de un fondo de comercio que representa el mayor valor de los activos adquiridos respecto de sus valores contables, esto es, equivale a la renta que no se somete a gravamen con ocasión de la realización de la operación, de manera que considerar la deducibilidad a efectos fiscales de dicho fondo de comercio o su deterioro sería tanto como exonerar de gravamen las citadas rentas, consecuencia que no es la que se deriva de dicho régimen por cuanto este simplemente difiere temporalmente la tributación de las mencionadas rentas, lo cual implica no considerar a efectos fiscales la deducibilidad del fondo de comercio resultante de la contabilización de la operación de aportación no dineraria planteada.

Impuesto sobre Sociedades. Cesión global de activos y pasivos

Consulta de 16 de junio de 2011 (V1729-11)

La operación de cesión global de activos y pasivos regulada en el artículo 81 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, no podrá acogerse al régimen de neutralidad fiscal puesto que su régimen legal aparece vinculado expresamente a la liquidación de la sociedad extinguida.

Si, por el contrario, se tratara de una operación asimilada a la fusión de las previstas en el artículo 53 de la citada Ley 3/2009 (aquella en virtud de la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de sus acciones, participaciones o cuotas), sí cabría aplicar el régimen de neutralidad fiscal, si se cumplieran el resto de condiciones para ello.

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Exención por trabajos realizados en el extranjero

Consulta de 16 de junio de 2011 (V1567-11)

Las rentas que un consejero delegado perciba no pueden gozar de la exención por trabajos efectivamente desarrollados en el extranjero (*ex* artículo 7.p de la Ley del IRPF), dado que un consejero delegado no tiene la consideración de trabajador por cuenta ajena que se desplaza al extranjero, bajo la dirección de su empresa y en ejecución de un contrato celebrado entre su empresa y la destinataria de sus servicios.

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Rendimientos del trabajo en especie

Consulta de 11 de julio de 2011 (V1787-11)

Una entidad española ha entregado gratuitamente acciones de la compañía matriz francesa a algunos empleados (directivos), como medida de retención y motivación del personal. Se plantea si, conforme al artículo 42.2.a) de la Ley del IRPF (desarrollado en el artículo 43 del Reglamento del IRPF), la citada entrega de acciones no se consideraría como un rendimiento del trabajo en especie.

En lo relativo al requisito exigido en el artículo 43 del Reglamento del IRPF, consistente en que la oferta de acciones se realice dentro de la política retributiva general de la empresa o, en su caso, del grupo de sociedades, y que contribuya a la participación de los trabajadores en la empresa, la DGT señala que el hecho de que la entrega de acciones gratuitas no afecte a todos los trabajadores de todas las empresas del grupo no impediría la aplicación de la citada exención, siempre y cuando, de conformidad con los preceptos señalados, se cumplan todos los requisitos citados, entre los que figura que la entrega se efectúe dentro de la política retributiva general del grupo de sociedades.

Impuesto sobre el Valor Añadido. Sujeción al impuesto de un contrato de opción de compra

Consulta de 19 de julio de 2011 (V1837-11)

Una entidad mercantil, dedicada a la realización de operaciones inmobiliarias, ha suscrito con otra mercantil un contrato de opción de compra (en el que la opción se concede con carácter gratuito) sobre un inmueble de su propiedad que actualmente arrienda a una tercera entidad.

La DGT considera que, dado que la opción no tiene carácter vinculante ni el beneficiario se compromete a ejercitarla, su concesión no puede constituir una entrega de bienes, sino una prestación de servicios.

No obstante, esta prestación de servicios gratuita estará no sujeta al IVA, puesto que la concesión de la opción de compra no tiene la consideración de autoconsumo de servicios, al realizarse con la finalidad de posibilitar la venta del inmueble sobre el que recae la opción de compra, esto es, para fines propios de la actividad empresarial o profesional del concedente.

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Arrendamiento financiero

Consulta de 9 de junio de 2011 (V1479-11)

Se consulta, para el caso de un arrendamiento financiero sobre inmuebles, cuál es la base imponible en AJD, tanto en el momento de la constitución del contrato de arrendamiento financiero como en el del ejercicio de la opción de compra.

La DGT responde que la escritura pública que documente la constitución del contrato de arrendamiento financiero queda gravada por la cuota gradual por todas las cantidades correspondientes a las cuotas periódicas (incluyendo tanto la parte correspondiente a la recuperación del coste o valor del bien inmueble como la parte de los intereses financieros, sin incluir el valor residual).

Por otra parte, como al ejercitarse la opción de compra ya se ha satisfecho la cuota sobre una parte del valor del bien (todo el valor del bien salvo el denominado «valor residual»), en la segunda escritura pública (que documentará el ejercicio de la opción de compra), la base imponible debe limitarse a la cuantía por la que se ejercite dicha opción de compra, sin que deban

incluirse las cuantías correspondientes a las cuotas periódicas, puesto que ya se declararon en la escritura pública de constitución del arrendamiento financiero.

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Aumento de capital en el que se aportan bienes y derechos conjuntamente con deudas

Consulta de 28 de septiembre de 2011 (V2303-11)

En las operaciones de aumento de capital en que se aporten bienes y derechos conjuntamente con deudas, solo la diferencia entre aquellos y estas quedará cubierta por la ampliación de capital. El resto de la aportación, esto es, la parte que coincide con la deuda que se aporta, constituirá una adjudicación expresa en pago de asunción de deudas, sujeta a la modalidad de TPO del ITPAJD, sin perjuicio de que concurra el supuesto de no sujeción previsto en el artículo 7.5 del TRLITP.

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Condición suspensiva. Incidencia en la modalidad de AJD

Consulta de 5 de agosto de 2011 (V1942-11)

La sociedad consultante tiene formalizado un contrato de financiación con una entidad financiera garantizado mediante hipoteca inmobiliaria a favor de esta última; las partes acordaron que no era necesario garantizar la totalidad de la financiación concedida. Sin embargo, en la escritura en que se formalizó se reconocen ciertas condiciones suspensivas que hacen que, en el supuesto de cumplimiento de cualquiera de ellas, la responsabilidad hipotecaria quedaría ampliada al importe total máximo de la financiación posible.

Se consulta si la modificación de la condición suspensiva consistente en su aclaración tributa por la modalidad de actos jurídicos documentados (AJD).

En primer lugar, la DGT puntualiza que la mencionada aclaración de la condición suspensiva no tiene ningún contenido valuable, por lo que, al no cumplir uno de los requisitos que establece el artículo 31.2 del TRITP, no estará sujeta al concepto de AJD.

A renglón seguido, aclara el Centro Directivo que en la modalidad de AJD, documentos notariales, el impuesto se devenga siempre en el momento de la formalización del acto sujeto a gravamen, que, en esta modalidad, es el documento en sí mismo, y ello con independencia de que el acto, contrato o cualquier otro negocio jurídico contenido en el documento esté sometido a condición.

En efecto, de acuerdo con el artículo 49 del TRLITP, el devengo del ITP se produce en distinto momento según cuál sea la modalidad que grava el hecho imponible realizado. En este sentido, en las modalidades de operaciones societarias y de AJD, el impuesto se devenga, en todo caso, el día en que se formalice el acto sujeto.

Por el contrario, en la modalidad de TPO no siempre se producirá el devengo en el mismo momento, pues el artículo 49 establece una regla general en su apartado 1, letra a), y una regla especial en su apartado 2. Según la regla general, en esta modalidad, el impuesto se devengará el día en que se realice el acto o contrato gravado. Sin embargo, esta regla general cede ante la regla especial cuando se den los requisitos para su aplicación. En virtud de esta regla especial, cuando la efectividad de una adquisición de bienes se halle suspendida por la concurrencia de cualquier limitación temporal de la eficacia de aquella (condición, término, fideicomiso o cualquier otra), el impuesto no se devengará cuando se realice el acto o contrato gravado, sino en un momento posterior, cuando desaparezca la limitación en cuestión y el acto o contrato despliegue su eficacia.

En otras palabras, la interpretación que debe darse al apartado 2 del artículo 49 del TRLITP es que las condiciones suspensivas y demás limitaciones temporales de la eficacia de los actos y contratos gravados despliegan sus efectos de diferimiento solo en el ámbito de la modalidad de TPO, en la cual se producen desplazamientos patrimoniales de bienes y derechos, los cuales no deben entenderse realizados cuando se formalicen, sino cuando efectivamente se produzcan las adquisiciones de tales bienes y derechos. Sin embargo, en el ámbito de la modalidad de AJD, las condiciones suspensivas no pueden tener ese mismo efecto suspensivo del devengo del impuesto, ya que el hecho imponible no es el acto o contrato contenido en el documento, sino su documentación, es decir, el propio documento, como reiteradamente ha expuesto el Tribunal Supremo en una consolidada jurisprudencia, entre otras, las sentencias de 21 de mayo de 1998, 30 de octubre de 1999 y 24 de octubre de 2003.

De esta forma, aunque la eficacia de los actos jurídicos sí puede someterse a alguna limitación temporal, no ocurre lo mismo con el documento que les sirve de soporte, pues el documento existe y es eficaz (en los términos que se deduzcan de su contenido) desde que se formaliza.

Es decir, el documento, como soporte físico, no se somete a limitación alguna, o se formaliza o no se formaliza, pero una vez formalizado, ya existe en el mundo jurídico, con independencia de que el acto o contrato que en él se contenga sea ya eficaz o no.

UNIÓN EUROPEA*

1 · LEGISLACIÓN

Orden europea de protección

Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección (DOUE L 338, de 21 de diciembre de 2011)

Establece una serie de disposiciones que permiten que una autoridad judicial o equivalente de un Estado miembro en el que, a raíz de una infracción penal o una presunta infracción penal, se haya adoptado una medida destinada a proteger a una persona contra actos delictivos de otra que puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica y su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual, dicte una orden europea de protección que faculte a una autoridad competente de otro Estado miembro para mantener la protección de la persona en el territorio de ese otro Estado.

Supervisión adicional de las entidades financieras

Directiva 2011/89/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por la que se modifican las Directivas 98/78/CE, 2002/87/CE, 2006/48/CE y 2009/138/CE en lo relativo a la supervisión adicional de las entidades financieras que formen parte de un conglomerado financiero (DOUE L 326, de 8 de diciembre de 2011)

Esta Directiva incluye normas para la supervisión adicional de entidades financieras integradas en conglomerados financieros, tendentes a garantizar la coherencia entre los objetivos de las distintas directrices de supervisión financiera en relación con la supervisión de los grupos de seguros y de los grupos bancarios, incluidos los que forman parte de una estructura financiera mixta de cartera.

Transparencia en el mercado mayorista de la energía

Reglamento (UE) 1227/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía (DOUE L 326, de 8 de diciembre de 2011)

Este reglamento prohíbe las prácticas abusivas que afectan a los mercados mayoristas de la energía, y a su vez establece que el control de dichos mercados mayoristas corresponde a la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía, en estrecha colaboración con las autoridades reguladoras nacionales y teniendo en cuenta las interacciones entre el Régimen de Comercio de Derechos de Emisión y los mercados mayoristas de la energía.

Marcos presupuestarios de los Estados miembros

Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros (DOUE L 306, de 23 de noviembre de 2011)

Establece normas detalladas sobre las características que deben presentar los marcos presupuestarios de los Estados miembros. Se trata de disposiciones tendentes a garantizar el cumplimiento

* Esta sección de Derecho de la Unión Europea ha sido coordinada por Edurne Navarro, y en su elaboración ha participado Luis Moscoso del Prado, del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Bruselas).

to de las obligaciones que el TFUE impone a los Estados miembros a efectos de evitar los déficits públicos excesivos.

Derecho de los consumidores

Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 304, de 22 de noviembre de 2011)

Tiene por objeto, a través del logro de un nivel elevado de protección de los consumidores, contribuir al buen funcionamiento del mercado interior mediante la aproximación de determinados aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre contratos celebrados entre consumidores y comerciantes.

2 · JURISPRUDENCIA

Infracción de Derecho de la Unión. Devolución de impuestos indebidamente pagados

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 6 de septiembre de 2011 en el asunto LadyøKid A/S, Direct Nyt ApS, A/S Harald Nybora Isenkram -og Sportforretning, KID-Holding A/S contra Skatteministeriet

El Tribunal aclara que el Derecho de la Unión se opone a que un Estado miembro deniegue la devolución de un tributo ilícito basándose en que las cantidades indebidamente pagadas por el sujeto pasivo se hayan visto compensadas por el ahorro resultante de la supresión simultánea de otros gravámenes, puesto que, desde el punto de vista del Derecho de la Unión, tal compensación no puede considerarse un enriquecimiento sin causa en relación con el referido tributo.

Recuso de casación. Original de la demanda presentado fuera de plazo

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 22 de septiembre de 2011 en el asunto Bell ø Ross Bv contra Oami Y Klockgrossisten I Norden Ab (as. C-426/10)

El Tribunal de Justicia aclara que la falta de presentación del original firmado de la demanda no constituye un vicio subsanable, y que solo podrá admitirse una excepción en supuestos de caso fortuito o fuerza mayor. El Tribunal recuerda que la elaboración, supervisión y comprobación de los escritos procesales son responsabilidad exclusiva del abogado.

Vehículos matriculados en el extranjero. Medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 6 de octubre de 2011 en el asunto Philippe Bonnarde contra Agence de Services et de Paiement (as. C-443/10)

Un ciudadano francés solicitó la prima ecológica prevista por la ley francesa en relación con un automóvil adquirido de un concesionario situado en Bélgica y matriculado por primera vez en dicho Estado miembro antes de importarlo en Francia. Su solicitud fue rechazada por las autoridades francesas por haber sido el vehículo objeto de una primera matriculación en el extranjero y no haber presentado el permiso de circulación con la mención «vehículo de demostración», la cual se requería para poder acceder a la bonificación. El Tribunal afirma que la exigencia de tal mención para la concesión de la prima ecológica en los permisos de circulación de los vehículos de demostración importados constituye una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación, prohibida por el artículo 34 TFUE. El Tribunal estima que en este caso no se cumple el test de proporcionalidad, ya que, si bien la medida puede resultar adecuada para facilitar la identificación de los vehículos, existen alternativas menos restrictivas para obtener el mismo objetivo.

Gravamen sobre dividendos percibidos por fondos de pensiones. Libre circulación de capitales

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 6 de octubre de 2011 en el asunto Comisión Europea contra Portugal (as. C-493/09)

Mediante un recurso por incumplimiento se solicita que se declare que Portugal ha incumplido la libre circulación de capitales al gravar los dividendos percibidos por los fondos de pensiones no residentes a un tipo superior al que grava los dividendos percibidos por los fondos de pen-

siones residentes en territorio portugués. La diferencia de trato en detrimento de los fondos de pensiones no residentes hace menos interesante y atractivo para estos fondos invertir en sociedades portuguesas. Asimismo, considera que la normativa nacional controvertida no puede justificarse sobre la base de la eficacia de los controles fiscales.

Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales

Sentencia del Tribunal de Justicia de La UE de 17 de noviembre de 2011 en el asunto Deo Antoine Homawoo contra Gmf Assurance S.A (as. C-412/10)

El Tribunal establece, a los efectos de la aplicación del Reglamento 864/2007, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, que el momento que debe tomarse en consideración para la aplicación del referido Reglamento es aquel en que se produce el hecho dañoso. Así pues, el Reglamento únicamente será de aplicación a los hechos generadores del daño que se produzcan a partir de su fecha de entrada en vigor (11 de enero de 2009).

Procedimientos de insolvencia. Competencia internacional

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 15 de diciembre de 2011 en el asunto Rastelli Davide E C. SNC contra Jean- Charles Hidoux (as. C-191/10)

El Tribunal sostiene, en primer lugar, que un Estado miembro que ha incoado un procedimiento principal de insolvencia respecto de una sociedad solo podrá ampliar tal procedimiento, conforme a su Derecho nacional, a una segunda sociedad cuyo domicilio social esté situado en otro Estado miembro, en la medida en que se demuestre que el centro de los intereses principales de esta última se encuentra en el primer Estado. En segundo lugar, indica que la mera constatación de la confusión de patrimonios de las sociedades en cuestión no es suficiente para demostrar que el centro de los intereses principales de la sociedad objeto de la acción se encuentra en el Estado que ejercita la acción.

Libre circulación de capitales. Acciones privilegiadas

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 10 de noviembre de 2011 en el asunto Comisión contra Portugal (as. C- 212/09)

El Tribunal ha establecido que los derechos especiales que se confieren al Gobierno portugués como accionista de la sociedad del sector energético GALP son contrarios al Tratado. El Gobierno portugués no ha podido demostrar que existiera un interés primordial en asegurar el suministro energético del país y, por tanto, ha incumplido las obligaciones que le corresponden según el Derecho de la Unión sobre la libre circulación de capitales.

Derecho de residencia permanente

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 21 de diciembre de 2011 en los asuntos acumulados Tomasz Ziolkowski contra Land Berlin y Barbara Szeja y otros contra Land Berlin (as. C-424/10 y C-425/10)

Los períodos de residencia de un nacional de un tercer Estado transcurridos antes de la adhesión de ese tercer Estado a la Unión, que se hayan cubierto de conformidad con las condiciones enunciadas en el Derecho de la Unión, deben computarse a efectos del cálculo del período mínimo de cinco años para obtener el derecho de residencia permanente.

Responsabilidad por productos defectuosos de un establecimiento público sanitario

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 21 de diciembre de 2011 en el asunto Centre hospitalier universitaire de Besançon contra Thomas Dutruieux, Caisse primaire d'assurance maladie du Jura (as. C-495/10)

El Tribunal estima que la responsabilidad de un prestador de servicios que utiliza, en el marco de una prestación de servicios como los que consisten en la atención sanitaria prestada en un hospital, aparatos o productos defectuosos de los que no es el productor y causa, por ese motivo, perjuicios al beneficiario de la prestación, no se encuentra incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. En consecuencia, la Directiva no se opone a que un Estado miembro establezca un régimen que prevea que tal prestador de servicios incurre en responsabilidad por los daños así ocasionados, incluso cuando no se le pueda imputar ningún tipo de culpa, siempre que se reconozca a quien sufrió el daño o a dicho prestador de servicios la facultad de exigir la responsabilidad del productor con arreglo a la Directiva.