

# CRÓNICA LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Unión Europea, España y Portugal

## ADMINISTRATIVO

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

Mecanismo de financiación para pago a los proveedores de entidades locales y de comunidades autónomas

— *Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales (BOE de 25 de febrero de 2012)*

— *Real Decreto-ley 7/2012, de 9 de marzo, por el que se crea el Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores (BOE de 10 de marzo de 2012)*

Véase el artículo de María Jesús Madrigal y Guillermo González de Olano que se incluye en la sección de «Foro» de este mismo número de la Revista.

— *Orden HAP/537/2012, de 9 de marzo, por la que se aprueban el modelo de certificado individual, el modelo para su solicitud y el modelo de plan de ajuste, previstos en el Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales (BOE de 16 de marzo de 2012)*

— *Resolución de 13 de abril de 2012, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se publica el Acuerdo 6/2012, de 6 de marzo, del Consejo de Política Fiscal y Financiera, por el que se fijan las líneas generales de un mecanismo extraordinario de financiación para el pago a los proveedores de las comunidades autónomas (BOE de 14 de abril de 2012)*

— *Orden PRE/773/2012, de 16 de abril, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 1 de marzo de 2012, para la puesta en marcha del mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales (BOE de 17 de abril de 2012)*

---

\* Esta sección de Derecho Administrativo ha sido elaborada por Ramón Vázquez del Rey Villanueva y César da Silveira del Área de Derecho Público y Procesal de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

Los Reales Decretos leyes 4/2012 y 7/2012 pretenden introducir, respectivamente, un mecanismo destinado a la financiación, pago y cancelación de parte relevante de las deudas que las entidades locales y las comunidades autónomas mantienen con sus proveedores.

El Real Decreto-ley (en su sucesivo, «RD-l») 4/2012 recoge solo las líneas generales que se han concretado posteriormente a través del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (en lo sucesivo, «CDAE») de 1 de marzo, que se ha publicado por la Orden PRE/773/2012, de 16 de abril. Por su parte, el RD-l 7/2012 hace lo propio respecto del Acuerdo de la CDAE de 6 de marzo de 2012, publicado por Resolución de 13 de abril de 2012, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local.

En líneas generales, el RD-l 4/2012 impone a las entidades locales una obligación de información para identificar el volumen real de deuda con sus proveedores, como condición para la eficacia del sistema. Esta información servirá, además, para que las entidades locales elaboren un «plan de ajuste», cuya valoración favorable por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas comportará la autorización para llevar a cabo operaciones de endeudamiento a largo plazo, sujetas a las condiciones fiscales y financieras que se fijen.

Este sistema de financiación está dirigido a:

- (i) Las entidades locales que participen en los tributos del Estado de acuerdo con la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. En consecuencia, no podrán hacerlo las entidades locales del País Vasco y Navarra, por las especialidades de su régimen foral.
- (ii) Los organismos y entidades dependientes que pertenezcan íntegramente a las anteriores entidades locales y que consten inscritos en el Inventario de Entes del Sector Público Local regulado por el Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria.
- (iii) Las comunidades autónomas que se acojan voluntariamente a este mecanismo de financiación extraordinario. Para ello será preciso que se adopte el correspondiente acuerdo por el Consejo de Gobierno u órgano competente en el que conste expresamente que se asume ese Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera de el 6 de marzo de 2012.
- (iv) A diferencia de lo que hace el RD-l 4/2012 en relación con las entidades locales, el RD-l 7/2012 no hace una mención expresa a la aplicación del mecanismo a los organismos y entidades dependientes de las comunidades autónomas. No obstante, una interpretación integrada de ambas normas que atienda a su finalidad última conduce razonablemente a pensar que podrán beneficiarse de este mecanismo las deudas contraídas por los organismos y entidades dependientes íntegramente de las comunidades autónomas (o de estas y algún ente local incluido en el ámbito de aplicación del mecanismo).

Pueden beneficiarse de este sistema de financiación los contratistas de obras, servicios, concesionarios de gestión de servicios públicos y suministros incluidos en el ámbito de aplicación del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. A pesar de la mención literal a este reciente texto legal, en principio, deberían entenderse también incluidos los contratistas a los que, por razones temporales, le son de aplicación de las anteriores normas legales reguladoras de contratos públicos.

En el ámbito de las comunidades autónomas, se incluyen además los conciertos, no recogidos en el párrafo anterior, en materia sanitaria, educativa y de servicios sociales, en virtud de los cuales y a instancia de estas entidades, una persona física o jurídica preste o anticipe servicios o bienes a terceros.

En fin, se considera contratista tanto al adjudicatario del contrato como al cesionario a quien este le haya transmitido su derecho de cobro.

Se excluyen las obligaciones contraídas con la Administración General del Estado, con las comunidades autónomas o entidades locales —distintas de la deudora, claro está— y la Seguridad Social, y cualquiera de los organismos o entidades dependientes de estas.

Para que puedan acogerse a este mecanismo, las obligaciones pendientes de pago a los contratistas descritos en la pregunta anterior han de reunir los requisitos siguientes:

- Ser vencidas, líquidas y exigibles. En el caso de deudas sujetas a acuerdos de cancelación fraccionada con los contratistas, el importe que se entenderá pendiente de pago será el total pendiente en el momento en el que se emita la relación certificada de deudas por la entidad local deudora.
- Que la recepción en el registro administrativo de la entidad local o de la comunidad autónoma de la correspondiente factura, factura rectificativa en su caso, o solicitud de pago equivalente haya tenido lugar antes del 1 de enero de 2012. El texto no menciona expresamente las certificaciones (mensuales ni finales) emitidas en los contratos de obras.

Antes del 15 de marzo de 2012, las entidades locales debían haber remitido al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas una relación certificada de todas las obligaciones pendientes de pago, con la información que se detalla en el artículo 3 del RD-I 4/2012. Por su parte, también debían remitir, antes del 8 de mayo de 2012, la relación de certificados individuales expedidos.

Esta obligación pesaba igualmente para las comunidades autónomas, pero para un mes más tarde, esto es, para el 15 de abril de 2012. De igual forma, disponían hasta el 8 de junio para la remisión de los certificados individuales expedidos. Previamente, tenían que haber remitido al mismo departamento ministerial el acuerdo del Consejo de Gobierno u órgano competente en el que conste expresamente que se asume ese Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera aprobado el 6 de marzo de 2012.

Las entidades locales y las comunidades autónomas deben permitir a los contratistas consultar su inclusión en esta relación certificada. Los contratistas que no consten en la relación certificada remitida podrán solicitar a la entidad local la emisión de un certificado individual. El modelo de solicitud fue aprobado para las entidades locales mediante Orden HAP/537/2012, de 9 de marzo. Las comunidades autónomas, por su parte, han aprobado sus propios modelos respecto de las obligaciones de pago de las que son deudoras.

Tanto la expedición de la relación certificada como la de los certificados individuales conllevará la contabilización por la entidad local de sus obligaciones pendientes de pago, en caso de que estas no lo estuvieran todavía.

Si el interventor municipal o la Intervención General de la comunidad autónoma, en su caso, no expide certificado individual en el plazo de 15 días naturales desde su solicitud, se entenderá que la entidad local ha reconocido el derecho de cobro por silencio positivo en los mismos términos previstos en la solicitud.

En principio, los proveedores cuya deuda figure inscrita en la relación certificada remitida por la entidad local al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, así como aquellos que dispongan de certificados individuales, podrán hacer efectiva su deuda *«mediante presentación al cobro en las entidades de crédito»*.

Podrán establecerse criterios para la prioridad del pago, tales como el descuento ofertado por los proveedores, la antigüedad de la deuda, o el hecho de la exigibilidad de la deuda se haya instado ante los Tribunales de Justicia antes del 1 de enero de 2012.

El mecanismo de funcionamiento de la financiación podrá desarrollarse en fases temporales sucesivas que no excederán del año 2012. En cada fase se podrá establecer un descuento mínimo que el contratista deberá ofertar sobre el importe principal de la obligación y tramos específicos para pequeñas y medianas empresas y para autónomos.

El abono de las deudas a través de este mecanismo conlleva la extinción de la deuda contraída por la entidad local con el contratista por el principal, los intereses, costas judiciales y cualesquiera otros gastos accesorios.

Como se ha dicho, la disposición de financiación concedida a las entidades locales y a las comunidades autónomas que se acojan al mecanismo extraordinario de financiación, se realizará mediante el pago directo a los proveedores.

Ese pago determinará la subrogación del nuevo Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores (en adelante, «FFPP») que crea el RD-I 7/2012 en los derechos que a dicho proveedor correspondieran frente a esas Administraciones territoriales por el importe efectivamente satisfecho.

El RD-I 7/2012 constituye el FFPP como un entidad pública con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, que estará adscrita al Ministerio de Economía y Competitividad. Respecto a determinadas funciones relacionadas con la retención de la participación de las entidades locales en los tributos del Estado, quedará sometido a la tutela del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

La administración, gestión y dirección del FFPP corresponderá a un Consejo Rector y estará controlado por la Intervención General del Estado y por el Tribunal de Cuentas.

El FPP concertará operaciones de crédito con las Administraciones públicas acogidas a ese mecanismo de financiación, que estarán garantizadas, en el caso de las entidades locales, por las retenciones en la participación en los tributos del Estado a que se refiere el artículo 11 del RD-I 4/2012.

También realizará operaciones de cancelación de obligaciones pendientes de pago de dichas Administraciones por instrucción del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Para hacer frente a sus compromisos, el FFPP dispone de:

(i) Una dotación presupuestaria de hasta 6.000 millones de euros (de los que 1.500 serán desembolsables en 2012). Este importe se financiará con deuda pública.

(ii) Adicionalmente, se faculta al FFPP para:

- Captar financiación en los mercados de capitales nacionales y extranjeros mediante, entre otros, la emisión de valores, la concertación de préstamos y la apertura de créditos, así como cualquier otra operación de endeudamiento, pudiendo realizar operaciones de canje, compra y conversión sobre las operaciones descritas dentro de los límites que para cada ejercicio se fijen en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.
- Realizar operaciones de gestión activa de su tesorería.
- Concertar operaciones basadas en instrumentos financieros para minimizar la exposición a riesgos financieros.

Las deudas y obligaciones contraídas por el FFPP para la captación de financiación gozarán frente a terceros de la garantía del Estado, con carácter de garantía explícita, irrevocable, incondicional y directa.

El Instituto de Crédito Oficial tiene atribuida, como agente de pagos, la administración y gestión de las operaciones concertadas al amparo del RD-I 7/2012 mediante el pago de la correspondiente compensación económica.

#### **Suspensión de incentivos económicos para nuevas instalaciones de energías renovables**

*Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovable y residuos (BOE de 28 de enero de 2012)*

El RD-I 1/2012 suspende los procedimientos de preasignación de retribución y suprime también temporalmente los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovable y residuos.

No afecta a las instalaciones en marcha ni a aquellas ya inscritas en los prerregristos. Se limita su alcance a las instalaciones de régimen especial que no hayan obtenido la inscripción en el Registro de preasignación de retribución a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley, con excepción de aquellos supuestos en que dicha circunstancia sea consecuencia del incumplimiento del correspondiente plazo de resolución por la Administración.

En el mismo sentido, en lo que concierne a las instalaciones de régimen ordinario, no sometidas al mecanismo de preasignación, se ha decidido limitar el alcance de la medida en términos que excluyan su incidencia sobre inversiones ya ejecutadas.

- Medidas urgentes de reforma en el sistema sanitario** *Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. Adopta medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (BOE de 24 de abril de 2012)*
- Véase el comentario a esta norma que se incluye en esta misma sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» (Salud y Alimentación) de este mismo número de la Revista.
- Ordenación turística en Illes Balears** *Decreto Ley 2/2012, de 17 de febrero, de medidas urgentes para la ordenación urbanística sostenible (BOIB de 18 de febrero de 2012)*
- La finalidad de este Decreto Ley es lograr una mayor seguridad jurídica, dando una respuesta decidida a la dispersión normativa existente, y agilizar los procedimientos urbanísticos.
- Con tal propósito, esta norma legal establece una nueva regulación del suelo urbano y urbanizable, definiendo claramente ambas clases de suelo y fijando un nuevo régimen de cargas a partir de la normativa estatal.
- Además, establece una serie de determinaciones dirigidas a mejorar la eficacia de las administraciones competentes y la utilización del suelo, tratando de compatibilizar el desarrollo social y económico con la sostenibilidad ambiental.
- Ley de urbanismo de Cataluña** *Ley 3/2012, de 22 de febrero, de modificación del texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto (DOGC de 29 de febrero de 2012)*
- La finalidad de esta Ley es adaptar los principios reguladores del urbanismo en Cataluña a las circunstancias y necesidades actuales, agilizando los procesos urbanísticos, simplificando la regulación administrativa e impulsando la actividad económica.
- Entre otras ventajas, la nueva Ley concentra toda la regulación ambiental aplicable a los procedimientos urbanísticos, establece una prórroga extraordinaria para los titulares de licencias de obras paralizadas por la crisis y que quieran retomarlas, introduce mecanismos más ágiles para la transformación del suelo, admite la transmisión directa de bienes patrimoniales entre Administraciones Públicas y exime a determinados municipios de la obligación de reservar una cantidad determinada de suelo para vivienda protegida.
- Medidas fiscales, financieras y administrativas de Cataluña. Creación de impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos** *Ley 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos (DOGC de 23 de marzo de 2012)*
- Entre otros extremos, la Ley 5/2012 crea una nueva tasa, cuyo hecho imponible es la prestación de servicios personales y materiales en el ámbito de la Administración de Justicia. Esta competencia corresponde a la Generalidad de Cataluña en virtud de lo previsto en el artículo 104 del Estatuto de autonomía de Cataluña.
- La exposición de motivos de la Ley señala que no habría doble imposición por cuanto el hecho imponible de la tasa estatal lo constituiría el ejercicio de la potestad jurisdiccional *stricto sensu*, que se identifica con la función de «juzgar y hacer cumplir lo que haya sido juzgado» del artículo 117.3 de la Constitución; mientras que, en la tasa autonómica, el hecho imponible lo constituiría el conjunto de actuaciones del personal que apoya a los órganos jurisdiccionales, así como la utilización de los elementos materiales necesarios, siempre y exclusivamente de competencia de la Generalidad.
- La aplicación de la Ley comenzará cuando se desarrolle reglamentariamente y se concrete su viabilidad mediante la aprobación del correspondiente modelo de autoliquidación.
- También se incluyen medidas relativas al régimen jurídico de las finanzas públicas y su control, la deuda pública y modificaciones en materia de función pública.
- Se otorga al Centro de Estudios de Opinión, la condición de medio propio y servicio técnico de la Administración de la Generalidad y se modifican los regímenes jurídicos de numerosos entes públicos: la Sindicatura de Cuentas, la Autoridad Catalana de Protección de Datos, el Consejo de Trabajo, Económico y Social de Cataluña, el Centro de Telecomunicaciones de la Generalidad de

Cataluña, el Instituto Catalán de Finanzas, el Instituto Catalán de Suelo y la Agencia de la Vivienda de Cataluña.

Finalmente, también hay modificaciones en relación con el estatuto personal del órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, en relación con las universidades de Cataluña, con las prestaciones sociales de carácter económico y en materia de residuos.

## [Portugal]

### Suspensão da atribuição de potências de injeção na RESP

*Decreto-Lei n.º 25/2012, de 6 de fevereiro de 2012 (DR 26, SÉRIE I, de 6 de fevereiro de 2012)*

A presente lei suspende a atribuição de potências de injeção na RESP, ao abrigo do disposto nos artigos 4.º e 10.º do Decreto-Lei n.º 312/2001, de 10 de dezembro, salvo para situações excecionais de relevante interesse público, em que estejam em causa os objetivos e prioridades da política energética nacional, determinando, ainda, a nulidade dos atos de atribuição de potências de injeção na RESP que violem a referida suspensão.

A suspensão estabelecida pela presente lei aplica-se a todos os pedidos cuja ligação à rede não se encontre autorizada, ao abrigo dos n.os 3 e seguintes do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 312/2001, de 10 de dezembro, ou cujo ponto de receção não se encontre ainda atribuído, nos termos do artigo 12.º de tal diploma, independentemente da existência de informação prévia favorável prestada pela Direção-Geral de Energia e Geologia.

### Regras aplicáveis à assunção de compromissos e aos pagamentos em atraso das entidades públicas

*Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro de 2012 (DR 37, SÉRIE I, de 21 de fevereiro de 2012)*

A presente lei estabelece as regras aplicáveis à assunção de compromissos e aos pagamentos em atraso das entidades públicas, aplicando-se a todas as entidades abrangidas pelo Orçamento do Estado, previstas no artigo 2.º da Lei de Enquadramento Orçamental, e, bem assim, a todas as entidades públicas do Serviço Nacional de Saúde.

Os princípios contidos na presente lei são, ainda, aplicáveis aos subsetores regional e local, incluindo as entidades públicas reclassificadas nestes subsetores.

Os dirigentes, gestores e responsáveis pela contabilidade não podem assumir compromissos que excedam os fundos disponíveis e as entidades têm obrigatoriamente sistemas informáticos que registam os fundos disponíveis, os compromissos, os passivos, as contas a pagar e os pagamentos em atraso, especificados pela respetiva data de vencimento.

Assim, os sistemas de contabilidade de suporte à execução do orçamento emitem um número de compromisso válido e sequencial que é refletido na ordem de compra, nota de encomenda, ou documento equivalente, e sem o qual o contrato ou a obrigação subjacente em causa são, para todos os efeitos, nulos.

A autorização para a assunção de um compromisso é sempre precedida pela verificação da conformidade legal da despesa, nos presentes termos e nos demais exigidos por lei.

A assunção de compromissos plurianuais, independentemente da sua forma jurídica, incluindo novos projetos de investimento ou a sua reprogramação, contratos de locação, acordos de cooperação técnica e financeira com os municípios e parcerias público-privadas, está sujeita a autorização prévia: a) Por decisão conjunta dos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e da tutela, quando envolvam entidades pertencentes ao subsetor da administração central, direta ou indireta, e segurança social e entidades públicas do Serviço Nacional de Saúde, salvo quando resultarem da execução de planos plurianuais legalmente aprovados; b) Do membro do Governo Regional responsável pela área das finanças, quando envolvam entidades da administração regional; c) Da assembleia municipal, quando envolvam entidades da administração local.

Os pagamentos só podem ser realizados quando os compromissos tiverem sido assumidos em conformidade com as regras e procedimentos previstos na presente lei, em cumprimento dos demais requisitos legais de execução de despesas e após o fornecimento de bens e serviços ou da satisfação de outras condições.

Os agentes económicos que procedam ao fornecimento de bens ou serviços sem que o documento de compromiso, ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente possua a clara identificación do emiteinte e o correspondente número de compromiso válido e secuencial, não poderã reclamar do Estado ou das entidades públicas envolvidas o respetivo pagamento ou quaisquer direitos ao ressarcimento, sob qualquer forma.

### Concessão pelo Estado de garantias pessoais

#### *Portaria n.º 80/2012, de 27 de março de 2012 (DR 62, SÉRIE I, de 27 de março de 2012)*

A presente portaria visa a atualização da regulamentação atualmente em vigor relativamente à concessão extraordinária de garantias pessoais pelo Estado ao abrigo da Lei n.º 60-A/2008, de 20 de outubro, na sequência da Comunicação da Comissão Europeia n.º 2011/C 356/02, publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 6 de dezembro, sobre a aplicação, a partir de 1 de janeiro de 2012, das regras em matéria de auxílios estatais às medidas de apoio aos bancos no contexto da crise financeira.

Neste sentido, a presente portaria, altera a determinação do custo da garantia para refletir a situação relativa da instituição requerente face aos seus pares europeus e a situação relativa do Estado que concede a garantia face a um conjunto representativo de países europeus.

Adicionalmente, é alargado o prazo para a concessão de garantia pessoal do Estado para cinco anos, podendo atingir os sete anos, no caso de a garantia ser concedida para efeitos da emissão de obrigações hipotecárias ou de obrigações sobre o setor público, nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º 59/2006, de 20 de março.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Espanña]

### Distribución de competencias en materia de juego

#### *Sentencia del Tribunal Constitucional número 35/2012, de 15 de marzo de 2012*

La presente sentencia trae causa del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra el artículo 24 y la disposición adicional vigésima de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. El recurso, entre otros motivos, se fundamentaba en la alteración del orden de distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de juego y apuestas.

El Tribunal Constitucional, en primer lugar, recuerda que, si bien la materia de juego no se encuentra reservada al Estado y es una materia que corresponde a las comunidades autónomas que así lo hayan sumido en sus Estatutos de Autonomía, ello no implica un total desapoderamiento del Estado, pues existen materias y actividades que, bajo otros enunciados del artículo 149.1 CE, se encuentran estrechamente ligadas al juego. En efecto, se afirma la competencia del Estado para la autorización de juego de ámbito nacional.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, una vez constatado que todas las comunidades autónomas han asumido competencias a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía, recuerda la regla general según la cual debe diferenciarse entre el ejercicio de las competencias autonómicas y sus efectos, de manera que aquellas no revierten al Estado sin más por sus efectos supraterritoriales. Entiende que dicho traslado de titularidad, con base en la extraterritorialidad, tiene carácter excepcional, de manera que solo puede tener lugar cuando no quepa establecer ningún punto de conexión que permita el ejercicio de las competencias autonómicas o cuando, además del carácter supraautonómico del fenómeno objeto de la competencia, no sea posible el fraccionamiento de la actividad pública ejercida sobre él.

Por ello, el Tribunal Constitucional resuelve que en materia de juego no resultan evidentes las razones que justificarían la utilización de la supraterritorialidad como criterio determinante para la atribución de competencias al Estado. Y, con base en ello, estima el recurso de la Generalitat.



**Conformidad a Derecho en la elaboración de un texto refundido**

*Sentencia de del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de marzo de 2012*

La recurrente solicitó la declaración de nulidad del artículo 515 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/10, de 2 de julio, que establece la nulidad de las cláusulas estatutarias limitativas de los derechos de voto en las sociedades anónimas cotizadas. Argumentaba que este artículo incluye en la refundición una norma que no existía cuando las Cortes otorgaron la delegación al Gobierno, pues la prohibición de limitar los derechos de voto fue introducida en la entonces vigente Ley de Sociedades Anónimas por la Ley 12/2010, y la delegación para refundir se había hecho en la Ley 3/2009. Además, la Ley 12/2010 establecía que la prohibición solo entraría en vigor el 1 de julio de 2011, con lo que tampoco estaba vigente cuando, el 2 de julio de 2010, se aprueba el texto refundido.

En primer lugar, el Tribunal Supremo (TS) descarta las razones de inadmisibilidad planteadas por las demandadas, en el sentido de que cuando estamos en presencia del control judicial sobre la legislación delegada, es preciso siempre un juicio previo sobre la existencia del exceso en la delegación. Por tanto, se configura como cuestión nuclear de previo pronunciamiento en este proceso la decisión de si el artículo 515 de la Ley de Sociedades de Capital es fruto de un exceso de delegación por parte del Gobierno respecto del mandato recibido por las Cortes Generales, exceso que, según la tesis del recurrente, degradaría en norma reglamentaria el citado precepto y permitiría su enjuiciamiento por este orden jurisdiccional. Una decisión liminar en los términos en que se solicita haría imposible en este y en cualquier otro caso de *ultra vires* el control judicial sobre la legislación delegada, lo que contravendría el artículo 82.6 de la propia Constitución.

No obstante, la Sala desestima el recurso, al entender que la autorización de las Cortes no se limita a los textos vigentes en el momento de dictarse esta, sobre la base de tres razones: (i) que la finalidad de la refundición de textos es evitar la dispersión normativa y carece de sentido que las normas posteriores se queden fuera del texto que se refunde; (ii) que la regulación constitucional de la delegación legislativa no recoge esta limitación; y (iii) que la delegación recogida en la Ley 3/2009 tampoco establece esta limitación.

Respecto a la no vigencia de la prohibición de limitar los derechos de voto, la Sala señala que la *vacatio legis* no obsta en modo alguno a la existencia de la norma y su integración en el ordenamiento jurídico, de modo que al redactarse el texto refundido esta formaba parte de la Ley de Sociedades Anónimas, que era una de las normas a refundir.

**Los interesados y los interesados necesarios en el procedimiento administrativo: extensión a nuevos ámbitos de aplicación**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 2 marzo de 2012*

Hasta el momento, la jurisprudencia distinguía entre interesados necesarios y legítimos en un procedimiento para determinar cuándo un interesado «no necesario» podía recurrir temporalmente un acto administrativo. Esta jurisprudencia se había producido en casos muy específicos (la homologación de títulos universitarios extranjeros y la discusión en torno a si los colegios profesionales podían impugnar el acto de homologación del título cuando el interesado intentaba la colegiación, a pesar de que el acto de homologación había adquirido firmeza tiempo atrás).

En esta sentencia, el TS resuelve un recurso de casación en el que extiende la distinción entre interesados legítimos e interesados «necesarios» al ámbito de la retroacción de actuaciones y al de fijación del *dies a quo* para interponer recurso contencioso-administrativo. Así, la falta de notificación de una resolución a un interesado «necesario» provoca su anulación, y la retroacción del procedimiento administrativo hasta la fase de concesión de audiencia al interesado. De otro lado, el TS afirma que el inicio del plazo para interponer recurso contencioso-administrativo no empieza hasta que el interesado «necesario», a tenor de sus actos, evidencie que ha tenido conocimiento real de la resolución administrativa.



**Posibilidad de recurrir al procedimiento para la protección de los derechos fundamentales la persona en los supuestos de entrada y registro del domicilio de una persona jurídica**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 diciembre de 2011*

Esta sentencia resuelve el recurso de casación por el que se impugnan los autos dictados por la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que declararon la inadmisibilidad, por inadecuación de procedimiento, del recurso interpuesto por el trámite previsto en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra las actuaciones de entrada y registro y recogida de documentación efectuadas por Inspección Tributaria en el domicilio de otra entidad del grupo empresarial donde se encontraba la documentación.

El TS destaca la procedencia de la vía procedimental privilegiada del artículo 117 de la LJCA y, sobre la base de la jurisprudencia constitucional, respecto del concepto de domicilio de las personas jurídicas a efectos de protección jurisdiccional otorgada por el artículo 18.2 de la Constitución.

Según el Tribunal Constitucional, debe entenderse por domicilio los espacios que requieren reserva y no intromisión de terceros en razón a la actividad que en ellos se lleva a cabo, esto es, los lugares utilizados por representantes de la persona jurídica para desarrollar sus actividades internas, bien porque en ellos se ejerza la habitual dirección y administración de la sociedad, bien porque sirvan de custodia de documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento, exigiéndose en estos casos la autorización judicial o el consentimiento del interesado. La validez del consentimiento exige que esté absolutamente desprovisto de toda mácula que enturbie el exacto conocimiento de lo que se hace y la libérrima voluntad de hacerlo, debiendo estar también exento de todo elemento susceptible de provocar o constituir error, violencia, intimidación o engaño, por lo que el interesado debe ser informado de que puede negarse a autorizar la entrada y registro que se le requiere.

**Ausencia del carácter sancionador del procedimiento de información reservada previsto en la Ley de Defensa de la Competencia**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de julio de 2011*

La Sala estima el recurso de apelación de la Comisión Nacional de la Competencia contra el auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 6 de Barcelona de 23, de marzo de 2011, que denegaba la autorización para entrar en el domicilio de varias entidades dedicadas al transporte terrestre de contenedores con origen o destino en el puerto de Barcelona.

Dicha autorización se solicitaba en un procedimiento de información reservada para determinar si concurrían circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia (art. 40.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia). El Juzgado entendió que la motivación de la solicitud era genérica e inconcreta, por lo que denegó la autorización.

**Prevaricación de funcionario que contrata obras fraccionando el objeto y la documentación**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 8 de noviembre de 2011*

Esta sentencia desestima el recurso de casación formulado contra la sentencia de instancia de la Audiencia Provincial de Granada por la que se condena al teniente de alcalde por un delito de prevaricación, previsto en el artículo 404 del Código Penal, por contratar diversas obras fraccionando el objeto y la documentación del contrato, para que aparecieran todas ellas como obras menores, eludiendo el procedimiento de adjudicación abierto, con publicidad, y obviando los trámites más estrictos de su contratación por mayor cantidad.

**Posibilidad de reducción de las retribuciones de los empleados de sociedades públicas mercantiles**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 de diciembre de 2011*

La sentencia desestima el recurso de casación interpuesto por una confederación sindical contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del país Vasco, de fecha 8 de febrero de 2011, dictada en actuaciones seguidas en virtud de demanda sobre conflicto colectivo. El asunto trata de la reducción salarial practicada a empleados con relación laboral de sociedades públicas mercantiles.

La sentencia examina el RD-I 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptaron medidas urgentes para la reducción del déficit público, y la Ley 3/2010, de 24 de junio, por la que se modificó

la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco para el ejercicio de 2010. Considera que ambos son instrumentos hábiles para suspender e introducir modificaciones en los acuerdos contenidos en convenios colectivos en vigor.

Interpreta los conceptos de fuerza vinculante e intangibilidad de los pactos contenidos en convenio colectivo. Ni el Real Decreto Ley ni la Ley autonómica vulneran los artículos 28, 37.1 y 86.1 de la Constitución. Afirma el principio de que la Ley prima sobre el convenio colectivo, en función del principio de jerarquía normativa.

## ARBITRAJE\*

### 1 · LEGISLACIÓN

**Mediación en asuntos civiles y mercantiles** *Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*

#### Introducción

El 6 de marzo se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles («*Real Decreto-ley de Mediación*»). Puede consultarse en el siguiente enlace:

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/03/06/pdfs/BOE-A-2012-3152.pdf>

El Real Decreto-ley de Mediación transpone la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles en los litigios transfronterizos. El transcurso del plazo para la transposición de la mencionada directiva es, precisamente, la justificación ofrecida por el Gobierno para la elección de un instrumento normativo como el Real Decreto-ley.

Sin embargo, el Real Decreto-ley va más allá y aprovecha para conformar el régimen general de la mediación en España en asuntos civiles y mercantiles. En este sentido, y manteniendo un significativo paralelismo con lo sucedido en 2003, cuando se modernizó nuestra regulación del arbitraje, el legislador confiesa haberse inspirado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional.

El Real Decreto-ley de Mediación tiene como objetivo de política legislativa fomentar la auto-composición como fórmula de resolución de controversias en España, de forma que el acceso a los tribunales de justicia se conciba como un último remedio.

#### Régimen general de la mediación

##### *Concepto*

Se define la mediación como aquel medio de solución de controversias en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo, con la intervención de un mediador. La denominación que las partes le den (mediación, conciliación u otra) es indiferente.

\* La parte de Arbitraje ha sido coordinada por Álvaro López de Argumedo y Miguel Virgós, y en su elaboración han participado Simón Navarro, Katharine Menéndez de la Cuesta, José Ángel Rueda, Albert Azagra, Patricia Ugalde y Leticia Corsini, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona). La parte de Mediación ha sido coordinada por Álvaro López de Argumedo y Miguel Virgós, y en su elaboración han participado Virginia Allan y Cristian Gual, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

### *Ámbito de aplicación*

El Real Decreto-ley de Mediación es de aplicación a las mediaciones sobre derechos disponibles para las partes en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos. Puede comprobarse el paralelismo con el ámbito del arbitraje (art. 2.1 Ley de Arbitraje).

Quedan expresamente excluidas de su ámbito:

- i. la mediación penal;
- ii. la mediación con las Administraciones Públicas;
- iii. la mediación laboral; y
- iv. la mediación en materia de consumo.

### *El mediador*

Como es lógico, la figura del mediador se concibe como el elemento vertebrador de la mediación, porque es este el que ayuda a las partes a encontrar una solución.

El Real Decreto-ley de Mediación regula dos aspectos de esta figura:

- (i) El nivel formativo de los mediadores, que requerirá una formación específica que les proporcione los necesarios conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación. No será necesaria, en cambio, titulación de nivel universitario para el ejercicio de la profesión de mediador.
- (ii) La responsabilidad civil en que pudieren incurrir los mediadores, estableciendo al respecto la necesaria suscripción de un seguro o garantía equivalente.

Conviene recordar que de acuerdo con la Ley de Arbitraje (art.17.4), salvo acuerdo en contrario de las partes, no puede actuar como árbitro quien haya intervenido como mediador en esa misma disputa.

### *Las instituciones de mediación*

El Real Decreto-ley de Mediación reconoce la importancia de las instituciones de mediación a la hora de fomentar y ordenar los procedimientos de mediación. En coherencia con ello, permite que las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación desempeñen funciones de mediación. Las instituciones que tengan entre sus fines el arbitraje deberán asegurar la separación entre ambas actividades.

### *Principios informadores de la mediación*

#### - Voluntariedad y libre disposición

El principio de voluntariedad y libre disposición es esencial en la mediación. Cuando exista un pacto escrito de mediación, deberá intentarse de buena fe el procedimiento pactado antes de acudir a la jurisdicción o al arbitraje (de ahí la regulación de la declinatoria que más adelante se expondrá). Sin embargo, las partes no están obligadas a alcanzar un acuerdo ni a mantenerse en el procedimiento de mediación. Las partes pueden abandonar unilateralmente la mediación en cualquiera de sus fases.

#### - Igualdad de las partes, imparcialidad de los mediadores y neutralidad

El procedimiento de mediación debe garantizar que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades y que puedan llegar por ellas mismas a un acuerdo. El mediador debe ser imparcial y revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o generar un conflicto de intereses.

#### - Confidencialidad

Una garantía esencial para la mediación es la confidencialidad. El Real Decreto-ley de Mediación regula esta cuestión en su artículo 9 y establece la confidencialidad tanto del procedimiento de mediación como de la documentación utilizada en él. En cambio, exceptúa de la confidencialidad la información sobre qué parte o partes dejaron de asistir a la sesión inicial que debe convocar el mediador tras recibir una solicitud de mediación.

La obligación de confidencialidad se extiende al mediador y a las partes intervinientes, que tienen prohibido revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento. Tampoco puede ser ninguno de ellos obligado a declarar o aportar documentación sobre esa información en un proceso judicial o arbitraje, con dos excepciones: cuando las partes hayan acordado otra cosa por escrito o cuando la información sea requerida por un juez penal.

La infracción del deber de responsabilidad genera la responsabilidad de su autor.

- Buena fe y respeto mutuo

El Real Decreto-ley de Mediación obliga a las partes a adecuar su comportamiento a los principios de buena fe y respeto mutuo (art. 10.2).

- El procedimiento

El Real Decreto-ley prevé un procedimiento sencillo y flexible, pero —lógicamente— permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen la fórmula que mejor se adapte a sus necesidades.

El artículo 17 regula la denominada sesión informativa (en la que el mediador informará a las partes tanto sobre su propia idoneidad como sobre las características del propio proceso de mediación) y establece que la inasistencia injustificada de cualquiera de las partes se debe entender como desistimiento.

En cuanto al desarrollo del procedimiento de mediación, este comienza con una sesión constitutiva de la que debe levantarse acta. En esta sesión se identifican las partes, el mediador y el objeto del conflicto; también indica el lugar y la lengua del procedimiento de mediación y sus costes, o las bases para fijarlos. En esta sesión se fija el programa de actuaciones y su duración, que debe ser la más breve posible. El artículo 21 permite al mediador mantener tanto comunicaciones simultáneas con las partes como celebrar los denominados «caucus» o sesiones privadas con una parte sin la asistencia de la otra. Naturalmente, el mediador no podrá comunicar a la otra parte la información o documentación que reciba en esas sesiones, salvo autorización expresa de la parte que se la hubiera aportado.

El procedimiento terminará, bien con el acuerdo de las partes, bien sin acuerdo, por desistir cualquiera de ellas de la mediación o por haber transcurrido el plazo de duración previamente acordado sin resultado positivo.

- El acuerdo de mediación y su ejecución

El acuerdo de mediación puede ser total o parcial, esto es, puede versar sobre todos los extremos de la controversia o solamente sobre algunos. Deberá instrumentarse de conformidad con las formalidades del artículo 23 del Real Decreto-ley de Mediación, entre las que cabe destacar (i) la mención expresa de que se ha seguido un procedimiento de conformidad con el Real Decreto-ley de Mediación y (ii) la firma del mediador. El acuerdo de mediación será vinculante para las partes.

Si las partes desean que el acuerdo tenga además fuerza ejecutiva, deberán elevar el acuerdo a escritura pública. El artículo 27 del Real Decreto-ley de Mediación establece los requisitos para que los acuerdos de mediación de un Estado miembro de la Unión Europea, así como de terceros Estados, tengan fuerza ejecutiva en España. Asimismo, el artículo 28 del Real Decreto-ley de Mediación recuerda que un acuerdo de mediación cuyo contenido sea contrario a Derecho no podrá ser ejecutado.

- La mediación y el proceso judicial

El Real Decreto-ley de Mediación se ocupa igualmente de articular las relaciones entre mediación y proceso. Además de la confidencialidad, a la que ya se ha hecho referencia, se establece:

- La suspensión de los plazos de prescripción y de caducidad de las acciones

La mediación suspenderá —que no interrumpirá— los plazos de prescripción o caducidad de las acciones. A estos efectos, la mediación se entenderá iniciada desde la presentación de la solicitud de mediación (o desde su «depósito» ante una institución de mediación), y se enten-

derá finalizada en la fecha de firma del acuerdo alcanzado (o, en su defecto, del acta final) o cuando se produzca la terminación de la mediación por cualquier otra causa.

- La imposibilidad de ejercitar acción alguna ante los órganos jurisdiccionales mientras dure el procedimiento de mediación. Ampliación de la declinatoria

El Real Decreto-ley de Mediación establece que, durante el tiempo en que se desarrolle la mediación, las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto.

En caso de que exista un compromiso de sometimiento previo a mediación, la parte interesada podrá, mediante declinatoria, impedir que los tribunales conozcan la controversia sin antes intentar el procedimiento de mediación (art. 10.2). Esta regla es aplicable incluso aunque lo que se discuta sea la validez del contrato que incluye la cláusula de mediación.

- Modificaciones a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Mediante la disposición final segunda, el Real Decreto-ley de Mediación modifica algunos artículos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («*LEC*»), para el necesario encaje de la institución de la mediación con la normativa procesal:

(i) El artículo 19, para incluir la mediación entre las facultades de disposición del objeto del juicio.

(ii) Los artículos 39, 63, 65 y 66, para regular la declinatoria en relación con las cláusulas de mediación o procedimientos de mediación en curso.

(iii) El artículo 206, por el que las resoluciones judiciales sobre la admisión o inadmisión de los acuerdos de mediación deberán revestir la forma de auto.

(iv) Los artículos 335 y 347, para impedir que las partes soliciten un dictamen de un perito que haya intervenido en una mediación y que este pueda intervenir en un proceso judicial.

(v) El artículo 395, para que, en materia de costas, si el demandado se allana antes de contestar a la demanda, este sea condenado en costas siempre que, antes de presentada la demanda, se hubiera iniciado procedimiento de mediación, por entender que ha habido mala fe.

(vi) Los artículos 414 y 415, para que, en la audiencia previa, el juez informe a las partes de la posibilidad de recurrir a la mediación para la solución de la controversia y, en su caso, las partes puedan suspender el proceso para someterse a mediación.

(vii) El artículo 517, para reconocer los acuerdos de mediación entre los títulos ejecutivos. También se modifica el artículo 518 para prever la caducidad de 5 años para interponer la demanda ejecutiva de un acuerdo de mediación.

(viii) El artículo 539, para prever que se podrá ejecutar un acuerdo de mediación o un laudo sin necesidad de abogado ni procurador siempre que el importe por el que se despacha ejecución no supere los 2.000 €.

(ix) Los artículos 545, 548, 550, 556, 559, 576 y 580, para el encaje de la mediación con diversos aspectos del procedimiento ejecutivo.

**Orden público y fraude de ley. Las sentencias meramente declarativas no pueden ser ejecutadas. El Reglamento (CE) 44/2001 no es aplicable al reconocimiento de sentencias extranjeras referidas a «materia arbitral de forma exclusiva»**

## 2 · JURISPRUDENCIA

### *Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.ª) de 16 de diciembre de 2011*

El auto resolvió en apelación un caso de denegación de reconocimiento de una sentencia extranjera, que planteaba las tres cuestiones siguientes:

- (i) si la solicitud vulneraba el orden público procesal español y se había formulado en fraude de ley;
- (ii) si la sentencia cuyo reconocimiento se solicitaba no podía ser ejecutada por ser meramente declarativa;
- (iii) si, dado que la sentencia se refería exclusivamente a un arbitraje, era aplicable al caso el Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Los hechos e *iter* procesal del caso son los siguientes. Dos ciudadanos españoles se sometieron a arbitraje en Italia en relación con el título nobiliario italiano de Conde de la Carrera. Uno de esos dos ciudadanos españoles era el apelante, quien instó la ejecutividad del laudo ante el Tribunale Civile y Penale de Casale Monferrato. Posteriormente, instó la homologación y el reconocimiento en España de la sentencia dictada por aquel tribunal y solicitó que se librara mandamiento al Ministro de Justicia «a fin de que... mande expedir carta de autorización de uso en España respecto del título...» (FD Tercero). El auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 59 de Madrid, de 15 de abril de 2011, dejó sin efecto otras resoluciones previas y denegó la homologación y el reconocimiento. Esta es la resolución recurrida en apelación.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó el auto recurrido. En primer lugar, la Audiencia apreció la existencia de vulneración del orden público procesal español y de fraude de ley. El apelante pretendía que la obtención de una sentencia italiana favorable y el posterior reconocimiento de esa sentencia por la vía del Reglamento (CE) 44/2001 sirvieran para eludir los requisitos y el procedimiento de reconocimiento de uso de un título nobiliario extranjero en España. «*La expedición del Real Despacho de reconocimiento de uso en España de un título extranjero*», señaló la Audiencia Provincial, «*corresponde a S.M. [e]l Rey de España... y además, se expide con carácter graciable... Mediante el laudo que se pretende ejecutar se omite la emisión de dos informes preceptivos, de la Diputación de la Grandeza y del Consejo de Estado*» (FD Tercero).

Además, la Audiencia Provincial señaló, con cita de los artículos 559.[1].3.º, 523.1 y 521.1 LEC, que nuestra legislación procesal no permite la ejecución de sentencias meramente declarativas y que, con independencia de la fórmula utilizada, eso es lo que pretendía la apelante. Asimismo, añadió que el orden público interno constituye un límite al reconocimiento y ejecución de resoluciones de tribunales extranjeros: «*El reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras tiene un evidente límite cuando el mismo supone una vulneración del orden público interno. Así se prevé expresamente en el artículo 954.3 LEC de 1881 y en el artículo 34.1 del Reglamento (CE) 44/2001*» (FD Cuarto).

Por último, la Audiencia Provincial rechazó la aplicación del Reglamento (CE) 44/2001 al reconocimiento, homologación y ejecución de la sentencia italiana, pues aquella se refería exclusivamente a un arbitraje, materia excluida del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 44/2001 según su artículo 1.2 d). La Audiencia Provincial tuvo en cuenta, a su vez, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la que afirmó que «*ha evolucionado aclarando que también se excluyen aquellas resoluciones judiciales cuyo único objeto se refiere a materia arbitral de forma exclusiva*» (FD Cuarto).

**Exequátur de laudo arbitral extranjero de conformidad con el Convenio de Nueva York. Condiciones generales de la contratación y cláusula de sometimiento a arbitraje**

*Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala Civil y Penal) de 17 de noviembre de 2011*

El auto resolvió un caso de solicitud de reconocimiento de laudo arbitral extranjero que planteaba cuatro cuestiones relacionadas con el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (en adelante, CNY):

(i) si la falta de aportación del original o copia auténtica del acuerdo de sumisión a arbitraje infringía, sin posibilidad de subsanación, el artículo IV.1 b) en relación con el artículo II CNY;

(ii) si la resolución arbitral era «obligatoria para las partes» a los efectos del artículo V.1.e) del CNY;

(iii) si la cláusula de sometimiento a arbitraje, contenida en las condiciones generales de un contrato entre dos sociedades mercantiles, era nula y si esta cuestión debía decidirse o no aplicando el artículo V. 2 a) CNY referido a la arbitrabilidad; y

(iv) si el laudo arbitral era contrario al orden público y, por tanto, al artículo V.2 b) CNY, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, en particular, en lo referido al derecho a un juez imparcial y al principio de igualdad.

Los hechos del caso son los siguientes: el 28 de julio de 2008, MK2, S.A. (en adelante, MK2), sociedad de nacionalidad francesa, y WIDE PICTURES, S.L. (en adelante, WIDE), sociedad de nacionalidad española, celebraron un contrato de distribución internacional para España y Andorra de doce películas de François Truffaut. El contrato contenía en la Cláusula 13.<sup>a</sup> de sus Condiciones Generales una regla de sumisión a arbitraje «en virtud de las normas internacionales de arbitraje de la EFEA que los firmantes declaran conocer» (FD Primero). El acrónimo EFEA corresponde a la European Film Export Association, asociación de la que era miembro MK2 y que tenía un procedimiento propio de elección de árbitros. En el transcurso de la relación contractual, MK2 instó un procedimiento de arbitraje ante la EFEA en el que WIDE prefirió constituirse en rebeldía.

Una vez dictado el laudo arbitral en París, MK2 solicitó su reconocimiento en España y WIDE se opuso por cuatro motivos: «1<sup>º</sup>) *Indebida e insuficiente integración documental de la resolución...* [WIDE alegaba que MK2 únicamente había aportado una copia firmada por el abogado de MK2 del acuerdo de sumisión a arbitraje]; 2<sup>º</sup>) *Falta de constancia de la firmeza del laudo;* 3<sup>º</sup>) *Nulidad del convenio arbitral;* 4<sup>º</sup>) *Contravención del orden público español...*» (FD Primero).

En aplicación de la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a la Ley 20/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) resolvió la solicitud de reconocimiento y otorgó el exequátur.

En relación con la primera cuestión (esto es, la aportación del original o copia auténtica del acuerdo de sumisión a arbitraje), el TSJC señaló que el Tribunal Supremo interpreta de forma amplia los preceptos del CNY referidos al acuerdo de sumisión a arbitraje y a su aportación «siempre que quede clara la inequívoca voluntad de las partes de someter sus controversias al arbitraje» (FD Segundo). Además, la falta de aportación del original o copia auténtica del acuerdo resultaba subsanable «cuando inicialmente se ha acompañado una copia (no auténtica) completada posteriormente en período hábil ... mediante la aportación de su original que ha podido ser controvertido, en forma, en el acto de la vista, sin oponer objeción alguna a sus términos, sino todo lo contrario» (FD Segundo).

En relación con la segunda cuestión, esto es, si la resolución arbitral era «obligatoria para las partes» a los efectos del artículo V.1.e) del CNY, el TSJC, subrayó que laudo obligatorio es aquel que supone la finalización del procedimiento arbitral y que la obligatoriedad del laudo dependía de las normas rectoras de ese procedimiento arbitral. En palabras del propio Tribunal, «no debe confundirse laudo obligatorio con firmeza de laudo... ni como laudo ejecutivo, sino que como declaraba el Auto del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia de Rubí de 11 Junio 2007... debe entenderse 'laudo obligatorio' como laudo definitivo que pone fin al procedimiento arbitral... concluyéndose, según declara, el ATS 20 julio 2004... que '... el carácter obligatorio de la resolución arbitral debe examinarse a la luz de las normas que rigen el procedimiento de arbitraje» (FD Tercero).



En tercer lugar, el TSJC aclaró que la inclusión de la cláusula de sometimiento a arbitraje en las condiciones generales de un contrato entre dos sociedades mercantiles nada tenía que ver con la arbitrabilidad, sino con «*si existe o no la voluntad de sometimiento de la parte contratante 'débil' al convenio arbitral*» (FD Cuarto). Al respecto, el Tribunal señaló que WIDE era una empresa del sector audiovisual y que negoció con MK2 en condiciones de igualdad. En particular, determinó que no debía apreciarse nulidad «... *por el dato de que MK2 sea miembro de la EFEA, extremo cuyo desconocimiento era fácilmente superable... y denunciabile con anterioridad a las reclamaciones de incumplimiento... siendo WIDE... una empresa del sector del audiovisual con quien contrataba en condiciones de igualdad... siendo inaplicable la doctrina y jurisprudencia... que sanciona con nulidad las cláusulas de sumisión a arbitraje predispuestas por un empresario frente a un consumidor, en condiciones de desigualdad...*» (FD Cuarto). El Tribunal también concluyó que ni se había constatado vicio de la voluntad ni podía alegarse en ese momento procesal y que, asimismo, tampoco se apreciaba abuso de posición dominante.

Por último, respecto de si el laudo vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva de WIDE, el TSJC señaló, en lo esencial, que WIDE se había constituido en rebeldía voluntaria. En consecuencia, WIDE debía soportar las consecuencias negativas de su inactividad y de no haber impugnado la designación de árbitro ni otras supuestas irregularidades procedimentales con anterioridad: «*la rebeldía fue voluntaria o de conveniencia, colocándose la oponente en un estado de indefensión que solamente le resulta a él imputable, sin que quede afectado el derecho a la tutela judicial efectiva*» (FD Quinto). Más adelante indicó que el procedimiento de designación y el modo en que se había llevado a cabo tal designación no permitían concluir falta de imparcialidad. Así, el TSJC manifestó que no cabía «*deducir ninguna conclusión de parcialidad ya que, prevaleciendo el acuerdo de las partes para su designación, al imposibilitarse el citado acuerdo, se acudía a otras reglas que en la resolución del TS (ATS 11 abril 2000) fueron consideradas admisibles, sin que tampoco haya justificado el oponente que la falta de acuerdo previo ni siquiera fuera intentado pues, en todo caso, debió denunciarse ante el Tribunal como cuestión previa...*» (FD Quinto).

**Facultades judiciales para analizar la existencia de validez del convenio arbitral en un procedimiento de ejecución de un laudo**

*Autos de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de enero de 2012 (sección 12.ª), de 28 de febrero de 2012 (sección 20.ª) y de 29 de febrero de 2012 (sección 10.ª) (SNG)*

Varias secciones de la Audiencia Provincial de Madrid se pronunciaron recientemente —y de forma contradictoria—, sobre la conformidad en Derecho de tres autos por los que se denegó la ejecución de un laudo, por inexistencia o invalidez del convenio arbitral.

Las cuestiones planteadas en los recursos presentados ante las secciones 10.ª, 12.ª y 20.ª de la Audiencia Provincial de Madrid fueron dos: (i) la delimitación de las facultades judiciales para analizar la existencia y validez del convenio arbitral en un procedimiento de ejecución del laudo; y (ii) la posible vinculación de un acuerdo arbitral adoptado por la junta general de una comunidad de propietarios frente a aquellos comuneros que no asistieron a la junta o votaron en contra del acuerdo de arbitraje propuesto.

Los autos de 12 de enero y de 28 de febrero de 2012 de las secciones 12.ª y 20.ª de la Audiencia Provincial acordaron la validez del auto por el que se denegaba la ejecución del laudo. Ambas secciones consideraron que, entre las facultades de control del juzgado competente para conocer de la ejecución de un laudo (artículo 551 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), se encuentra el análisis de la existencia y validez del acuerdo arbitral. Ambas secciones coincidieron también en que un convenio arbitral acordado por la junta de una comunidad de propietarios no resulta oponible frente a los comuneros ausentes a la junta o disidentes del acuerdo de arbitraje.

Sin embargo, el auto de 29 de febrero de 2012 de la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid alcanzó una conclusión distinta y recovó el auto que había denegado la ejecución del laudo. Esa sección consideró que el juzgado de instancia debía limitar su análisis a la concurrencia de los requisitos y presupuestos procesales para despachar ejecución, sin que le estuviese permitido pronunciarse sobre la validez del pacto de sometimiento a arbitraje. En un pronunciamiento *obiter dicta*, la Sección 10.ª consideró que el acuerdo de arbitraje aprobado por la junta general de la comunidad de propietarios, y la aportación del acta de esa junta al procedimiento, constituía prueba suficiente de la existencia del acuerdo arbitral.

### 3 · DECISIONES

**Un tribunal se declara incompetente para conocer una reclamación contra Argentina por considerar que el inversor no puede alegar la cláusula de la nación más favorecida de un APPRI para que se apliquen disposiciones procesales de otro APPRI**

*Laudo sobre jurisdicción dictado por el Tribunal Arbitral del caso ICS Inspection and Control Services Ltd. c. República Argentina (caso CPA n.º 2010-9) de 10 de febrero de 2012*

Un Tribunal arbitral constituido bajo el Reglamento UNCITRAL de 1976 y bajo la administración de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya se ha declarado incompetente para conocer una reclamación presentada por una sociedad inglesa contra Argentina bajo el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones («APPRI») entre Reino Unido y Argentina de 11 de diciembre de 1990. El Tribunal ha establecido que la demandante no puede alegar la cláusula de la nación más favorecida inserta en ese APPRI para importar disposiciones procesales recogidas en otro APPRI en el que sea parte Argentina (en particular el APPRI Lituania-Argentina).

La sociedad inversora justificó la alegación de la cláusula de la nación más favorecida porque el artículo 8 del APPRI Reino Unido-Argentina, que se refiere a la solución de controversias entre un inversor y el Estado receptor de la inversión, exige que, pasado un período de seis meses de negociación amistosa de la disputa con el Estado (*cooling-off period*), el inversor debe primero presentar una reclamación ante los tribunales locales del Estado receptor. Solamente después de 18 meses de litigación ante esos tribunales, sin que haya recaído una decisión definitiva o cuando haya recaído esa decisión y la controversia siga pendiente de resolución, puede entonces el inversor presentar una solicitud de arbitraje internacional contra el Estado. En cambio, el artículo 9 del APPRI Lituania-Argentina no contiene esa exigencia y permite al inversor lituano en Argentina o argentino en Lituania, pasado igualmente el *cooling-off period* de seis meses, elegir sin más entre plantear su reclamación contra el Estado ante los tribunales locales o en un arbitraje internacional. En consecuencia, la demandante estimó que el artículo 9 del APPRI Lituania-Argentina contiene una disposición más favorable que el artículo 8 del APPRI Reino Unido-Argentina y trató de importarla para su caso invocando la cláusula de la nación más favorecida inserta en el artículo 3.2 del APPRI Reino Unido-Argentina.

Sin embargo, el Tribunal rechazó esta estrategia basándose en consideraciones de Derecho internacional ya recogidas en anterior jurisprudencia. El razonamiento del Tribunal descansa sobre dos pilares:

(i) Para el Tribunal el requisito de litigación ante los tribunales locales durante 18 meses recogido en el artículo 8 del APPRI es de carácter *imperativo* y no es un mero período de espera con el que se cumple por el transcurso del tiempo. El Tribunal consideró que no puede ignorarlo porque se trata de un límite a su jurisdicción.

A instancias de la demandante, el Tribunal examinó la decisión adoptada por el tribunal arbitral del caso CIADI *Abaclat c. Argentina* (vid. *AJUM*, año 2012, n.º 31, pp. 141-143) en el que ese tribunal dispensó a los demandantes de tener que recurrir ante los tribunales locales durante 18 meses porque el Derecho argentino no preveía un foro natural para las reclamaciones colectivas. El Tribunal arbitral concluyó que no había ningún fundamento para extender aquel razonamiento a este caso, pues no había obstáculo en la legislación argentina para que *ICS* presentara su reclamación.

(ii) El Tribunal interpretó que la cláusula de la nación más favorecida recogida en el artículo 3.2 del APPRI Reino Unido-Argentina no permite la invocación de disposiciones procesales contenidas en otros APPRIs. De acuerdo con el Tribunal, el concepto de «trato» que se recoge en ese artículo abarca solamente las obligaciones del Estado de tratamiento *sustantivo* hacia los inversores, mientras que otras cláusulas incluidas en otros tratados en vigor para Argentina (como el art. 4.2 del APPRI España-Argentina) tienen una redacción distinta (se refieren expresamente a «todas las materias» cubiertas por el APPRI) y permiten considerar que abarcan asimismo los aspectos procesales del tratado.

El Tribunal examinó la práctica convencional argentina en materia de APPRIs y comprobó que, con posterioridad a la firma del APPRI con Reino Unido, Argentina ha celebrado APPRIs en los que se sigue exigiendo el requisito de litigación ante los tribunales locales durante 18 meses. Por

tanto, en aplicación del principio del *efecto útil*, el Tribunal consideró que debía dar un significado a lo dispuesto en el artículo 8 del APPRI Reino Unido-Argentina.

Una vez determinado que no tenía competencia para resolver el caso, el Tribunal afirmó que el trato diferencial que se contiene en el artículo 9 del APPRI Lituania-Argentina, que no incluye el requisito de 18 meses de litigación no puede considerarse un trato «menos favorable». Para el Tribunal, «*si bien el proceso judicial ante los tribunales argentinos supone costos y demoras si no logra alcanzar una resolución, en muchas circunstancias, puede que esto sea más favorable que el acceso directo al arbitraje internacional luego de sólo seis meses de consultas amistosas*».

Debemos señalar que se trata de la enésima decisión en la que un tribunal arbitral ha tenido que pronunciarse sobre la posibilidad de invocar la cláusula de la nación más favorecida para importar las disposiciones procesales de otro APPRI, en particular en controversias contra Argentina; *vid.*, por ejemplo, las notas publicadas recientemente sobre los asuntos *Impregilo S.p.A. c. Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/07/17) (*AJUM*, año 2011, n.º 30, pp. 152-154); *Abaclat c. Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/07/5) (*AJUM*, año 2012, n.º 31, pp. 141-143); *Hochtief AG c. Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/07/31) (*AJUM*, año 2012, n.º 31, pp. 143-144). Por el momento, la jurisprudencia se inclina mayoritariamente a aceptar esta invocación. Asimismo, es la primera vez que se conoce que un tribunal arbitral establece que esta alegación no es posible en el caso del APPRI Reino Unido-Argentina, cuando en al menos otras tres ocasiones otros tantos tribunales sí lo habían aceptado.

Miembros del Tribunal Arbitral: Profesor Pierre-Marie Dupuy, Presidente (Francia); Honorable Marc Lalonde (Canadá) y el Dr. Santiago Torres Bernárdez (España).

## COMPETENCIA\*

### 1 · JURISPRUDENCIA

#### [Unión Europea]

**El Tribunal de Justicia de la UE no autoriza la reforma del régimen fiscal de Gibraltar**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de noviembre de 2011 en los asuntos Comisión Europea y Reino de España contra Government of Gibraltar y Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte (as. ac. C-106/09 P y C-107/09 P)*

En 2002, el Reino Unido notificó a la Comisión Europea un proyecto de reforma del régimen fiscal aplicable a las sociedades en Gibraltar. La Comisión Europea («*Comisión*») consideró que tal reforma constituía un régimen de ayudas de Estado incompatible con el mercado interior, ya que implicaba la concesión de una ventaja selectiva, tanto regional (las empresas de Gibraltar son gravadas con un tipo inferior a las del Reino Unido) como material (se favorece a las sociedades extraterritoriales sin presencia real en Gibraltar).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea («*TJUE*») confirma la decisión de la Comisión de no autorizar al Reino Unido a ejecutar el proyecto de reforma, anulando la sentencia anterior del Tribunal General de la Unión Europea («*TGUE*») por la que se anulaba dicha decisión.

A juicio del TJUE, existe efectivamente una ventaja selectiva, ya que los criterios de imposición utilizados crean una categoría de empresas privilegiada (sociedades registradas en Gibraltar). La

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

combinación del número de empleados y de la superficie ocupada como únicos criterios para determinar las bases impositivas excluye cualquier imposición a las sociedades extraterritoriales, que no cuentan con empleados ni locales en Gibraltar.

**El TJUE considera que el régimen fiscal aplicable a France Télécom es una ayuda de Estado**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de diciembre de 2011 en el asunto France Télécom contra Comisión Europea (as. C-81/10 P)*

France Télécom se ha venido beneficiando de una excepción al régimen común del impuesto sobre actividades económicas aplicable en Francia a quienes ejerzan con carácter habitual una actividad profesional por cuenta propia. Históricamente, France Télécom se ha regido por dos regímenes fiscales sucesivos: un régimen transitorio (aplicable entre 1991 y 1993) por el que esta compañía solo estaba sujeta a los impuestos y cánones efectivamente soportados por el Estado, aunque debía abonar en cambio una contribución anual a tanto alzado; y un régimen definitivo (entre 1994 y 2002) según el cual la compañía quedaba sometida al régimen fiscal de Derecho común, excepto en lo que se refiere a los impuestos directos locales, entre los que figura el impuesto sobre actividades económicas (ya que se le aplicaba un tipo de gravamen nacional).

La Comisión consideró que el régimen definitivo constituía una ayuda de Estado debido a la diferencia de tributación entre el impuesto que France Télécom debería haber soportado en ausencia de la medida y el importe del impuesto sobre actividades económicas efectivamente exigido. La Comisión declaró dicha ayuda incompatible con el mercado común y ordenó su recuperación.

France Télécom basó su defensa en que los dos regímenes fiscales deberían considerarse conjuntamente, pues habían sido establecidos por la misma ley, y el primero de ellos daba lugar a una sobreimposición, mientras que el segundo daba lugar a una subimposición. El TJUE desestima esta alegación y corrobora la conclusión de la Comisión, que se había negado a compensar ambos regímenes.

**El TGUE confirma poderes de investigación de la Comisión**

*Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 22 de marzo de 2012 en el asunto Slovak Telekom a.s. contra Comisión Europea (as. T-458/09 y T171/10)*

En la instrucción de un procedimiento sancionador contra Slovak Telekom, la Comisión solicitó a esta sociedad información sobre su actividad en Eslovaquia, incluyendo datos del período anterior a la adhesión de ese país a la UE.

Slovak Telekom se opuso a esta petición de información entendiendo que, dado que la Comisión no podría en ningún caso sancionar hechos anteriores a la adhesión de Eslovaquia a la UE, el requerimiento de información de esa institución excedía de su ámbito de poderes de investigación.

El TGUE concluye en esta sentencia que la Comisión puede solicitar cualquier información respecto de la que sea posible considerar legítimamente que guarda relación con la presunta infracción y que corresponde a la Comisión evaluar la necesidad de la información que solicita, incluyendo su ámbito geográfico y temporal. Sobre esta base, el TGUE declara que la Comisión puede requerir a una empresa información relativa a un período durante el cual no le resultaba aplicable la normativa de la UE en materia de competencia si dicha información resulta necesaria, a juicio de la Comisión, para detectar una eventual infracción de esa normativa a partir del momento en que esta fue aplicable.

## [España]

**La Audiencia Nacional anula parcialmente una Resolución de la CNC por vulneración del derecho de defensa**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 22 de febrero de 2012, en el recurso contencioso-administrativo núm. 1/2011, WELLA c. Administración del Estado*

La Audiencia Nacional («AN») resuelve un recurso presentado por el cauce especial de protección de los derechos fundamentales formulado contra la Resolución de 2 de marzo de 2011 del

Consejo de la CNC que sancionaba a Wella por su participación en un cártel y le retiraba la reducción del importe de la multa que la Dirección de Investigación le había concedido (30-50%). La AN resuelve que la CNC, al realizar una nueva calificación jurídica sin la audiencia previa de la parte interesada, vulneró su derecho de defensa y, por ello, anula parcialmente la Resolución recurrida.

La AN recuerda que las garantías del artículo 24 de la Constitución son aplicables al procedimiento administrativo sancionador. Entre estas garantías se encuentra la de ser informado de la acusación y, en concreto, a los hechos atribuidos, su calificación jurídica y la sanción propuesta. No obstante, la estricta correlación entre la acusación y la decisión se refiere a los hechos y no a la calificación jurídica. Por ello, manteniéndose inalterados los hechos objeto de cargo, la decisión sancionadora puede utilizar otro título de condena con dos límites: (i) la imposibilidad de optar por una calificación jurídica de mayor gravedad que la reflejada en la comunicación de cargos dirigida a quien se ve sometido al expediente sancionador, y (ii) la imposibilidad de apreciar una calificación jurídica distinta de la comunicada si existe heterogeneidad en los bienes jurídicos protegidos o si la infracción definitivamente considerada incorpora algún elemento del tipo que no corresponde a aquella que fue notificada y sobre la que el sancionado no ha tenido, en consecuencia, oportunidad de defensa.

## 2 · DECISIONES EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

### [Unión Europea]

**Advent International  
adquiere control  
conjunto sobre  
Maxam**

*Decisión de la Comisión de 6 de febrero de 2012, asunto M.6411- Advent/Maxam*

La Comisión identificó algunos aspectos relacionados con el mantenimiento de una competencia efectiva en varios mercados, principalmente debido a los vínculos verticales entre las partes. Sin embargo, el exhaustivo análisis de la Comisión puso de manifiesto la existencia de suficientes alternativas de suministro (dentro y fuera de la UE) y competidores importantes que garantizan que la entidad resultante de la concentración seguirá enfrentándose a suficiente competencia. Además, la Comisión consideró que la transacción no daría lugar a cambios sustanciales en la relación de suministros entre Advent y Maxam y que las partes carecían de incentivos para desarrollar una estrategia de bloqueo de insumos.

*Decisión de la Comisión Europea de 13 de febrero de 2012, asunto M.6381, Google / Motorola Mobility*

La Comisión ha autorizado la adquisición del control de Motorola por Google, una operación que afecta a los sistemas operativos para *smartphones* y *tablets*. En su decisión, la Comisión atribuye a Google la cuota de mercado del sistema Android (40-50%) pese a que se trata de un sistema abierto que puede desarrollarse libremente sin permiso de Google. La Comisión descarta el riesgo de cierre de mercado que podría suponer un acceso preferente a Android por Motorola frente a sus competidores, por ser los competidores de Motorola una fuente relevante de ingresos para el negocio principal de Google (publicidad por Internet). La Comisión descarta el riesgo para la competencia de que Google vincule el otorgamiento de licencias a la adquisición de sus servicios para móvil (para aumentar su cuota en el mercado de los anuncios o búsquedas por Internet) debido a que la eventual capacidad de Google de vincular estos productos no se ve afectada por la operación.

**[España]**

**La CNC aprueba la constitución de una empresa en participación entre Ferrer y Rovi para la producción de vacunas antigripales**

*Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de diciembre de 2011 e Informe y Propuesta de Resolución de la Dirección de Investigación en el Expediente C/0411/11, Ferrer/Rovi*

La operación supone la constitución de una empresa en participación de plenas funciones entre los laboratorios Ferrer y Rovi para la fabricación de una vacuna antigripal empleando la tecnología licenciada a la empresa en participación por un tercero. La CNC consideró que la empresa en participación tiene plenas funciones tomando en consideración los siguientes motivos: (i) la empresa en participación contará con su propia dirección operativa y con sus propios recursos financieros y comerciales (tiene su propia marca) y (ii) la empresa en participación fabricará los productos con la tecnología cedida por un tercero, aportando valor añadido fuera del ámbito de la actividad de sus matrices.

De forma señalada, la CNC admite el carácter accesorio de los acuerdos de suministro y transferencia de tecnología entre la empresa en participación y un tercero que no es parte de la operación.

**La CNC autoriza con compromisos en primera fase la adquisición de Hypercom por parte de Verifone**

*Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 29 de diciembre de 2011 e Informe y Propuesta de Resolución de la Dirección de Investigación en el Expediente C/0410/11, Verifone/Hypercom*

La CNC ha subordinado al cumplimiento de ciertos compromisos la adquisición por parte de Verifone del control exclusivo sobre Hypercom en el sector de la comercialización de terminales de pago electrónico.

Según la CNC, la operación notificada creaba un duopolio *de facto* en el sector del que se derivaba un riesgo de efectos coordinados. Por ello, la CNC decidió subordinar su autorización a una desinversión de activos, junto con la extensión de la licencia a Klein Partners (empresa que previamente había adquirido los activos españoles de Hypercom) para el uso del *software* y derechos de propiedad industrial en otros países del Espacio Económico Europeo. Verifone queda obligada a mantener informada a la CNC sobre el desarrollo de esta licencia.

Dado que en este caso existía cierta confusión acerca del momento para comprobar los umbrales de notificación, la CNC ha confirmado el criterio de la Comisión de que fecha relevante a efectos de determinar la jurisdicción sobre una concentración es la más temprana de las siguientes: (i) la de la conclusión del acuerdo jurídicamente vinculante, (ii) la del anuncio de una oferta pública de adquisición o la de la adquisición de una participación de control, o (iii) la fecha de la primera notificación.

### **3 · DECISIONES EN MATERIA DE EXPEDIENTES SANCIONADORES**

**[España]**

**La CNC admite grabaciones realizadas por un denunciante como prueba de cargo para declarar la existencia de un acuerdo anticompetitivo**

*Resolución del Consejo de la CNC de 12 de enero de 2012, Hormigón y productos relacionados, Expt. S/0179/09*

La CNC ha sancionado un supuesto acuerdo entre varios operadores productores de hormigón, áridos y morteros en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra.

Por primera vez, la CNC ha admitido como prueba de una infracción las grabaciones de las supuestas reuniones y conversaciones telefónicas realizadas por la empresa denunciante. Dado que las partes negaron el valor probatorio de las grabaciones, la CNC designó de oficio como perito del Consejo al Laboratorio de la Comisaría General de Policía Científica. Pese a que el perito detectó alguna manipulación en las grabaciones e indicó que era imposible descartar



**La CNC sanciona un intercambio de información entre empresas competidoras en el sector de los vehículos a motor**

manipulaciones más sofisticadas (debido a la inexistencia de archivos originales), la CNC admitió el pleno valor probatorio de estos elementos, excluyendo solo una de las grabaciones aportadas.

*Resolución del Consejo de la CNC, de 19 de enero de 2012, Suzuki/Honda, Expt. S/280/10*

En el transcurso de una inspección domiciliaria, la CNC identificó dos mensajes de correo electrónico intercambiados entre directivos de Honda y Suzuki en los que se facilitaba información sobre los precios de venta desagregados de varios modelos de motocicletas del año 2009 a mayoristas y el PVP recomendado. A partir de estos mensajes, la CNC procedió a incoar un nuevo expediente por intercambio de información.

La CNC considera que un único intercambio de información (en este caso, dos mensajes aislados) es apto para restringir la competencia y constituir una infracción de las normas de competencia en la medida en que puede permitir conocer la estrategia comercial del competidor y debilitar la incertidumbre sobre el funcionamiento competitivo del mercado. Para la CNC, la aptitud restrictiva del intercambio de información investigado se deriva de que el intercambio se produce al poco tiempo de entrar en vigor una reforma legal del impuesto de matriculación que suponía un elemento de incertidumbre entre los fabricantes y comercializadores de motocicletas sobre cuál iba a ser la evolución de los precios. Con el intercambio de información, las partes frustraron esta incertidumbre, restringiendo de este modo una potencial competencia intermarca.

## COMUNICACIÓN, TECNOLOGÍA Y OCIO\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

**Propuesta de Reglamento europeo de protección de datos personales**

Los constantes cambios en la sociedad de la información han evidenciado la necesidad de adaptar el marco legal europeo en materia de protección de datos mediante un Reglamento directamente aplicable en todos los Estados miembros de la UE, sin necesidad de transposición por la legislación nacional (así como una directiva específica en relación con la protección de los datos personales tratados con fines de prevención, detección, investigación o persecución de delitos y las actividades judiciales correspondientes).

Las principales novedades que introduce la propuesta de Reglamento son las siguientes:

- (i) *Ampliación del ámbito de aplicación*: se extiende la aplicación de la normativa de protección de datos a entidades establecidas fuera de la UE que dirijan sus actividades de tratamiento de datos o monitorización de comportamientos de individuos que residan en la UE.
- (ii) *Reconocimiento expreso de ciertos principios subyacentes en la normativa anterior*: se formulan de forma expresa los principios de rendición de cuentas o *accountability* así como el de minimización de los datos (recabar el mínimo de datos necesario).
- (iii) *Reforzamiento del consentimiento*: se endurecen los requisitos para la obtención del consentimiento, que deberá en cualquier caso proporcionar al interesado libertad de elección e identificar las finalidades para las cuales se requiere dicho consentimiento.

\* Esta sección de Derecho de Comunicación, Tecnología y Ocio ha sido redactada por Cecilia Irene Álvarez Rigaudias, José Soria, David López y Reyes Bermejo, de las Áreas de Derecho Público, Procesal y Arbitraje y de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).



(iv) *Derechos de los interesados*: se reconocen expresamente el derecho al olvido y el derecho a la portabilidad de los datos personales, fruto de las polémicas suscitadas tanto con los motores de búsqueda en Internet como con las operadoras de telecomunicaciones, respectivamente.

(v) *Ampliación de las obligaciones del responsable del tratamiento*: el responsable debe incorporar a sus procesos y recursos destinados al tratamiento de datos personales los principios de «Privacy by design» y «Privacy by default».

(vii) *Data Protection Officer (DPO)*: asimismo, entre otros, todas las Administraciones públicas y aquellas empresas que superen el número de 250 trabajadores deberán nombrar a un «Data Protection Officer» que se encargará de velar por el cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos.

(vii) *Notificación de violaciones en materia de seguridad*: se establece la obligación de notificar las violaciones de seguridad a las autoridades de protección de datos, así como a las personas afectadas, en determinados casos.

(viii) *Normas corporativas vinculantes (BCRs)*: se prevé un reconocimiento expreso de la posibilidad de adoptar BCRs en el seno de grupos multinacionales tanto para cesiones de datos como para encargos de tratamiento que impliquen la transferencia internacional de datos personales.

(ix) *La competencia de las autoridades de protección de datos*: en principio, la autoridad de protección de datos del Estado miembro en el que se encuentre el establecimiento principal del responsable de tratamiento será la autoridad competente de supervisar su actividad en el conjunto de la UE.

(x) *Sanciones económicas*: se prevé la posibilidad de armonizar las sanciones económicas en toda la UE, así como que las sanciones máximas puedan representar hasta un 2% de la facturación anual de la organización a nivel mundial.

## [España]

### Modificación del régimen de composición y designación del Consejo de Administración de la Corporación RTVE y del régimen de acceso de medios de radiodifusión a los estadios y recintos para la retransmisión en directo de eventos deportivos

*Real Decreto-ley 15/2012, de 20 de abril, de modificación del régimen de administración de la Corporación RTVE, previsto en la Ley 17/2006, de 5 de junio, y del artículo 19.4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (BOE de 21 de abril de 2012)*

El citado Real Decreto-ley, que entró en vigor el día 21 de abril de 2012, modifica parcialmente el articulado de la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, en lo que se refiere al Consejo de Administración de la Corporación RTVE, y la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, respecto del derecho de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual radiofónicos a comunicar información sobre acontecimientos deportivos, garantizando el acceso a los recintos.

Las modificaciones de la Ley 17/2006, según se expone en el texto del Real Decreto-ley, traen causa de la existencia de tres vacantes en el Consejo de Administración de la Corporación RTVE, una de ellas la del propio presidente. En relación con la composición del Consejo de Administración, el número de consejeros se reduce de doce a nueve, cinco elegidos por el Congreso de los Diputados y cuatro por el Senado. En cuanto al procedimiento de designación, tras esta reforma, si no se logra la mayoría de dos tercios en la Cámara que corresponda, la misma votación se repetirá transcurridas veinticuatro horas y únicamente será exigible mayoría absoluta para la elección. La misma regla de mayoría se aplicará a la elección del presidente, cuya designación corresponde al Congreso de los Diputados.

Finalmente, se eliminan las retribuciones fijas de los consejeros, excepto las del presidente, sustituyéndolas por indemnizaciones de asistencia a las sesiones del Consejo.

Por otro lado, el Real Decreto-ley aborda el conflicto por el acceso a los estadios para retransmitir en directo eventos deportivos a través de la radiodifusión sonora. La norma alude en su exposición de motivos al derecho a comunicar y recibir información reconocido en el artículo 20.1.d) de la Constitución Española. Así, se modifica el artículo 19 de la Ley General de Comu-

nicación Audiovisual para establecer que los prestadores de servicios de comunicación audiovisual radiofónica dispondrán de libre acceso a los estadios y recintos para transmitir en directo los acontecimientos deportivos, a cambio de una compensación económica equivalente a los costes generados por el ejercicio de tal derecho. La contraprestación deberá calcularse de mutuo acuerdo y, en caso de discrepancia entre las partes, resolverá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, previa solicitud de una de las partes y audiencia de ambas.

**Autorización de un procedimiento de suspensión de la interconexión de tráfico destinado a numeración móvil que se comporta como sumidero de tráfico electrónico**

*Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 11 de abril de 2012*

La sociedad actora solicita la autorización de la Comisión para suspender la interconexión del tráfico desde su red, con destino a numeración móvil que funciona como «sumidero». Se denomina sumidero a aquel número de teléfono que aparentemente presta un servicio de reencaminamiento internacional de llamadas, pero que en realidad se dedica a descargar saldos promocionales. Este tipo de conductas irregulares conllevan la saturación de las redes de comunicación en los enlaces de interconexión con los operadores a los que pertenecen dichos sumideros, afectando a la calidad del servicio prestado por la actora y reduciendo sus rendimientos.

El objetivo de la suspensión pretendida por la actora radica en el desincentivo de estas actuaciones, la descongestión de las redes y, por ende, la mejora en la prestación del servicio de comunicación.

La actora añade a sus pretensiones una serie de criterios a cumplir por ella misma en cada caso, como paso previo a la suspensión del servicio de interconexión. Así, establece garantías cumulativas previas a la suspensión: (i) esta únicamente procede respecto de numeración móvil, que debe ser concreta; (ii) en el supuesto de que se detecte un «patrón de sumidero de tráfico», debe realizar un estudio pormenorizado a través de una serie de parámetros preestablecidos, con la finalidad de cerciorarse de que se trata de un sumidero real; (iii) ante la evidencia de tráfico irregular, debe realizar en paralelo las siguientes actuaciones: a) suspender la interconexión del tráfico con destino al dicho sumidero; b) notificar la suspensión a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, adjuntando un informe detallado sobre el comportamiento del número objeto de la suspensión; y c) comunicar la suspensión al operador al que se hubiera asignado la numeración afectada.

La Comisión resuelve autorizar el procedimiento de suspensión en los términos propuestos por la actora por entender que las conductas irregulares han quedado suficientemente acreditadas.

**Circular por la que se introduce el consentimiento verbal con verificación por tercero en la contratación de servicios mayoristas regulados de comunicaciones fijas, así como en las solicitudes de conservación de numeración, aprobada en sesión de 8 de marzo de 2012**

*Circular 1/2012, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que modifica la Circular 1/2009*

La referida circular adapta la Circular 1/2009 a las *modificaciones* sectoriales en pro de la agilización de la contratación de los servicios de comunicación electrónicas, especialmente en cuanto a la conservación de la numeración en caso de cambio de operador en redes fijas y móviles.

La Circular 1/2012 sustituye en el conjunto de su clausulado el concepto de «operador beneficiario» empleado anteriormente por el de «operador receptor». También añade una previsión según la cual el operador receptor estará obligado a garantizar al abonado la posibilidad de cancelar su solicitud de portabilidad en la misma forma en que esta se celebró. La actualización de los cuestionarios relativos a las solicitudes de portabilidad fija y móvil radica en una nueva redacción, fundamentalmente en lo atinente a los mecanismos a través de los cuales el abonado tiene acceso a la red, en los casos de portabilidad fija.

Finalmente, la Circular introduce una disposición séptima en la que se regula el nuevo formulario destinado a las altas (puras) de servicios mayoristas.

**Violaciones de seguridad, marketing directo y cookies**

*Real Decreto-Ley 13/2012 de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista (BOE de 31 de marzo de 2012)*

La aprobación del Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen un cierto número de Directivas, entre otras, en materia de comunicaciones electrónicas («RDL

13/2012»), incorpora al ordenamiento jurídico español, entre otras, las Directivas 2009/136/CE y 2009/140/CE, mediante la modificación de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones («LGTel») y de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico («LSSI»).

En lo que se refiere a las modificaciones de la LGTel que afectan a la protección de datos personales, destacan las siguientes obligaciones para los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público (art. 34):

(i) Deber de notificación de violaciones de seguridad a la Agencia Española de Protección de Datos (y, en algunos casos, al Ministerio de Industria, Energía y Turismo) y a los abonados o particulares.

(ii) Deber de implementación efectiva de políticas de seguridad relativas al tratamiento de datos personales.

(iii) Deber de creación de procedimientos internos para responder a las solicitudes de acceso a los datos personales de los abonados por parte de las autoridades autorizadas, lo que incluye el deber de facilitar información sobre dichos procedimientos, número de solicitudes recibidas, motivación jurídica aducida y respuesta ofrecida.

Asimismo, en lo que se refiere a derechos de los abonados a servicios de comunicaciones electrónicas (art. 38.3), se requiere su consentimiento previo (además de informado) para el uso de datos de tráfico con fines de venta directa o de valor añadido y para recibir «llamadas y comunicaciones automáticas sin intervención humana».

Por su parte, las modificaciones introducidas en la LSSI, afectan, casi en su totalidad, al *e-spam* (esto es, las «comunicaciones comerciales por vía electrónica») y las *cookies* (modificando al efecto los arts. 20, 21 y 22 de la LSSI):

(vi) Se prohíbe el envío de comunicaciones comerciales en las que (a) se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación o que contravengan lo dispuesto en el artículo 20, así como aquellas en las que se incite a los destinatarios a visitar páginas de Internet que contravengan lo dispuesto en dicho artículo; y (b) no se incluya una dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse el derecho de oposición o revocarse el consentimiento prestado, si las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico.

(vii) Se exige el consentimiento informado del usuario para la instalación y utilización de archivos o programas informáticos en equipos terminales (entre otras, las denominadas *cookies*), pudiendo prestarse mediante los parámetros del navegador o de otras aplicaciones, pero siempre que el usuario deba proceder a su configuración durante su instalación o actualización mediante una acción expresa a tal efecto («cuando sea técnicamente posible y eficaz»).

(viii) Se reconoce expresamente la legitimación activa para el ejercicio de la acción de cesación (art. 31) a «aquellas personas físicas o jurídicas que pudieran verse perjudicadas por infracciones de las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 22, entre ellas, los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que deseen proteger sus intereses comerciales legítimos o los intereses de sus clientes».

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

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Unión Europea]

**El derecho de acceso a los documentos del Parlamento Europeo prima sobre el derecho a la protección de datos**

*Sentencia del Tribunal General, Cámara Quinta, de 28 de marzo de 2012*

Con esta sentencia, el Tribunal anula la decisión del Parlamento Europeo, la cual denegaba, basándose en la normativa europea de protección de datos personales, el acceso por parte de dos asistentes de antiguos miembros del Parlamento, a documentos del Parlamento en los que figuraban tanto sus nombres como los de antiguos miembros. El Tribunal considera que las instituciones comunitarias deben garantizar el derecho de acceso a sus documentos y las excepciones a dicho derecho de acceso deben ser interpretadas de forma estricta.

### [España]

**La actualización de los datos de un fichero de morosos no interrumpe el plazo de cancelación y el acreedor es el único responsable de la veracidad de dichos datos**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera de 13 de mayo de 2011*

La Audiencia Nacional estima el recurso interpuesto contra una resolución de la AEPD a través de la cual se imponía una sanción de 12.000 euros a una entidad de información sobre solvencia, por no detectar que los datos informados en el fichero de solvencia superaban el límite temporal legalmente establecido (seis años).

El recurso se centra en la forma de computar el plazo de los seis años, afirmando que no es susceptible de interrupciones o períodos de carencia, y se inicia a partir de la inclusión del dato personal desfavorable en el fichero y, en todo caso, desde el cuarto mes, contado a partir del vencimiento de la obligación incumplida o del plazo en concreto de ella si fuera de cumplimiento periódico (conforme establecía una instrucción de la autoridad de control de 1995). Asimismo, recuerda que el responsable del tratamiento (en este caso, la entidad bancaria acreedora), y no el responsable del fichero de morosos, es la responsable de mantener actualizados los datos y cumplir con el principio de calidad.

**Entregar antecedentes policiales al Juzgado por la Policía sin autorización judicial no viola el deber de secreto**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de septiembre de 2011*

La Audiencia Nacional desestima el recurso y confirma la resolución de la AEPD a través de la cual se archivan las actuaciones, por entender que no ha existido infracción del deber de secreto por parte del Cuerpo Nacional de Policía, al remitir los antecedentes y reseñas policiales del recurrente directamente al Juzgado de Violencia sobre la Mujer. En este caso, no resultaba necesario autorización judicial para que la policía pudiera recabar, a la vista de la comparecencia de la mujer, las reseñas policiales de su exmarido y pusiera dicha información en conocimiento del Juzgado.

**La denuncia de hechos constitutivos de infracción carece de legitimación activa para impugnar en vía jurisdiccional la resolución dictada por la Agencia**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de septiembre de 2011*

La Audiencia inadmite un recurso presentado contra una resolución sancionadora de la AEPD a través de la cual el recurrente (antes denunciante) solicita que se agrave la calificación de la sanción impuesta por la AEPD y su cuantía.

La Audiencia alude a jurisprudencia dictada principalmente por el Tribunal Supremo, confirmando que quien denuncia hechos que considera constitutivos de infracción de la legislación de protección de datos, carece de legitimación activa para impugnar en vía jurisdiccional lo que resuelva la AEPD. No obstante, precisa que el denunciante de una infracción de la legislación de protección de datos carece de legitimación activa para impugnar la resolución de la AEPD en lo que concierne al resultado sancionador mismo (imposición de una sanción, su cuantía, excul-

pación, etc.); pero, llegado el caso, puede tener legitimación activa con respecto a aspectos de la resolución distintos del específicamente sancionador siempre que, por supuesto, pueda mostrar algún genuino interés digno de tutela.

**Aunque se conozca la deuda, se debe requerir su pago antes de incluirla en un fichero de morosos**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de octubre de 2011*

La Audiencia Nacional confirma que el recurrente vulneró el principio de calidad de los datos al no notificar al deudor que debía de pagar la deuda, porque, en otro caso, sería incluido en los ficheros de morosidad. Es irrelevante que el deudor haya sido conocedor, en todo momento, de la existencia de la deuda. Asimismo, cuando el destinatario niega la recepción del requerimiento, recae sobre el responsable del fichero la carga de acreditar la comunicación.

Pese a que la Audiencia confirma la infracción, 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.

**La Audiencia Nacional plantea diversas cuestiones prejudiciales al TJUE en relación con el derecho al olvido**

*Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de febrero de 2012*

La Audiencia Nacional, a través de este auto, acuerda plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») diversas cuestiones prejudiciales en relación con el derecho al olvido y la interpretación de ciertas normas de la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos personales.

El origen de este auto se encuentra, concretamente, en un recurso presentado por Google Spain S.L. y Google Inc. ante la Audiencia Nacional, a través del cual se solicita la nulidad de una resolución sancionadora en la que la AEPD insta a Google para que adopte las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilite el acceso futuro a esos datos (se trataba de un anuncio por parte de la Seguridad Social de la subasta de un bien del que era copropietario el afectado). Esta misma resolución desestima la reclamación que se realiza frente al periódico responsable de la publicación de los datos que eran indexados por Google, considerando que había denegado correctamente la cancelación, pues la publicación en esos términos de la información tenía justificación legal. Las cuestiones prejudiciales abordan tres materias fundamentalmente: (i) ámbito de aplicación territorial de la normativa: teniendo en cuenta que Google Inc. tiene establecida su residencia en California, si la normativa europea puede ser aplicable, en particular a la vista del reconocimiento del derecho a la protección de datos personales, no ya en la Directiva 95/46/CE, sino en el propio Tratado de Lisboa; (ii) responsable del tratamiento: si los proveedores de servicios de búsqueda en Internet pueden ser considerados como responsables del tratamiento de los datos que indexan, y si Google Spain, S.L., que se dedica a la comercialización y venta de espacios publicitarios en la web y no presta el servicio de búsqueda e indexación, puede ser considerado responsable del tratamiento; y (iii) cuál es el alcance del llamado «derecho al olvido» en el marco de la Directiva.

**Es válido prohibir que los trabajadores usen los ordenadores con fines privados si se les informa previamente, no siendo necesario advertir expresamente de la posibilidad de realizar controles**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 2011*

El TS confirma una sentencia en la que se considera válida la instalación de un software espía sin haber informado de forma previa y expresa a la recurrente, por cuanto el empresario había notificado a sus trabajadores la prohibición absoluta impuesta sobre el uso de medios de la empresa (ordenadores, móviles, internet, etc.) para fines propios, tanto dentro como fuera del horario de trabajo.

El Tribunal entiende que no es posible admitir que surja un derecho del trabajador a que se respete su intimidad en el uso del medio informático puesto a su disposición, si bien tal entendimiento equivaldría a admitir que el trabajador podría crear, a su voluntad y libre albedrío, un reducto de intimidad, utilizando un medio cuya propiedad no le pertenece y en cuyo uso está sujeto a las instrucciones del empresario.

No obstante, una magistrada emitió un voto particular a través del cual manifiesta que al haberse realizado el control empresarial sin advertirlo previamente, se ha vulnerado «una expectativa

*razonable de intimidad*», ya que la prohibición del uso del ordenador para fines privados ha de ir acompañada de una información sobre la existencia de un control y de los medios que van a aplicarse.

**El deber de información de los accionistas puede legitimar la comunicación de datos económicos**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 2011*

Se interpone recurso de casación por entender el recurrente que la comunicación de datos económicos —tales como nóminas, bajas o cuantía de indemnizaciones— a dos accionistas de la sociedad no puede entenderse amparada por los artículos 112 y 212 de la Ley de Sociedades Anónimas («LSA») relativos al derecho de información de los accionistas.

El Tribunal desestima el recurso considerando que el deber de información del accionista regulado en la LSA legitima la comunicación de los mencionados datos económicos a los accionistas, dado que no se han excedido los límites que describe: (i) información oportuna, esto es, con una conexión razonable con el orden del día; (ii) información solicitada en el momento adecuado (si es por escrito, desde la convocatoria hasta los 7 días antes de la celebración); (iii) intereses sociales no perjudicados por la difusión limitada de la información; y (iv) no concurrencia de abuso de derecho.

Finalmente, el Tribunal considera que en el presente caso no procedería la disociación de la información, ya que quedaría desvirtuada la finalidad perseguida por los accionistas solicitantes.

**El «interés legítimo» y el Tribunal Supremo**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 8 de febrero de 2012*

El TS, de conformidad con las cuestiones prejudiciales resueltas por el TJUE en su sentencia de 24 de noviembre de 2011, ha declarado la nulidad del artículo 10.2.b) del Real Decreto 1720/2007. Por su parte, rechaza la impugnación 10.2.a) del citado Real Decreto.

Según el TS, lo que expresa el TJUE es que, con la exigencia de que los datos figuren accesibles al público, se excluye de forma categórica y generalizada todo tratamiento de datos que no figuren en tales fuentes, y declara tal proceder contrario al artículo 7.f) de la Directiva 95/46/CE. Añade que el requisito establecido por el artículo 10.2.b) de que los datos figuren en fuentes accesibles al público no actúa como elemento de ponderación, sino que establece una adición limitativa para el tratamiento de los datos personales del afectado sin su consentimiento expreso, ya que además de acreditar un «interés legítimo», exige que dichos se encuentren recogidos en «fuentes accesibles al público».

**Aportar la historia clínica del reclamante en un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, sin su consentimiento, no vulnera la LOPD**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 22 de febrero de 2012*

El TS confirma una sentencia en la que se permite la aportación de la historia clínica del reclamante, sin su consentimiento previo, en relación solo con los datos de salud relativos a la lesión que originó el procedimiento de responsabilidad patrimonial interpuesto por el propio reclamante. Se trata, según el Tribunal, de una información de gran relevancia para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial y, además, esta documentación fue solicitada por el propio reclamante para que fuese aportada como medio de prueba en el procedimiento. Entender que la aportación de pruebas con datos de salud a cualquier procedimiento requiere el consentimiento del interesado sería contrario a los principios más elementales en materia de proposición de prueba y supondría una obstaculización para el desarrollo de cualquier procedimiento.

**La intromisión en la intimidad mediante una conducta proporcionada no constituye una infracción**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 27 de marzo de 2012*

El TS ha desestimado el recurso presentado por dos trabajadoras contra un sindicalista que alertó al director, mediante llamada telefónica, de que la relación afectiva que mantenían estaba afectando al buen funcionamiento de la empresa. Según el Tribunal, frente al derecho a la intimidad prevalecen las funciones del demandado que, como miembro del Comité de Empresa, ha de colaborar con el mantenimiento e incremento de la productividad. Asimismo, aunque se



reconoce la intromisión a la intimidad, el Tribunal entiende que la conducta del demandado fue proporcionada, ya que la cuestión afectaba al buen funcionamiento de la empresa y, aunque se refería a la intimidad de dos trabajadoras de la empresa, en principio, no tuvo trascendencia más allá de su conocimiento por el director. La verdadera difusión pública de esta información fue realizada por el propio director de la entidad y por la propia recurrente, pero no por el representante de los trabajadores.

### 3 · DOCTRINA ADMINISTRATIVA DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Obligaciones pendientes de pago de proveedores de entidades locales: datos «personales» e «interés legítimo»

*Informe jurídico n.º 119/2012 de la Agencia Española de Protección de Datos*

La Agencia Española de Protección de Datos («AEPD») ha publicado recientemente un informe jurídico donde se pronuncia sobre la falta de legitimidad de la publicación en la página web de la corporación consultante de los datos contenidos en el «fichero de facturas», remitido al Ministerio de Hacienda y AA. PP. en cumplimiento del artículo 4 del Real Decreto-ley 4/2012, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales.

20.000 euros por tratar de datos de menores sin consentimiento paterno

*Resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 22 de diciembre de 2011*

La AEPD impone una sanción de 20.000 euros a un portal de Internet dirigido a un público juvenil a través del cual se llevó a cabo una promoción para menores entre 7 y 12 años, en la que era necesario rellenar un formulario de datos personales. Dicho formulario no incluía información relativa al tratamiento de datos ni tampoco establecía ninguna opción para solicitar la autorización del padre/madre/tutor.

Sanción por la publicación en un blog de datos personales sin consentimiento de los afectados

*Resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 11 de enero de 2012*

La AEPD impone una sanción de 2.000 euros a un particular (que regularizó el incumplimiento durante el procedimiento) por la publicación en un blog de un listado públicamente accesible a través del cual se atribuía a varias personas la pertenencia a una determinada organización religiosa. El procedimiento se inicia por una denuncia de una afectada cuyos datos fueron indexados por un motor de búsqueda, de forma que al consultar por el nombre y apellidos de esta, se obtenía en la página de resultados del buscador un enlace con la citada entrada del blog del denunciado, en el que se la vinculaba con la mencionada organización religiosa.

## ENERGÍA\*

### 1 · LEGISLACIÓN

Normativa estatal

— *Resolución, de 27 de abril de 2012, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se publica la tarifa de último recurso de gas natural (BOE de 28 de abril de 2012)*

\* 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).



— Orden IET/849/2012, de 26 de abril de 2012, por la que se actualizan los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se adoptan determinadas medidas relativas al equilibrio financiero del sistema gasista (BOE de 27 de abril de 2012)

— Orden IET/843/2012, de 25 de abril de 2012, que establece los peajes de acceso a partir de 1 de abril de 2012 y determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial (BOE de 26 abril de 2012)

— Resolución, de 25 de abril de 2012, de la Dirección General Política Energética y Minas, por la que se establecen las tarifas de último recurso a aplicar en el periodo comprendido entre el 1 de octubre y el 22 de diciembre de 2011, ambos inclusive, y en el primer trimestre de 2012 y establece el coste de producción de energía eléctrica y las tarifas de último recurso a aplicar a partir del 1 de abril de 2012 (BOE de 26 de abril de 2012)

— Orden IET/822/2012, de 20 de abril, que regula la asignación de cantidades de producción de biodiésel para el cómputo del cumplimiento de los objetivos obligatorios de biocarburantes (BOE de 21 de abril de 2012)

— Resolución, de 17 de abril de 2012, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se establece el procedimiento de subasta para la adquisición de gas natural destinado al nivel mínimo de llenado de nuevas instalaciones de almacenamiento subterráneo de gas natural (BOE de 24 de abril de 2012)

— Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, que transpone directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista (BOE de 31 marzo de 2012)

El Real Decreto-Ley 13/2012, en relación con el sector eléctrico, incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 2009/72/CE. Asimismo, adopta medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista. Con relación al sector eléctrico, se aplica una subida de la tarifa de último recurso (TUR). La reducción de costes se reparte entre los diferentes agentes del sistema, afectando a la distribución, el transporte, los pagos por capacidad, la financiación del operador del sistema, la Comisión Nacional de Energía y el IDAE o la remuneración del servicio de interrumpibilidad.

En relación con el sector de hidrocarburos, se incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 2009/73/CE en materia de separación jurídica. Asimismo, con el objeto de equilibrar el sector gasista se establece la suspensión de entrada en funcionamiento de nuevas plantas de regasificación en la Península, la suspensión de la autorización administrativa de gasoductos planificados o la modificación en la retribución de los almacenamientos subterráneos. Además, se eliminarán los incentivos para contratar la capacidad de los gasoductos a corto plazo, se limita la posibilidad de interrumpibilidad a las zonas realmente congestionadas y se elimina la opción de retribución específica de la distribución.

Véase también el comentario a esta norma que se incluye en esta misma sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» (Comunicación, Tecnología y Ocio) de este mismo número de la Revista.

— Resolución, de 29 de marzo de 2012, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se establece el protocolo de detalle PD-13 «Asignación de fechas de descarga de buques en plantas de regasificación» y se modifica la norma de gestión técnica del sistema NGTS-03 «Programaciones» y el protocolo de detalle PD-07 «Programaciones y nominaciones en infraestructuras de transporte» (BOE de 24 de abril de 2012)

— Resolución, de 29 de marzo de 2012, de la Dirección General de Política Energética y Minas, que modifica la norma de gestión técnica del sistema gasista NGTS-02 «condiciones generales sobre el uso y la capacidad de las instalaciones del sistema gasista», establece el protocolo de detalles PD-12 «procedimientos a aplicar en las cisternas de gas natural licuado con destino a plantas satélite» y modifica el protocolo de detalle PD-01 «medición, calidad y odorización de gas» (BOE de 23 de abril de 2012)

— Orden IET/631/2012, de 29 de marzo de 2012, que introduce una excepción de carácter territorial en el mecanismo de fomento del uso de biocarburantes, para los años 2011, 2012 y 2013 (BOE de 30 de marzo de 2012)

— Resolución, de 9 de marzo de 2012, 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 primer trimestre de 2012, 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, de 25 de mayo de 2007, que regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (BOE de 15 de marzo de 2012)

— Resolución, de 8 de marzo de 2012, de la Dirección General de Política Energética y Minas, que modifica el anexo 5 «contrato de acceso a las instalaciones de almacenamiento subterráneo», de la Resolución de 24 de junio de 2002, por la que se aprueban los modelos normalizados de solicitud y los modelos normalizados de contratación para el acceso de terceros a las instalaciones gasistas, modificado posteriormente por Resolución de 14 de marzo de 2008, por la que se precisan determinados aspectos relativos a la gestión de los almacenamientos subterráneos de la red básica y se establecen las reglas para la subasta de su capacidad (BOE de 14 de marzo de 2012)

— Resolución, de 24 de febrero de 2012, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba el procedimiento de operación del sistema P.O. 3.9: «contratación y gestión de reserva de potencia adicional a subir» (BOE de 10 de marzo de 2012)

— Corrección de errores del Real Decreto 1699/2011, de 18 de noviembre. Advertidos errores en el Real Decreto 1699/2011 por el que se regula la conexión a red de instalaciones de producción de energía eléctrica de pequeña potencia, se procede a efectuar las oportunas rectificaciones (BOE de 11 de febrero de 2012)

— Orden IET/290/2012, de 16 de febrero de 2012, que modifica la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre de 2007, que revisa las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008 en lo relativo al plan de sustitución de contadores (BOE de 21 de febrero de 2012)

— Resolución, de 1 de febrero de 2012, 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 primer trimestre de 2012 (BOE de 9 de febrero de 2012)

— Resolución, de 30 de enero de 2012, de la Dirección General de Política Energética y Minas, que publica la capacidad asignada y disponible en los almacenamientos subterráneos de gas natural básicos para el período comprendido entre el 1 de abril de 2012 y 31 de marzo de 2013 (BOE de 4 de febrero de 2012 y rectificación en el BOE de 15 de febrero de 2012)

— Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos (BOE de 28 enero 2012)

En virtud del Real Decreto-ley 1/2012 se suprimen, desde el 28 de enero de 2012, los incentivos económicos y el procedimiento de preasignación de retribución para las instalaciones que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación, y que serían las siguientes:

(i) Instalaciones que no hubieran resultado inscritas en el registro de preasignación de retribución previsto en el artículo 4.1 del Real Decreto 1578/2008 para instalaciones solares fotovoltaicas. Se suspenden asimismo las convocatorias correspondientes a 2012.

(ii) Instalaciones que no hubieran resultado inscritas en el registro de preasignación de retribución previsto en el artículo 4 del Real Decreto-Ley 6/2009 para el resto de tecnologías.

(iii) Instalaciones de régimen ordinario que a la fecha de entrada en vigor del RDL 1/2012 no dispusieran de autorización administrativa otorgada por la Dirección General de Política

Energética y Minas. Se trata en este caso de instalaciones asimiladas al régimen especial y respecto de las cuales se ha establecido un incentivo económico.

— *Resolución, de 24 de enero de 2012, de la Dirección General de Política Energética y Minas, que establece el importe definitivo pendiente de cobro a 31 de diciembre de 2011, de los derechos de cobro que pueden ser cedidos y de los derechos de cobro cedidos al fondo de titulización del déficit del sistema eléctrico (BOE de 28 de enero de 2012)*

**Normativa autonómica. Canarias**

— *Decreto 13/2012, de 17 de febrero LCAN, que aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento de registro del certificado de eficiencia energética de edificios en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias. Consejería Empleo, Industria y Comercio (BOC de 28 de febrero de 2012)*

— *Resolución, de 2 de marzo de 2012, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Canarias en relación con el Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos (BOE de 4 de abril de 2012)*

**Normativa autonómica. Galicia**

— *Orden de 3 de abril de 2012, por la cual se aprueba el Reglamento de funcionamiento de la comisión de seguimiento de la ejecución de los proyectos de desarrollo de naturaleza industrial y del resto de criterios de selección vinculados a los parques eólicos adjudicados dentro de las órdenes de convocatoria que regula la Ley 8/2009, de 22 de diciembre (DOG de 19 de abril de 2012)*

## 2 · JURISPRUDENCIA

**Financiación. Inaplicabilidad de ciertas disposiciones del Real Decreto-ley 6/2009 y anulación de determinadas previsiones de la Orden ITC/3519/2009**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de febrero de 2012*

Declara inaplicable el artículo 2 apartado 5 (bonificación en las facturas domésticas) y la disposición transitoria segunda, último párrafo (aplicación automática del bono social desde el 1 de julio de 2009), del Real Decreto-ley 6/2009 por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, y las disposiciones adicionales segunda y tercera (mecanismo de liquidación del bono social y tarifas de referencia para la aplicación del bono social) de la Orden ITC/1723/2009 por la que se revisan los peajes de acceso a partir de 1 de julio de 2009 y las tarifas y primas de determinadas instalaciones de régimen especial como consecuencia de la anterior declaración de inaplicabilidad de los preceptos citados del Real Decreto-ley 6/2009.

**Energía eléctrica. Revisión de peajes de acceso**

*Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2011*

Suspende la eficacia del artículo 1, apartado 2 (revisión de los peajes de acceso a partir de 1 de octubre de 2011) de la Orden ITC/2585/2011 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.

**Energía Eléctrica. Peajes, tarifas y primas**

*Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2011*

Suspende la eficacia del artículo 1, apartado 2 (revisión de los peajes de acceso a partir de 1 de octubre de 2011) y la ejecutividad del artículo 5 (anualidad para satisfacer los derechos de cobro del sistema eléctrico para el año 2011) de la Orden ITC/2585/2011 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.

## INMOBILIARIO Y URBANISMO\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

**Protección de deudores sin recursos** *Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (BOE de 10 de marzo de 2012)*

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

**Contratos de aprovechamiento por turno** *Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (BOE de 17 de marzo de 2012)*

En aras de evitar la pluralidad de normas y las posibles antinomias, con esta nueva norma se pretende elaborar un texto unificado que comprenda tanto la transposición de la Directiva 2008/122/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, en el título I, como la incorporación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, en los títulos II y III, con las adaptaciones impuestas por la citada Directiva.

**Andalucía. Urbanismo** *Orden de 13 de marzo de 2012, por la que se desarrolla el procedimiento para obtener la declaración de campos de golf de interés turístico en Andalucía (BOJA de 22 de marzo de 2012)*

En desarrollo del Decreto 43/2008, de 12 de febrero, la Orden regula el procedimiento para obtener la declaración de campo de golf de interés turístico y, entre otras cuestiones, aclara (i) los requerimientos exigibles a los promotores; (ii) el órgano responsable del procedimiento; y (iii) el alcance y los efectos de la declaración. También incluye un modelo de solicitud de declaración.

**Cataluña. Urbanismo** *Ley 3/2012, de 22 de febrero, de modificación del texto refundido de la Ley de Urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto (DOGC de 29 de febrero de 2012)*

Concentra la dispersa regulación del procedimiento de evaluación ambiental de los planes urbanísticos y permite la ampliación de las industrias existentes en suelo no urbanizable, siempre que hubieran sido implantadas legalmente y pueda justificarse su interés social. Incluye, entre otras, las siguientes novedades: (i) se amplían los usos provisionales autorizables en edificios fuera de ordenación; (ii) para la inscripción registral de un proyecto de reparcelación se exige la previa acreditación del pago de las indemnizaciones correspondientes; y (iii) se sustituye la licencia de primera utilización por una comunicación previa.

\* 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, Cristina Arévalo, Miriam Galdós, Katerina Kátanas, Néstor Lozano, Rafael Jiménez, Pedro Ferreira Malaquias, Maria Goreti Rebêlo, Helder Frias, Mafalda Almeida Carvalho, Lara Galdes y Joana Torres Ereio del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Valencia, Bilbao y Lisboa).

**Baleares.  
Ordenación  
urbanística**

*Decreto Ley 2/2012, de 17 de febrero, de medidas urgentes para la ordenación urbanística sostenible (BOIB de 18 de febrero de 2012)*

Modifica varios artículos de la Ley 14/2000, de 21 de diciembre, de Ordenación Territorial, relativos al suelo urbano y urbanizable y, en particular, adecua su régimen de cargas a la normativa estatal. Asimismo, modifica la Ley 10/1990, de 23 de octubre, de disciplina urbanística, para facilitar la legalización de las obras y la restitución de la realidad física.

**Andalucía.  
Ordenación  
urbanística**

*Ley 2/2012, de 30 de enero, de modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (BOJA el 1 de febrero de 2012)*

Adapta la Ley de Ordenación Urbanística a la normativa estatal, sustituyendo el derecho de los propietarios del suelo a ejecutar las obras de urbanización por la facultad de participar en la adjudicación de estas obras. Asimismo, regula la posibilidad de sustituir la cesión de suelo para dotaciones y equipamientos por el pago del valor de dichas infraestructuras.

**Aragón. Urbanismo  
y vivienda**

*Ley 3/2012, de 8 de marzo. Establece las medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2012 (BOA el 19 de marzo de 2012)*

Añade dos disposiciones adicionales a la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida, que permiten el arrendamiento de las viviendas protegidas calificadas definitivamente para la venta y sustituye la licencia de primera ocupación por la calificación definitiva y el certificado de eficiencia energética.

A su vez, modifica la Ley 3/2009, de 17 de junio, Urbanística, introduciendo de nuevo los Proyectos de Delimitaciones de Suelo Urbano para pequeños municipios, ante el fracaso de los intentos de dotarles de Plan General. Además, aunque mantiene la figura de la gestión indirecta por urbanizador, prevé su aplicación a elección del municipio.

**Comunidad  
Valenciana.  
Urbanismo**

*Decreto Ley 2/2012, de 13 de enero, del Consell, de medidas urgentes de apoyo a la iniciativa empresarial y a los emprendedores, microempresas y pequeñas y medianas empresas (pymes) de la Comunitat Valenciana (DOGV de 16 de enero de 2012)*

Simplifica la actuación administrativa de los Ayuntamientos, únicamente en relación con los emprendedores y las micro, pequeñas y medianas empresas, para lo que prevé la tramitación conjunta de los expedientes de obras y actividad y la sustitución de las licencias comerciales y de apertura de establecimientos públicos con un aforo no superior a las 500 personas, por el procedimiento de declaración responsable.

**[Portugal]****Nova Lei do  
Arrendamento  
Urbano**

*Proposta de Lei número 38/XII - Presidência do Conselho de Ministros*

Na sequência das medidas constantes do Memorando de Entendimento celebrado entre Portugal e a Comissão Europeia, o Banco Central Europeia e o Fundo Monetário Internacional («MOU») e do Programa do XIX Governo Constitucional, encontra-se em apreciação a Proposta de Lei número 38/XII («Proposta») que pretende reformar o regime do arrendamento urbano Português.

Através da Proposta pretende-se, primordialmente, dinamizar o mercado do arrendamento, garantindo preços ajustados a cada necessidade e maior oferta de arrendamento, e requalificar e revitalizar as cidades, através da reabilitação do parque edificado.

De entre as diversas alterações constante da Proposta destacam-se, como reformas mais relevantes, (i) a total liberdade às partes quanto à fixação do prazo do contrato de arrendamento para fins habitacionais; (ii) a redução do prazo (de 3 para 2 meses) da mora do arrendatário no pagamento de rendas que permite a resolução extrajudicial do contrato de arrendamento; (iii) a criação de um mecanismo extrajudicial de despejo (o Balcão Nacional do

Arrendamento) de um contrato de arrendamento no prazo máximo de 3 meses; (iv) o novo mecanismo de atualização das rendas por negociação entre as partes; (v) a alteração, nos contratos de arrendamento para fins habitacionais, dos prazos de denúncia e/ou oposição à renovação pelo arrendatário e pelo senhorio e (vi) a possibilidade de o arrendatário alegar carência económica, idade e deficiência incapacitante e, entre outros, beneficiar de limitação no aumento do montante de renda atualizada e limitação na modificação do tipo e duração do arrendamento.

Na referida Proposta refere-se ainda a necessidade de proceder à modificação dos diplomas complementares ao regime do arrendamento urbano, como sejam, entre outros, os Decreto-Lei n.º 157/2006, de 8 de Agosto, que aprovou o regime de obras em prédios arrendados, ou o Decreto-Lei n.º 158/2006, de 8 de Agosto, que aprovou os regimes de determinação do rendimento anual bruto corrigido e a atribuição do subsídio de renda, com vista a sua adaptação às medidas reformistas pretendidas pela alteração ao arrendamento urbano.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### Efectos *ex tunc* de la resolución de un contrato de compraventa

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2012*

Se discute si en una resolución de un contrato de compraventa se dan los efectos *ex nunc* o *ex tunc*, estando obligada la parte que recibió arras confirmatorias a su devolución con los intereses legales, como pide el demandante basándose en los artículos 1295 y 1303 del Código Civil, o sin estos.

El TS afirma que, efectivamente, de acuerdo con los citados artículos y la jurisprudencia, la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos *ex nunc*, sino *ex tunc*, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, debiendo las partes entregarse las cosas o prestaciones que hubieran recibido. En el caso del precio, debería entregarse este con sus intereses legales desde que se hizo el pago, no desde la celebración del contrato. Sin embargo, según el alto tribunal, los términos en que están redactados los escritos de demanda y de contestación evidencian que en ningún caso se ha concretado una pretensión indemnizatoria de intereses en la devolución de las arras, ni ha sido denunciada la posible incongruencia de la sentencia por no haberse pronunciado sobre ella. Por ese motivo desestima el recurso.

### La moderación de la pena no procede en el supuesto de incumplimiento total de las obligaciones

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de febrero de 2012*

En un contrato de opción de compra, la compradora, pese a ejercitar la opción, incumplió su obligación establecida en el contrato de pago del precio y de otorgamiento de escritura pública, argumentando que la vendedora había incumplido previamente su obligación. Ante el incumplimiento de la compradora, la vendedora retuvo, en concepto de cláusula penal y de acuerdo con el contrato, una cantidad de dinero entregada previamente por la compradora. Ésta recurrió argumentando que la vendedora había incumplido previamente su obligación de facilitar la información necesaria para realizar la compraventa, que no existía realmente una cláusula penal en el contrato, y pedía que se moderara la indemnización de acuerdo con los artículos 1154 y 1103 del Código Civil, afirmando que ella tan solo incumplió parcialmente.

El TS desestima el recurso porque en la instancia ya se había determinado que la vendedora no había incumplido, y se interpretó como cláusula penal lo establecido en el contrato sin que se hayan citado en el recurso las normas legales que habría infringido dicha interpretación, por lo que, dados los términos de dicha cláusula y el comportamiento de la compradora, la cláusula era exigible a tenor del artículo 1152 del Código Civil.



**Nulidad por superar alturas máximas** *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de enero de 2012, recurso n.º 705/2010*

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid sostiene que la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997, en el ámbito «Mahou-Vicente Calderón» —con la que se pretende cambiar el actual uso deportivo e industrial por otros residenciales— se ha realizado en el ejercicio del *ius variandi*, que forma parte del ejercicio de la potestad de planeamiento en virtud de la cual la Administración puede actuar discrecionalmente. Sin embargo, la sentencia anula la modificación puntual que permite una edificabilidad general en el ámbito por encima de prohibición legal vigente en la Comunidad de Madrid de edificar una altura superior a tres plantas más ático, incluida la baja, plantas retranqueadas y semisótanos que sobresalgan más de un metro, de manera que la edificación resultante no exceda de dichas tres plantas más ático en todos y cada uno de los puntos del terreno.

**Cómputo del plazo para la impugnación de un plan** *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 31 de enero de 2012, recurso n.º 878/2008*

El TS sostiene que la fecha de referencia a efectos del cómputo del plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo es la fecha de publicación oficial del instrumento de planeamiento general, y no la fecha en que se produce la notificación personal. No obstante, en aquellos casos en los que existe una notificación individualizada con posterioridad a la publicación, es esta última fecha la que debe tenerse en cuenta en el cómputo del plazo para recurrir.

**Abuso por exceso en el ejercicio de la jurisdicción al sustituir la potestad discrecional del planificador urbanístico** *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de marzo de 2012, recurso n.º 6056/2008*

La sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que estimaba el recurso contra el acuerdo de denegación de la aprobación definitiva de la modificación de un instrumento de planeamiento y condenaba a la Administración a aprobar definitivamente dicha figura de planeamiento imponiéndole asimismo determinadas medidas incluidas en un informe medioambiental. El TS estima el recurso por considerar que ha existido un abuso por exceso en la jurisdicción, en la medida en que la sentencia de instancia había asumido funciones que no eran propiamente jurisdiccionales, sino que correspondían a la Administración. Y ello porque el Tribunal de instancia no se había limitado a anular el acuerdo denegatorio de la aprobación y a ordenar su aprobación definitiva, sino que además de ello había decretado la incorporación a la aprobación definitiva del condicionado contenido en un informe emitido por la Administración medioambiental, que no tenía el carácter de vinculante. El TS concluye que la Sala de instancia ha sustituido a la Administración autonómica competente en materia de urbanismo y ordenación del territorio al determinar de forma imperativa los condicionantes expresados en dicho informe.

### 3 · RESOLUCIÓN DE LA DGRN

**Inscripción de una dación de una finca en pago de créditos concursales entre dos sociedades en concurso** *Resolución de la DGRN de 27 de febrero de 2012*

Se pretende inscribir en el Registro de la Propiedad una escritura por la que una sociedad en situación de concurso (sin constancia en dicho Registro del contenido del convenio concursal) transmite una finca urbana en dación en pago de unos créditos concursales que otra entidad, también en concurso, ostentaba contra ella. El registrador deniega la calificación argumentando incongruencia del juicio de suficiencia del notario con el contenido del acto documentado, en referencia a la representación de la sociedad transmitente, si no se acredita e inscribe la aprobación del convenio concursal, como condición previa para que pueda inscribirse la dación en pago.

La DGRN estima parcialmente el recurso al considerar inexistente la falta de congruencia del juicio de suficiencia del notario por existir un convenio aprobado judicialmente, puesto que,



aprobado este, cesa la administración concursal. Además, afirma que la Ley Concursal no establece la necesidad de la previa inscripción del convenio como condición previa e indispensable para la inscripción de la dación. En cuanto a la sociedad adquirente, dado que no administra el bien inmueble, sino que este entra en su patrimonio, no es forzoso plantearse en este momento la inscripción de ninguna medida prohibitiva o limitativa de las facultades de administración o disposición respecto a dicho bien. Sin embargo, confirma la calificación en cuanto a la necesidad de aportar el convenio para calificar si existen en él limitaciones o prohibiciones de administración o disposición que puedan afectar a la dación en pago, a efectos de consignarlas como modalidad del contenido del asiento conforme al artículo 137.2 de la Ley Concursal.

## LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

#### Fusión y escisión de sociedades de capital. Derecho de información

*Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital (BOE de 17 de marzo de 2012)*

En lo que a los derechos de los trabajadores respecta, el Real Decreto-ley 9/2012 destaca que la aprobación de la fusión en junta universal no restringe los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la fusión, incluido el derecho a la información de los efectos que la fusión pudiera tener sobre el empleo.

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

#### Reforma del mercado laboral

*Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 11 de febrero de 2012)*

Véase el artículo de Sergio Ponce Rodríguez sobre esta norma en este mismo número de la revista.

#### Medidas urgentes para la corrección del déficit público

*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)*

En materia laboral, los aspectos más destacables de este Real Decreto-ley son los siguientes:

(i) La congelación de las retribuciones del personal al servicio del sector público: funcionarios, personal laboral de la Administración y altos cargos. Esta medida podrá excepcionarse con el informe favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

(ii) La paralización de las oposiciones y de los procedimientos de consolidación como personal laboral fijo o funcionarios de carrera al amparo del Estatuto Básico del Empleado Público, salvo que se trate de procesos de ejercicios anteriores. Tampoco cabrá la incorporación de personal temporal para cubrir vacantes, salvo en supuestos excepciona-

\* Esta sección de Derecho Laboral y de la Seguridad Social ha sido elaborada por Lourdes Martín Flórez, Isabel Rodríguez León y Joana Brisson Lopes, del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

les por necesidades urgentes y en sectores, funciones y categorías profesionales determinados.

(iii) La jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos tendrá un promedio semanal no inferior a las 37 horas y 30 minutos.

(iv) Se pospone hasta el 1 de enero de 2013 la entrada en vigor de la Ley 9/2009, de 6 de octubre, que amplía la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida.

**Régimen retributivo. Máximos responsables del sector público empresarial y otras entidades del sector público estatal**

*Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades (BOE de 6 de marzo de 2012)*

Los principios de austeridad, eficiencia y transparencia en la gestión del sector público estatal han guiado la elaboración de este Real Decreto. El punto de partida es la clasificación de las Administraciones públicas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en tres grupos en función de criterios objetivos, como el número de trabajadores o el volumen de negocio, entre otros. La pertenencia a uno u otro grupo determinará el número máximo de miembros del consejo de administración y de los órganos de superiores de gobierno o administración de las entidades, su estructura organizativa y el número máximo y mínimo de directivos.

Las retribuciones salariales a fijar en los contratos mercantiles o de alta dirección contarán con dos componentes que se configurarán de la siguiente forma:

(i) Retribución básica: retribución mínima obligatoria fijada por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en función del grupo.

(ii) Retribución complementaria, que comprende un complemento del puesto, cuyo tope máximo queda fijado en función del grupo, y un complemento variable potestativo, en función de la consecución de objetivos previamente establecidos conforme a parámetros evaluables.

Por último, el Real Decreto 451/2010 establece la incompatibilidad de las retribuciones con las indemnizaciones por asistencia a reuniones de los órganos de gobierno o administración de organismos públicos y consejos de administración, así como la necesidad de que las retribuciones aparezcan recogidas en la memoria de actividades de la entidad.

**ERE. Régimen transitorio del reglamento**

*Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, sobre la vigencia transitoria de determinados artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, aprobado por Real Decreto 801/2011, de 10 de junio (BOE de 13 de marzo de 2012)*

El Real Decreto-ley 3/2012 modifica el Estatuto de los Trabajadores («ET») en lo referente, entre otras materias, a los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos de trabajo y reducción de jornada (artículos 51 y 47 del ET).

Mientras el Gobierno no elabore un nuevo reglamento de procedimiento sobre despidos colectivos y de suspensión de contratos y reducción de jornada, que desarrolle estas disposiciones, esta orden determina los aspectos del actual Reglamento (Real Decreto 801/2011, de 10 de junio) que deben entenderse en vigor.

Se mantienen las reglas vigentes sobre competencia, legitimación y derechos de permanencia en la empresa de los representantes de los trabajadores, así como la necesidad de que se realice un periodo de consultas con ellos para llevar a cabo estos procedimientos y la intervención de la autoridad laboral como garante de la efectividad de dicho periodo. No obstante, tras el periodo de consultas ya no se exige la comunicación en cinco días de la solicitud final de despido colectivo y sus condiciones, junto con el resultado del periodo de consultas. Basta con notificar la decisión.

Asimismo, permanecerán vigentes el régimen jurídico y el procedimiento para la suspensión de contratos de trabajo y para la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con excepción de las referencias hechas a la autorización (puesto que esta ya no existe), al artículo 51 del ET y a la duración de 8 días naturales del periodo de consultas para empresas de menos de cincuenta trabajadores.

Debe obviarse la referencia al plan de de acompañamiento social. Sin embargo, se entienden vigentes las disposiciones sobre extinción y suspensión de relaciones de trabajo y reducción de jornada por fuerza mayor, y sobre extinción de relaciones de trabajo por desaparición de la personalidad jurídica del contratante.

**Trabajadores  
extranjeros no  
comunitarios.  
Contratación en  
origen**

*Orden ESS/1/2012, de 5 de enero, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2012 (BOE de 6 de enero de 2012)*

Tras la consideración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social de que es conveniente no aprobar autorizaciones de puesto de trabajo estable, ni conceder visados para la búsqueda de empleo, dirigidos a hijos y nietos de españoles de origen o limitados a determinadas ocupaciones, la Orden ESS/1/2012 únicamente regula las particularidades del procedimiento de contratación de trabajadores de temporada o por obra o servicio. Las solicitudes, que deberán orientarse preferentemente a los países con los que España tiene acuerdos de regulación y ordenación de flujos de migración, deben formularse en el modelo oficial y presentarse con una antelación mínima de 3 meses al inicio de la actividad laboral.

Las ofertas de empleo de carácter temporal podrán cubrir las siguientes actividades:

- a) De temporada o campaña, de gestión ordinaria, con una duración máxima de nueve meses dentro de un periodo de doce meses consecutivos. Para actividades en el sector agrícola, dicha gestión podrá ser, en su caso, unificada o concatenada.
- b) De obra o servicio, cuya duración no exceda de un año, para el montaje de plantas industriales o eléctricas, construcción de infraestructuras, edificaciones y redes de ferrocarriles y de suministros de gas, eléctricos y telefónicos, instalaciones y mantenimiento de equipos productivos, así como su puesta en marcha y reparaciones, entre otros.

En los procesos de selección en origen de los trabajadores podrán participar los empresarios, directa o indirectamente, siempre que lo soliciten, los representantes de la Dirección General de Inmigración y representantes de organizaciones sindicales y empresariales, en calidad de asesores y cuando las Administraciones de ambos países lo requieran.

**[Portugal]**

**Lei do Orçamento do  
Estado de 2011 -  
Reduções  
remuneratórias nas  
empresas públicas**

*Proc. n.º 1444/11.8TTLSB - 2.ª Secção - 4.º Juízo do Tribunal do Trabalho de Lisboa*

No âmbito de processo intentado pelo Sindicato Democrático dos Trabalhadores das Comunicações e dos Media (doravante, o «Sindicato»), o Tribunal do Trabalho de Lisboa julgou inconstitucionais os artigos 19.º, 28.º e 31.º da Lei n.º 55-A/2010, que determinaram a redução da remuneração e o congelamento da progressão nas carreiras a trabalhadores afetos ao sector público, incluindo os que exercem funções em empresas públicas de capital exclusiva ou maioritariamente público, e em entidades públicas empresariais. No caso, encontravam-se em causa os trabalhadores dos CTT-Correios de Portugal, S.A. (os «CTT»), uma empresa pública.

Ao julgar inconstitucionais as normas em análise, o Tribunal do Trabalho de Lisboa adotou um entendimento divergente do que fez vencimento no Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 396/2011, de 17 de outubro de 2011), que decidiu julgar não inconstitucionais as normas em apreço.

O Tribunal sufragou a posição do Tribunal Constitucional de que a Constituição da República Portuguesa apenas proíbe a redução da retribuição para um nível que ponha em causa a dignidade do trabalhador enquanto pessoa. A irredutibilidade da remuneração não é uma garantia constitucional, encontrando-se apenas prevista no Código de Trabalho, podendo ser revogada

por lei posterior. Assim, não pode fundar legítima expectativa dos funcionários dos CTT na manutenção dos seus níveis retributivos, pelo que as normas sindicadas não consubstanciam violações do princípio da confiança

O Tribunal rejeitou ainda o argumento de que as normas em causa são inconstitucionais por o Sindicato parte na ação não ter alegadamente sido ouvido no âmbito do processo legislativo, tendo ficado provado que a proposta de lei orçamental foi devidamente publicada no Boletim do Trabalho e Emprego e na separata do Diário da Assembleia da República.

De todo o modo, o Tribunal concluiu que as normas em análise impõem um tratamento discriminatório dos funcionários públicos em relação aos demais trabalhadores, violando assim o princípio da igualdade. Com base neste fundamento, o Tribunal julgou inconstitucionais as normas em exame, condenando, em consequência, os CTT a pagar aos seus trabalhadores associados do Sindicato as quantias que foram indevidamente reduzidas (acrescidas de juros de mora) e a colocar os referidos trabalhadores no escalão da carreira profissional que lhes competia com efeitos a partir de janeiro de 2011.

#### **Renovação extraordinária dos contratos de trabalho a termo**

##### *Lei n.º 3/2012, de 10 de janeiro de 2012 (DR 7, Série I, de 10 de Janeiro de 2012)*

A Lei n.º 3/2012, de natureza transitória e excecional, motivada pelo atual contexto de crise económica, estabelece o regime de renovação extraordinária dos contratos de trabalho a termo certo celebrados na vigência do Código do Trabalho aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, cujo limite máximo de duração seja atingido até 30 de junho de 2013. Regula ainda o regime e o modo de cálculo da compensação devida por força da cessação dos contratos de trabalho a termo certo objeto da referida renovação extraordinária.

Através desta Lei, o Governo pretende dar cumprimento ao estipulado no Acordo Tripartido para a Competitividade e Emprego, celebrado em 22 de março de 2011, no âmbito da Comissão Permanente de Concertação Social.

##### (i) Regime de renovação extraordinária dos contratos de trabalho a termo certo

Os contratos em apreço poderão ser objeto de duas renovações extraordinárias, não podendo a duração total das mesmas exceder 18 meses. Cada renovação extraordinária, por seu turno, não pode ter duração inferior a um sexto da duração máxima do contrato ou da sua duração efetiva, consoante a que for inferior. Em todo o caso, o contrato de trabalho a termo certo objeto de renovação extraordinária terá como limite de vigência o dia 31 de dezembro de 2014.

Se o número máximo de renovações extraordinárias e/ou o limite máximo de duração das mesmas for excedido, o contrato converter-se-á automaticamente em contrato por tempo indeterminado e, por força do disposto no n.º 3 do artigo 149.º do Código do Trabalho, as renovações extraordinárias estão sujeitas à verificação da sua admissibilidade, nos termos previstos para a celebração do contrato a termo certo, bem como a iguais requisitos de forma no caso de se estipular período diferente.

##### (ii) Fórmula de cálculo da compensação

Com a cessação dos contratos de trabalho a termo certo que sejam objeto de renovações extraordinárias e relativamente ao período de vigência até à primeira renovação extraordinária, o montante da compensação é calculado nos termos previstos no artigo 344.º do CT, ou seja, corresponde a três ou dois dias de retribuição base e diuturnidades por cada mês de duração do contrato, consoante esta não exceda ou seja superior a seis meses, respetivamente.

Em relação ao período de vigência dos contratos a partir da primeira renovação extraordinária, o montante da compensação será apurado de acordo com os critérios previstos para os contratos que se iniciem à data da verificação da renovação extraordinária.

A compensação a que o trabalhador tem direito resulta da soma dos montantes calculados de acordo com as fórmulas aplicáveis ao período anterior e posterior à primeira renovação extraordinária.

Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego

Medidas de alteração da legislação laboral previstas

Em 18 de janeiro de 2012, o Governo, as associações de empregadores e os representantes sindicais assinaram o Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego (vulgarmente conhecido como Acordo Tripartido) no âmbito da Comissão Permanente de Concertação Social do Conselho Económico e Social.

Em matéria de políticas de emprego e promoção da formação profissional, o Acordo Tripartido prevê alterações, entre outras, nas seguintes matérias: banco de horas, trabalho suplementar, férias, feriados e faltas, lay-off, despedimento, compensação por cessação do contrato de trabalho, subsídio de desemprego e formação de desempregados, negociação coletiva e resolução de conflitos laborais.

Este Acordo Tripartido não tem natureza legislativa, apenas delineando as soluções que virão a ser consagradas sob a forma de lei.

**Orgânica da  
Segurança Social -  
Extinção de Caixas  
de Previdência**

*Decreto-Lei n.º 26/2012, de 6 de fevereiro (DR 26, Série I, de 6 de fevereiro de 2012)*

O Decreto-Lei n.º 26/2012 procede à extinção, por fusão no Instituto da Segurança Social, I. P., da Caixa de Previdência e Abono de Família dos Jornalistas, da Caixa de Previdência dos Trabalhadores da Empresa Portuguesa das Águas Livres, S. A. (CPTPAL), da Caixa de Previdência do Pessoal das Companhias Reunidas Gás e Eletricidade, da Caixa de Previdência do Pessoal dos Telefones de Lisboa e Porto, da «Cimentos» —Federação de Caixas de Previdência, da Caixa de Previdência do Pessoal da Companhia de Cimento Tejo, da Caixa de Previdência da Secil— Companhia Geral de Cal e Cimento, S. A. e da Caixa de Previdência da Empresa de Cimentos de Leiria.

Este diploma entrou em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao da sua publicação, ou seja, em 1 de março de 2012.

**Medida Estímulo  
2012 - Apoio  
financeiro  
à contratação  
de desempregados**

*Portaria n.º 45/2012, de 13 de fevereiro (DR 31, Série I, de 13 de fevereiro de 2012)*

A portaria em análise cria a Medida Estímulo 2012 (doravante, «Estímulo 2012»).

O Estímulo 2012 consiste num programa de concessão aos empregadores de um apoio financeiro à celebração de contratos de trabalho com desempregados inscritos no centro de emprego há, pelo menos, seis meses consecutivos.

Podem candidatar-se ao Estímulo 2012 os empregadores pessoas singulares ou coletivas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, que, no momento da apresentação da candidatura e durante todo o período de duração do apoio financeiro, preencham um conjunto de requisitos subjetivos previstos pela Portaria.

A atribuição do apoio financeiro depende ainda da verificação dos seguintes requisitos cumulativos: (i) celebração de contrato de trabalho a tempo completo (ainda que a termo resolutivo certo, desde que por prazo igual ou superior a seis meses) com desempregado inscrito em centro de emprego há pelo menos seis meses consecutivos e (ii) criação líquida de emprego.

O apoio concedido no âmbito do Estímulo 2012 pode ser cumulado com a isenção ou redução do pagamento de contribuições para o regime de segurança social; não é, porém, cumulável com outros apoios diretos ao emprego aplicáveis ao mesmo posto de trabalho.

O empregador fica obrigado a cumprir um conjunto de medidas relativamente aos trabalhadores contratados, nomeadamente no âmbito da formação profissional.

O apoio financeiro corresponde a 50% da retribuição mensal do trabalhador, mas poderá ascender a 60% da retribuição mensal do trabalhador, em casos específicos (não pode ultrapassar o montante de um Indexante dos Apoios Sociais, € 419,22, por mês), durante o período máximo de seis meses.

O pagamento das prestações fica sujeito à verificação da manutenção dos requisitos necessários à atribuição do Estímulo 2012.

No caso das empresas que apresentem investimento considerado de interesse estratégico para a economia nacional ou de determinada região, esta Portaria prevê um regime especial de aplicação das regras do Estímulo 2012, nomeadamente, no que respeita à duração do contrato de trabalho a termo (se for o caso), número máximo de trabalhadores abrangidos e duração do apoio financeiro.

**Proteção na eventualidade de desemprego - Trabalhadores por conta de outrem**

*Decreto-Lei n.º 64/2012, de 15 de março (DR 54, Série I, de 15 de março de 2012)*

Este Decreto-Lei procede à alteração do regime jurídico da proteção no desemprego dos trabalhadores por conta de outrem e estabelece um regime transitório e excecional de apoio aos desempregados com filhos a cargo (para vigorar até dia 31 de dezembro de 2012).

O referido regime transitório e excecional consiste na majoração em 10% do montante diário do subsídio de desemprego nas situações definidas pela lei.

Quanto ao regime geral e para todos os beneficiários de subsídio de desemprego, as principais alterações incluem:

- (i) montante mensal máximo do valor do subsídio de desemprego - duas vezes e meia o valor do indexante dos apoios sociais («IAS»), ou seja, € 1.048,05 (para o ano de 2012), sofrendo uma redução de 10% após 180 dias de concessão;
- (ii) O prazo de garantia para a atribuição do subsídio de desemprego - 360 dias de trabalho por conta de outrem, com o correspondente registo de remunerações, num período de 24 meses imediatamente anterior à data do desemprego;
- (iii) períodos de concessão do subsídio de desemprego - reduzidos (medida aplicável apenas às concessões posteriores a 1 de abril de 2012), embora possam sofrer majoração em função da carreira contributiva no período imediatamente anterior à data do desemprego, dependendo da idade do beneficiário.

A Decreto-Lei em referência entrou em vigor no dia 1 de abril.

**Proteção na eventualidade de desemprego - Trabalhadores independentes**

*Decreto-Lei n.º 65/2012, de 15 de março (DR 54, Série I, de 15 de março de 2012)*

O presente Decreto-Lei estabelece o regime jurídico de proteção social na eventualidade de desemprego dos trabalhadores que se encontrem enquadrados no regime dos trabalhadores independentes e que prestam serviços maioritariamente a uma só entidade.

O regime abrange trabalhadores independentes que, no mesmo ano civil, obtenham, da mesma entidade contratante com atividade empresarial, seja ela uma pessoa coletiva ou uma pessoa singular 80% ou mais do valor total anual dos rendimentos resultantes da sua prestação de serviços.

A proteção social estabelecida por este regime traduz-se na atribuição de subsídio por cessação de atividade, desde que se verifique cessação involuntária da atividade independente por cessação de contrato de prestação de serviços; cumprimento do prazo de garantia estabelecido; cumprimento da obrigação contributiva das entidades contratantes em pelo menos dois anos civis, sendo um deles o ano imediatamente anterior ao da cessação do contrato; situação de dependência económica do trabalhador independente à data da cessação da prestação de serviços; inscrição no centro de emprego na área de residência, para efeitos de emprego.

É ainda regulamentada a atribuição de um subsídio parcial por cessação de atividade, nos casos em que os requisitos acima estejam preenchidos, mas em que: o trabalhador independente mantenha atividade profissional correspondente a 20% ou menos do valor anual total dos seus rendimentos de trabalho após a cessação do contrato de prestação de serviços; se faça prova do tipo de atividade exercida e da retribuição mensal do trabalho por conta de outrem a tempo parcial ou do montante ilíquido da atividade independente.

O direito à proteção não é reconhecido a beneficiários que, à data da cessação involuntária do contrato de prestação de serviços, tenham idade legal de acesso à pensão de velhice, desde que

se encuentre cumplido o respetivo prazo de garantia, não se aplicando neste âmbito o regime de flexibilização da idade de acesso à pensão de velhice.

Este Decreto-Lei entra em vigor no dia 1 de julho de 2012.

**Suspensão  
do Regime de  
Reformas Antecipadas**

*Decreto-Lei n.º 85.º-A/2012, de 5 de abril*

O Decreto-Lei em apreço vem suspender a vigência do regime de flexibilização da idade de pensão por velhice por antecipação, constante do n.º 2 do art.º 21.º, do n.º 2 do art.º 25.º e dos n.ºs 1 a 5 do art.º 36.º do Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 64.º-A/2008, de 31 de dezembro, que estabelece o regime jurídico de proteção na velhice e invalidez dos beneficiários do regime geral de segurança social.

A suspensão não afeta a aplicação por remissão das normas relativas ao cálculo da pensão estatutária constantes do referido art.º 36.º, não prejudicando ainda o acesso antecipado à pensão de velhice a desempregados de longa duração ao abrigo do regime de antecipação previsto no regime jurídico de proteção no desemprego.

O Decreto-Lei entrou em vigor no dia 6 de abril de 2012.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Espanña]

**Modificación anual  
de jornada y horario  
por la Administración.  
Profesores de religión  
católica**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 7 de marzo de 2012*

En el supuesto de autos, los demandantes prestaban servicios como profesores de religión católica en centros de enseñanza públicos. El Tribunal analiza si la Administración autonómica demandada ha vulnerado los artículos del ET relativos a las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo y a la conversión de trabajos a tiempo completo en trabajos a tiempo parcial, al reducirse la duración de la jornada de estos profesores para el curso académico con la consiguiente reducción retributiva.

La demanda sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo fue estimada en instancia y suplicación. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía entendió que, con arreglo a la Ley Orgánica 2/2006, de Educación, ya no es posible sostener la existencia de una relación laboral especial en estos casos, por lo que la modificación de condiciones de trabajo ha de realizarse de acuerdo con lo dispuesto en el ET.

Sin embargo, el TS estima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la Consejería de Educación. Entiende el Tribunal que la relación laboral de los profesores de religión católica se configura de modo «*objetivamente especial*» como un contrato temporal al margen de los supuestos autorizados por el ET. Por ello, aunque les es de aplicación dicha norma, también se les aplican otras, como la Ley Orgánica de Educación, cuyo contenido en ocasiones difiere. En este sentido, son las Administraciones competentes quienes «*determinan la duración de la jornada de los profesores de religión a la vista de las necesidades de cada centro cuando se inicia el curso escolar*», como consecuencia de la caracterización propia de estos contratos —la variabilidad de la jornada en atención a las necesidades de los centros y de la disciplina impartida—, sin que sea necesario acudir a los mecanismos legalmente previstos para la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

**Sucesión de empresa  
aunque no se  
transmita el 100%  
de la sociedad**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 27 de febrero de 2012*

En este caso, se había producido una externalización de servicios y se había acordado la transferencia del personal laboral de la empresa que externalizaba («empresa cliente»), a la empresa a quien se los externalizaba, conforme a lo preceptuado en el artículo 44 del ET. Igualmente, se habían transferido los activos y contratos con terceros proveedores. La demanda de conflicto colectivo impugna esa externalización, y solicita el reconocimiento del derecho de los trabajadores afectados a permanecer integrados en la empresa cliente.



En el recurso de casación se alega la infracción del artículo 44 del ET con fundamento en dos argumentos. El primero consiste en que no se han transmitido los recursos humanos precisos para la continuidad de la actividad: de los 26 trabajadores que comprendían la plantilla de la empresa, solo han sido traspasados 22. El segundo argumento estriba en que los medios productivos no han sido transmitidos, sino que fueron vendidos por la empresa cliente a un tercero que luego los arrienda a la empresa que finalmente presta el servicio para la empresa cliente.

El TS resuelve que ninguno de estos dos argumentos puede aceptarse. El hecho de que no hayan pasado a la nueva empresa todos los trabajadores de la cedente no excluye la aplicación del artículo 44 del ET, dado que la mera exclusión de 4 trabajadores de un total de 26 no rompería la «identidad» económica en el proceso de transmisión, pues lo que exige la doctrina de la sucesión de plantillas es el paso de una parte esencial de la plantilla, y es claro que tiene este carácter esencial en el plano cuantitativo la incorporación a la nueva empresa de más del 84% de los trabajadores de la anterior. Asimismo, considera la Sala que tampoco puede aceptarse el segundo argumento, ni se excluye de la aplicación del artículo 44 del ET, por el hecho de que la transmisión se haya realizado por venta de los activos patrimoniales a un tercero que luego los arrienda a la nueva empresa, dado que la identidad económica se mantiene, pues lo decisivo a estos efectos es la actividad de la empresa y los medios que utiliza, no el título en virtud del cual se produce esa utilización.

**Sucesión de empresa. Reversión de servicio público de la empresa concesionaria al Ayuntamiento** *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 26 de enero de 2012*

Se analiza en esta sentencia la reversión de un servicio público de asistencia geriátrica (un centro residencial, concretamente) desde la empresa cesionaria al Ayuntamiento.

En el momento de la reversión, los trabajadores pasaron a ser contratados por el Ayuntamiento y a prestar sus servicios para este. Ante el impago de retribuciones por parte de la empresa cesionaria, los trabajadores plantearon demanda de reclamación de cantidad. En la instancia, se condenó a la cesionaria al pago de dichas cantidades. En suplicación, el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura entendió que la reversión suponía una transmisión de activos patrimoniales que implicaban una entidad económica que conservaba su identidad, y que el Ayuntamiento continuaba con su funcionamiento. Así, la sucesión de empresas que ello conlleva, suponía la necesaria condena solidaria del Ayuntamiento.

El TS, al resolver el recurso interpuesto por la corporación local, se plantea la cuestión de si existe o no solidaridad en materia de responsabilidad salarial, en los supuestos de reversión de un servicio público asistencial desde una empresa concesionaria a un Ayuntamiento. Ello implica verificar previamente si existe o no sucesión de empresa. Entiende el alto tribunal que existe sucesión de empresas por cuanto, al cesar la cesionaria, el Ayuntamiento asumió la gestión y explotación sin solución de continuidad, haciéndose cargo de todos los trabajadores. En consecuencia, el Ayuntamiento debe responder solidariamente con la empresa demandada de las deudas salariales contraídas por la cesionaria con los trabajadores demandantes.

**Despido objetivo. Validez de la transferencia bancaria para la puesta a disposición de la indemnización** *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 5 de diciembre de 2011*

El TS unifica doctrina en cuanto a la validez del pago de la indemnización a través de transferencia bancaria en los despidos objetivos. Parte para ello de su consolidada doctrina sobre la validez del cheque bancario a los efectos de limitar los salarios de tramitación en supuestos de reconocimiento de improcedencia y, entiende, por analogía, que la misma consideración ha de tener la transferencia bancaria, que es, si cabe, un medio de pago más fiable y equivalente al dinero en metálico.

Sobre esta base concluye que el pago de indemnización por despido objetivo a través de transferencia bancaria, realizada el día antes de la extinción del contrato, es válida a los efectos de entender cumplido el requisito de forma: la puesta a disposición del trabajador de la indemnización de 20 días de salario por año de servicio, junto con la comunicación escrita del despido.

**Finiquito. ¿Valor liberatorio?** *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 28 de noviembre de 2011*

El trabajador recibió en el mismo acto la carta de despido por causas objetivas y las cantidades que le correspondían en concepto de indemnización, preaviso y liquidación, cuyo recibo firmó,

junto con la carta de despido, afirmando no tener «ninguna cantidad pendiente de reclamación a la empresa, por lo que queda finiquitada dicha relación».

El TS, en unificación de doctrina, distingue por una parte el concepto de saldo y finiquito, y por otra, su eficacia liberatoria y extintiva. Así, la Sala diferencia entre la mera constancia y conformidad con una liquidación y la aceptación de la extinción de la relación laboral.

Para que el finiquito esté dotado de eficacia extintiva tiene que ir acompañado de una clara e inequívoca voluntad de extinguir la relación —no de una mera aceptación de haberes—, sin que puedan aceptarse declaraciones genéricas, sirviendo únicamente a estos efectos que se firme con la clara voluntad de evitar o poner fin a una controversia, voluntad que no se puede atribuir al trabajador por el simple hecho de que firme el documento que unilateralmente ha preparado la empresa con el fin de extinguir la relación junto con el saldo y finiquito, «aunque la firma del mismo parta de que se ha producido esa decisión y de sus efectos reales» sobre la relación laboral.

### Discriminación en política de incentivos

#### *Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 23 de noviembre de 2011*

En el supuesto analizado, la empresa contaba con un sistema de incentivos en función del número de jornadas productivas realizadas anualmente, para cuyo cómputo no se incluían las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio por razón de maternidad.

La Sala entendió que la no inclusión resultaba discriminatoria incluso cuando, descontadas las jornadas incluidas en las seis semanas, las trabajadoras pudieran optar a un número de jornadas suficientes como para alcanzar el 100% del complemento variable, puesto que el menor margen de ausencias de que dispondrían las colocaba en desventaja.

La Sala concluye declarando que esas jornadas sean consideradas jornadas productivas a los efectos del plan de incentivos, así como para el percibo de las diferencias retributivas que la no inclusión inicial hubiera ocasionado.

### Derecho a la intimidad del trabajador

#### *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 2011*

Esta sentencia trae causa de una demanda de despido. La cuestión clave que el Tribunal analiza es la de determinar si existe o no un derecho del trabajador a que se respete su intimidad cuando, en contra de la prohibición del empresario, o existiendo una advertencia expresa de control, utiliza el ordenador para fines personales.

En este caso, el empresario había comunicado a los empleados la prohibición total del uso de los medios de la empresa para fines propios, tanto fuera como dentro del horario de trabajo. Posteriormente, se llevó a cabo una comprobación con el fin de verificar su cumplimiento: se monitorizaron los ordenadores de la demandante y de otra trabajadora sin previo aviso, con un sistema «pasivo» que no permitía acceder a los archivos del ordenador que estaban protegidos por contraseñas. En la visualización de dicho proceso estaban presentes la trabajadora, los técnicos encargados de instalar el *software*, representantes de la empresa y de los trabajadores, así como dos trabajadores.

La Sala establece que, a pesar de que la empresa no advirtió de forma explícita la posible instalación de medios de control, la prohibición del uso de medios de la empresa para fines propios es tan terminante que no es posible admitir que surja un derecho del trabajador a que se respete su intimidad, o una expectativa razonable de confidencialidad en el uso del medio informático puesto a su disposición. Tal entendimiento equivaldría a admitir que el trabajador podría crear, a su voluntad y libre albedrío, un reducto de intimidad, utilizando un medio cuya propiedad no le pertenece y en cuyo uso está sujeto a las instrucciones del empresario.

No obstante, algunos magistrados formulan voto particular al entender que la sentencia comportaba un retroceso en la protección de los derechos fundamentales, en concreto en el derecho a la intimidad del trabajador. Esto es así porque el empresario, aunque notificó a los trabajadores la prohibición absoluta de uso de los medios de la empresa para fines personales, no informó de la existencia de controles internos, creando de esta forma una «expectativa razonable de intimidad». Por ello, la violación de tal expectativa constituiría una injerencia del empresario en la esfera de actuación del trabajador protegida por el derecho a la intimidad.

## [Portugal]

### Período Experimental - Abuso de Direito *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 5 de março de 2012*

O Tribunal da Relação do Porto veio resolver litígio resultante da cessação do contrato de trabalho de trabalhadora contratada para prestar atividade de cozinheira com base na invocação por parte da empresa da pendência do período experimental.

O Tribunal concordou com a análise do tribunal a quo de que a denúncia do contrato por parte da entidade empregadora durante o período experimental apenas é possível caso o empregador dê ao trabalhador «a possibilidade de demonstrar as suas qualidades ou aptidões para o desempenho das funções para as quais foi contratado» e caso este tenha oportunidade para efetivamente desempenhar essas funções.

No caso vertente, o Tribunal considerou que a trabalhadora prestou trabalho por um muito breve período de tempo e fora do âmbito das funções para as quais havia sido contratada. Acresce que a empresa teve este comportamento com outros trabalhadores, com o resultado de ficar sem qualquer trabalhador ao seu serviço, anunciando posteriormente a ausência de encargos ou passivos em anúncio de trespasse.

Deste modo, a denúncia invocando a pendência do período experimental foi considerada objetivamente violadora dos limites da boa fé, dos bons costumes ou do fim social e económico do instituto, constituindo assim abuso de direito. Assim, a figura da denúncia foi reconduzida à figura do despedimento ilícito, resultando na condenação em indemnização da entidade empregadora.

## MARÍTIMO, TRANSPORTE Y LOGÍSTICA\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

#### Marítimo. Transporte de pasajeros *Decisión del Consejo de 12 de diciembre de 2011 sobre la adhesión de la Unión Europea al Protocolo de 2002 al Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, de 1974, a excepción de sus artículos 10 y 11 (DOUE L 8, de 12 de enero de 2012)*

Conforme a esta Decisión de la Comisión, se acuerda la adhesión de la Unión Europea al Protocolo de 1 de noviembre de 2002 al Convenio de Atenas de 1974, a excepción de los artículos 10 y 11 del Protocolo de 2002.

Si bien, a la fecha, el mencionado Protocolo no ha entrado aún en vigor, ha de tenerse en cuenta que muchas de sus disposiciones (así como la reserva y directrices de aplicación aprobadas por el Comité Jurídico de la Organización Marítima Internacional el 19 de octubre de 2006) han sido incorporadas en el Reglamento (CE) 392/2009. Y dicho Reglamento será aplicable a la entrada en vigor del mencionado Protocolo de 2002 o, en todo caso, desde el 31 de diciembre de 2012.

\* Esta sección está coordinada por Tomás Fernández-Quirós y Julio López Quiroga, y en su elaboración han participado Antonio Quirós, Ana Pocklington, Hannah de Bustos, Lourdes Dávalos, Lucía Mar Ruipérez y M<sup>ª</sup> João Rodrigues Dias, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Oporto).

**Marítimo. Transporte de pasajeros**

*Decisión del Consejo de 12 de diciembre de 2011 sobre la adhesión de la Unión Europea al Protocolo de 2002 al Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, de 1974, en relación con lo dispuesto en sus artículos 10 y 11 (DOUE L 8, de 12 de enero de 2012)*

Conforme a esta Decisión, se acuerda la adhesión de la Unión Europea a los artículos 10 (relativo a la jurisdicción competente para entablar las acciones contempladas en la norma) y 11 (referido al reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas por los tribunales de los Estados parte) del Protocolo de 2002. Ahora bien, la adhesión a la regulación establecida en el artículo 10 es plena e incondicional (en el sentido de que ha de prevalecer sobre las normas sobre competencia judicial internacional establecidas por la Unión Europea); sin embargo, la aplicación del artículo 11 presenta ciertas particularidades.

Así, las resoluciones dictadas por tribunales de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte de los Convenios de Lugano de 30 de octubre de 2007 o 16 de septiembre de 1988 serán reconocidas y ejecutadas conforme a las particulares normas aplicables entre estos Estados (Reglamento 44/2001, Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca y Convenios de Lugano), que prevalecerán sobre el artículo 11 del Protocolo de 2002.

**Aéreo. Seguridad aérea**

*Reglamento de Ejecución (UE) 173/2012 de la Comisión, de 29 de febrero, que modifica el Reglamento (UE) 185/2010 en lo que atañe a la aclaración y simplificación de determinadas medidas de seguridad aérea (DOUE L 59, de 1 marzo de 2012)*

La experiencia adquirida en la aplicación del Reglamento modificado por esta norma puso de manifiesto la necesidad de realizar algunas modificaciones en las modalidades de ejecución de algunas normas básicas de seguridad.

El Reglamento estudiado pretende aclarar o simplificar determinadas medidas de seguridad aérea, referidas principalmente al control de acceso, vigilancia y patrullas, control de pasajeros y del equipaje de bodega, controles de seguridad de la carga, el correo, las provisiones de a bordo y los suministros de aeropuerto, la formación de personal y los equipos de seguridad.

**[España]****Terrestre. Sistemas inteligentes de transporte**

*Real Decreto 662/2012, de 13 de abril, por el que se establece el marco para la implantación de los sistemas inteligentes de transporte (SIT) en el sector del transporte por carretera y para las interfaces con otros modos de transporte (BOE de 14 de abril de 2012)*

Este Real Decreto, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2010/40/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio, por la que se establece el marco para la implantación de los sistemas inteligentes de transporte (SIT) en el sector del transporte y para las interfaces de otros modos de transporte, tiene por objeto establecer ese marco general normativo que sirva para la implantación y el uso coordinado y coherente de los sistemas inteligentes de transporte en España.

La finalidad de la implantación de los sistemas inteligentes de transporte es dar respuesta a las necesidades de los ciudadanos ante la congestión de las infraestructuras viarias. Así, estos sistemas de aplicaciones avanzadas proporcionan servicios innovadores en relación con la gestión del tráfico y con los distintos modos de transporte, así como información a los usuarios dirigida a conseguir un uso más seguro y coordinado de las redes de transporte.

**Marítimo. Seguridad marítima**

*Real Decreto 201/2012 de 23 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 210/2004, de 6 de febrero, por el que se establece un sistema de seguimiento y de información sobre el tráfico marítimo (BOE de 4 febrero 2012)*

El presente Real Decreto tiene como finalidad incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2011/15/UE y, por tanto, determinar la utilización de los avances tecnológicos para mejorar la seguridad y el tráfico marítimo.

Las disposiciones de esta norma resultan de aplicación a los buques que realicen tanto travesías internacionales como nacionales, y establecen un calendario de prescripciones aplicables al equipo de a bordo donde deben incorporarse el sistema de identificación automática (SIA) y sistemas de registro de datos de la travesía (RDT). Asimismo regula las posibles exenciones a la obligación de llevar un sistema de identificación automática. Por último introduce nuevas medidas que pueden adoptarse en caso de amenaza para la seguridad marítima y el medio ambiente.

#### **Aéreo. Navegación aérea**

*Orden PRE/697/2012, de 2 de abril, por la que se establecen las normas de funcionamiento de la Comisión de Estudio y Análisis de Notificaciones de Incidentes de Tránsito Aéreo (BOE de 10 de abril de 2012)*

Esta Orden se ha adoptado en cumplimiento de lo establecido en la disposición adicional primera del Real Decreto 1334/2005, de 14 de noviembre, que dispone la adaptación, por el Ministerio de Fomento, de las normas reguladoras del funcionamiento de la Comisión de Estudio y Análisis de Notificaciones de Incidentes de Tránsito Aéreo (CEANITA). Así, esta Orden sustituye y, por tanto, deroga la Orden de 1 de junio de 2001, norma que había venido regulando la composición y funcionamiento de la CEANITA.

La finalidad de esta Orden es actualizar la regulación de la CEANITA, de forma que se garantice la utilidad de sus intervenciones y su coordinación con otros órganos y entidades distintas, pero con fines y cometidos complementarios a los de la Comisión. Asimismo, establece la delimitación de la labor asesora de la CEANITA, en función de los tipos de incidentes de tránsito aéreo que se determinen para los ámbitos civil o militar.

### **[Portugal]**

#### **Inspeção de Navios**

*Decreto-Lei 13/2012 (DR 15 1.ª série de 2012-01-20)*

O Decreto-Lei n.º 13/2012, de 20 de janeiro («Decreto-Lei 13/2012») transpõe a Diretiva n.º 2009/15/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa às regras comuns para as organizações de vistoria e inspeção de navios e para as atividades relevantes das administrações marítimas e aborda matérias contidas no Regulamento (CE) n.º 391/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativo às regras comuns para as organizações de vistoria e inspeção de navios. Em consonância, revoga o Decreto-Lei n.º 321/2003, de 23 de dezembro («Decreto-Lei 321/2003»).

Em síntese, o Decreto-Lei 13/2012 estabelece regras a respeitar pelo Estado Português nas suas relações com as organizações encarregues da inspeção, vistoria e certificação dos navios, com vista ao cumprimento das convenções internacionais sobre segurança marítima e prevenção da poluição marinha. Com efeito, os Estados-Membros são responsáveis pela emissão dos certificados internacionais de segurança marítima e de prevenção da poluição mas tradicionalmente delegam várias funções, nomeadamente de vistoria e inspeção, nas chamadas «organizações reconhecidas». Assim, o Decreto-Lei 13/2012 estabelece algumas regras quanto à atuação e controlo dessas organizações em sede de inspeção, aprovação de planos e esquemas, realização de provas e ensaios, aprovação de cadernos de estabilidade, vistorias, e auditorias aos navios que arvoram a bandeira nacional. Nesta sede, destaca-se a necessidade de celebração de um acordo formal entre as organizações reconhecidas e a Direção-Geral de Recursos Naturais, Segurança e Serviços Marítimos («DGRM»).

O Decreto-Lei 13/2012 entrou em vigor a 21 de janeiro de 2012. Faz-se notar que, nos seus termos, e quanto à necessidade de celebração de acordo formal com a DGRM, os acordos previstos no Decreto-Lei n.º 321/2003 se mantêm em vigor após a data da entrada em vigor do Decreto-Lei 13/2012 por um prazo máximo de seis meses.

#### **Seguro de Créditos Marítimos**

*Decreto-Lei 50/2012 (DR 45 1.ª série de 2012-03-02)*

O Decreto-Lei n.º 50/2012, de 2 de março («Decreto-Lei 50/2012»), procede à transposição da Diretiva n.º 2009/20/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, rela-

tiva ao seguro dos proprietários de navios em matéria de créditos marítimos. A subscrição obrigatória de seguro em matéria de créditos marítimos inscreve-se no objetivo de maior responsabilização de todos os operadores marítimos, prosseguido pela política comunitária de transportes marítimos.

Em termos genéricos, o Decreto-Lei 50/2012 aplica-se aos navios de arqueação bruta igual ou superior a 300 que arvore a bandeira nacional; que se dirijam a um porto ou fundeadouro nacional, independentemente da bandeira que arvore; ou que entrem no mar territorial de Portugal.

O seguro que estes navios ficam obrigados a subscrever cobre diversos créditos marítimos sujeitos a limitação nos termos da Convenção de 1976 sobre a Limitação da Responsabilidade em Matéria de Créditos Marítimos aprovada pela Organização Marítima Internacional, com a redação que lhe foi dada pelo Protocolo de 1996 («Convenção de 1996»). De forma sumária, o seguro em causa destina-se a cobrir: (i) créditos por morte, por lesões corporais, por perdas e por danos de bens; (ii) créditos por prejuízos resultantes de atrasos no transporte marítimo das cargas dos passageiros ou das suas bagagens; (iii) créditos por prejuízos resultantes de direitos de natureza extracontratual e diretamente relacionados com a exploração do navio; (iv) créditos por um navio afundado, naufragado, encalhado ou abandonado; (v) créditos por a carga de um navio ter sido removida ou destruída; (vi) créditos suscitados por outra pessoa, que não a responsável pelas medidas tomadas para prevenir ou reduzir um dano, pelo qual a pessoa responsável pode limitar a sua responsabilidade, em conformidade com a Convenção de 1996, e bem assim por danos posteriores causados pelas medidas tomadas. Por outro lado, o montante do seguro por incidente é igual, em todos os navios, ao montante máximo aplicável para a limitação da responsabilidade estabelecido na Convenção de 1996.

Por outra banda, os certificados que comprovam a existência do seguro devem permanecer sempre a bordo do navio, estando previsto o controlo dos referidos certificados mediante inspeções, bem como consequências para a não verificação da validade e eficácia dos certificados, consistentes na expulsão do porto. Em acréscimo, o Decreto-Lei 50/2012 fixa um regime contraordenacional que sanciona, nomeadamente, a navegação sem o certificado do seguro, a prestação de informações falsas ou incorretas às autoridades competentes sobre as reais condições de avaria ou de acidente do navio e o não acatamento da decisão de expulsão exarada pelo capitão do porto.

O Decreto-Lei 50/2012 entrou em vigor a 3 de março de 2012.

#### **Segurança Marítima: Prevenção da Poluição**

##### *Decreto-Lei 51/2012 (DR 47 1.ª série de 2012-03-06)*

O Decreto-Lei n.º 51/2012, de 6 de março («Decreto-Lei 51/2012») transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2009/21/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, de 23 de abril de 2009, relativa ao cumprimento das obrigações do Estado de bandeira. Neste sentido, insere-se nas medidas destinadas a reforçar a segurança do transporte marítimo de mercadorias e de passageiros, bem como a proteção do meio ambiente. Com efeito, verificam-se ainda diferentes níveis de segurança e prevenção da poluição em função da bandeira, o que para além de significar que existem riscos relevantes de acidente e de danos ao meio ambiente, significa também que há margem para concorrência desleal entre as empresas de transporte marítimo.

Assim, o Decreto-Lei 51/2012 estabelece, entre outras, regras relativas à autorização emitida pela administração marítima nacional para que um navio que arvore bandeira portuguesa possa operar; normas sobre a colaboração com outras administrações marítimas; normas sobre a conservação de dados relativos a navios nacionais e regras sobre a detenção de navios de bandeira nacional. Por outro lado, o Decreto-Lei 51/2012 versa também sobre o sistema de gestão para a qualidade e o sistema voluntário de auditorias da Organização Marítima Internacional, bem como sobre a comunicação de informações e relatórios.

O Decreto-Lei 51/2012 entrou em vigor a 7 de março de 2012.

**Segurança Marítima:  
Tráfego de Navios** *Decreto-Lei 52/2012 (DR 48 1.ª série de 2012-03-07)*

O Decreto-Lei n.º 52/2012, de 7 de março de 2012 («Decreto-Lei 52/2012») altera o Decreto-Lei n.º 180/2004, de 27 de julho, ao transpor a Diretiva n.º 2009/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009 («Diretiva 2009/17/CE»), que altera a Diretiva n.º 2002/59/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de junho de 2002 («Diretiva 2002/59/CE»), relativa à instituição de um sistema comunitário de acompanhamento e de informação do tráfego de navios.

A Diretiva 2009/17/CE logrou, assim, alterar a Diretiva 2002/56/CE para dar arrimo a novos dispositivos técnicos e assegurar a coerência de políticas nacionais, mormente em matéria de planos para o acolhimento de navios em dificuldade. Assim, a Diretiva 2009/17/CE dispõe no sentido do reforço do acompanhamento dos navios através do sistema SafeSeaNet (sistema comunitário de intercâmbio de informações marítimas), do estabelecimento de um quadro reforçado para o acolhimento em locais de refúgio dos navios em dificuldade, bem como da instalação e utilização de equipamentos de identificação automática de navios (AIS) a bordo das embarcações de pesca. Na sua senda, o Decreto-Lei 52/2012 procura refletir estas alterações no domínio interno.

O Decreto-Lei 52/2012 entrou em vigor a 8 de março de 2012.

**Equipamentos  
Marítimos** *Decreto-Lei 53/2012 (DR 49 1.ª série de 2012-03-08)*

O Decreto-Lei n.º 53/2012, de 8 de março de 2012 («Decreto-Lei 53/2012») altera o anexo do Decreto-Lei n.º 24/2004, de 23 de janeiro, transpondo a Diretiva n.º 2010/68/UE, da Comissão, de 22 de outubro de 2010, que substitui o anexo A da Diretiva n.º 96/98/CE, do Conselho, de 20 de dezembro de 1996. Mediante esta alteração legislativa, são assim introduzidas novas normas a aplicar aos equipamentos marítimos a fabricar ou a comercializar em território nacional ou a instalar em embarcações nacionais.

O Decreto-Lei 53/2012 entrou em vigor a 13 de março de 2012.

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Espanña]

**Terrestre. Seguro de transporte terrestre: cobertura en casos de robo de mercancía transportada** *Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de León de 3 de febrero de 2012*

Esta resolución tiene su origen en la reclamación que una compañía de transportes efectúa a su compañía de seguros bajo la póliza de seguro de transporte terrestre contratada de una indemnización por los daños sufridos por el robo de la mercancía que transportaba en su semirremolque, 1500 cajas que contenían botellas de una conocida marca de ron.

La aseguradora demandada había denegado la cobertura por dos motivos: (i) por falta de legitimación activa, toda vez que entendía que la demandante carecía de acción para reclamar a la aseguradora, por no ser la propietaria de la mercancía transportada; y (ii) por entender que la aseguradora había incurrido en negligencia grave en las obligaciones de cuidado de la carga, a los efectos del párrafo 1 del artículo 52 de la Ley de Contrato de Seguro, excluyente de la responsabilidad de la aseguradora por imperativo legal, así como que resultaba aplicable la cláusula de exclusión de la cobertura, al no encontrarse el camión, cuando se produjo la incidencia, en local cerrado o custodiado continuamente, y por haberse desviado el conductor de la ruta normal u ordinaria.

Respecto de la primera cuestión, tras referir el debate jurídico existente acerca de si el porteador puede o no contratar el seguro de transporte de mercancía por su propia cuenta o debe hacerlo necesariamente por cuenta de un tercero, y tras cuestionar (como buena técnica asegurativa), que un porteador, en lugar de contratar un seguro de responsabilidad civil destinado a



cubrir específicamente ese riesgo, contrate un seguro de daños como es el seguro de transporte, haciéndolo por cuenta propia, la Sala declaró que le resulta discutible que lo anterior deba llevar, en el presente caso, a excluir la licitud del seguro de transporte por cuenta propia, por lo que debe propugnarse necesariamente la transformación del contrato en un figura distinta, como es el seguro de responsabilidad civil. Añade que tal circunstancia no determina la desnaturalización del contrato como contrato de seguro de transporte de mercancía por cuenta propia, y así fue aceptado y asumido por la aseguradora, por lo que no sería aceptable que esta última reproche ahora la irregularidad del contrato celebrado al figurar a la vez como tomadora del seguro y asegurada la compañía dedicada al transporte por carretera, ya que la póliza es creada por la aseguradora, y en ella queda evidenciado, por sus términos, que se trata de transportes de mercancías ajenas.

Por último, por lo que respecta al rechazo de cobertura por entender que hubo negligencia grave del conductor, la Sala recuerda que para determinar si una negligencia es grave hay que atender a las circunstancias del caso, recordando que por negligencia grave se entiende la de la persona que omite las precauciones más elementales, las que todos prevén y adoptan, la que se mide por la omisión del comportamiento exigible al hombre menos cuidadoso, la que se presenta con los caracteres más groseros e inexcusables. Y, a este respecto, concluye que el hecho de haber aparcado el camión en un polígono industrial no vigilado, no siendo dicho estacionamiento caprichoso ni el lugar, en principio, anormal o inseguro, no puede considerarse que la actuación del transportista ponga de manifiesto una falta de previsión tan burda y manifiesta que, en relación con la previsibilidad de la sustracción del vehículo, pueda ser calificada como negligencia grave.

**Marítimo. Bloqueo de un puerto. Ausencia de responsabilidad patrimonial de la Administración**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de enero de 2012*

La resolución ahora comentada resuelve el recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana desestimatoria del recurso formulado contra una resolución de la Autoridad Portuaria de Valencia, que había desestimado una reclamación por responsabilidad patrimonial por daños ocasionados con motivo del bloqueo del puerto de Valencia por buques de pesca.

En el caso enjuiciado se cuestionaba si es jurídicamente correcta la calificación de «normal» del funcionamiento del servicio, lo cual no llevaría aparejada responsabilidad patrimonial de la Administración, a pesar de que la Administración optó por no usar la fuerza para coaccionar la terminación del bloqueo. Analizados los hechos, la Sala concluye que no hubo pasividad por parte de la Administración, sino una mera opción operativa para evitar males mayores, perfectamente calificable, a la luz de las circunstancias, como un funcionamiento normal y por eso no concurrente en la producción de los daños, en exclusiva imputables a los autores del bloqueo.

El TS, apoyándose en lo resuelto en una previa sentencia de 3 de mayo de 2004, que tenía su origen en hechos similares, entiende que en casos como el enjuiciado, en que la Administración ejerce una potestad discrecional cuando decide si procede o no el empleo de la fuerza, habrá que decantarse por calificar como normal el funcionamiento de los servicios públicos si, al desecharse ese empleo y optar por una vía de solución distinta, se aprecian razones justificativas que nazcan, precisamente, de la mayor entidad de los bienes jurídicos en posible peligro, de la idoneidad de esa vía para poner fin con prontitud a la lesión de los otros ya afectados, y de la no acreditación de que esta hubiera podido evitarse con decisiones anteriores para las que fueran predicables las notas de licitud y proporcionalidad según el estado y evolución previsible del conflicto en el tiempo en que dejaron de adoptarse.

## MEDIO AMBIENTE\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

##### Evaluación de impacto ambiental

*Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DOUE L 26/2012, de 28 de enero de 2012)*

La Directiva 2011/92/UE tiene por objeto la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente de determinados proyectos públicos y privados. Los cambios introducidos se dirigen a simplificar tanto el formato como la accesibilidad al texto normativo. En definitiva, codifica la normativa vigente en la materia en único texto normativo, sin introducir modificaciones materiales relevantes.

La Directiva 2011/92/UE obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para que, antes de concederse la autorización sustantiva, los proyectos, obras o actividades que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente se sometan al requisito de autorización de su desarrollo y a una evaluación con respecto a sus efectos. Los proyectos que serán objeto de esta evaluación son enumerados en el anexo I de la Directiva. Con respecto a los proyectos enumerados en el anexo II, serán los propios Estados miembros los que determinen si el proyecto será objeto de evaluación. Esta evaluación deberá efectuarse tomando como base la información apropiada proporcionada por el promotor y eventualmente completada por las autoridades y por el público al que pueda interesar el proyecto.

De conformidad con la nueva Directiva, el procedimiento de evaluación de impacto ambiental no se aplicará a los proyectos adoptados mediante un acto legislativo nacional específico, dado que los objetivos se persiguen a través del propio procedimiento legislativo. Asimismo, los Estados miembros podrán decidir, evaluando caso por caso, si así lo dispone la legislación nacional, no aplicar la Directiva a los proyectos que respondan a las necesidades de defensa nacional si consideran que esa aplicación puede tener repercusiones negativas respecto de dichas necesidades.

La Directiva 2011/92/UE deroga la Directiva 85/337/CEE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

#### [España]

##### Contaminación acústica

*Decreto 6/2012, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección contra la contaminación acústica en Andalucía y se modifica el Decreto 357/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la protección de la calidad del cielo nocturno frente a la contaminación lumínica y el establecimiento de medidas de ahorro y eficiencia energética (BOJA de 6 de febrero de 2012)*

El Decreto 6/2012 aprueba un nuevo Reglamento de protección contra la contaminación acústica en la Comunidad Autónoma de Andalucía adaptado a la Ley autonómica 7/2007 de gestión integrada de la calidad ambiental y a los Reales Decretos 1367/2007 y 1513/2005, que desarrollan la Ley 37/2003 del ruido.

---

\* Esta sección de Derecho de Medio Ambiente ha sido coordinada por Daniel Vázquez García, y en su elaboración han participado Jesús Andrés Sedano Lorenzo y Esther Lumbreras Sancho, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

El Decreto andaluz 6/2012 actualiza también la regulación reglamentaria autonómica en materia de protección de la calidad del cielo nocturno frente a la contaminación lumínica, modificando los artículos 11.c), 13.a), 18.3 y 5 y 20.2 del Decreto 357/2010 por el que se aprueba el Reglamento para la protección de la calidad del cielo nocturno frente a la contaminación lumínica y el establecimiento de medidas de ahorro y eficiencia energética.

### Reglamento andaluz de residuos

*Decreto 73/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de residuos de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA de 26 de abril de 2012)*

El Reglamento de Residuos de la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene como finalidad la consecución de los objetivos establecidos en la legislación de ámbito nacional y autonómico. Se lleva a cabo el reparto competencial entre las Administraciones autonómica y locales, estableciendo el marco para las relaciones interadministrativas básicas.

El régimen jurídico de la producción de residuos sufre modificaciones importantes, inspiradas en la Directiva 2008/98/CE y en la Ley 22/2011, así como por la legislación comunitaria y nacional de liberalización de los servicios. Los productores podrán responsabilizarse del transporte de los residuos hasta las instalaciones de tratamiento y se sustituye la autorización para la producción de residuos peligrosos por una comunicación de la actividad y su inscripción en el registro correspondiente. Esta comunicación también se extiende a las actividades que generen residuos no municipales no peligrosos por encima de las mil toneladas anuales y a todas las instalaciones de depuración de aguas residuales de actividades no domésticas, sin limitación de cantidad de lodos producida.

Asimismo, se especifica el régimen de las personas o entidades gestoras que asumen la titularidad de la producción de los residuos peligrosos que recogen procedentes de industrias u otras actividades. También se establece la obligatoriedad de cumplir con los objetivos definidos en los planes de minimización de residuos para los productores que superen las diez toneladas anuales de residuos peligrosos o las mil de residuos no peligrosos.

En cuanto a la gestión, se someterán a autorización las instalaciones que realicen operaciones de tratamiento de residuos y la actividad de recogida y almacenamiento con instalación asociada. Además, se regulan otras figuras, como el transportista, los negociantes y los agentes, en línea con la normativa estatal.

Por último, sobre los sistemas de gestión, se establecen requisitos para asegurar el cumplimiento de las obligaciones exigidas a los productores de residuos, en el marco de la responsabilidad ampliada del productor.

## 2 · JURISPRUDENCIA

**Las prórrogas de autorizaciones para desarrollar actividades no requieren de evaluación de impacto ambiental, salvo que existan intervenciones que modifiquen la realidad física del emplazamiento**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de marzo de 2011 en el asunto Vlaamse Gewest (as. C-275/09)*

Esta sentencia resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado belga. En el litigio principal se había impugnado la concesión de una prórroga de la autorización ambiental para la explotación del aeropuerto Bruselas-Nacional. Los recurrentes en el proceso *a quo* plantearon la necesidad de que la prórroga se sometiese a evaluación de impacto ambiental («EIA»), lo cual fue denegado en las sucesivas instancias administrativas hasta que el Consejo de Estado planteó tres cuestiones al TJUE:

(i) Si la autorización de explotación del aeropuerto caía dentro del término «construcción» del punto 7, letra a) del Anexo I de la Directiva 85/337/CE.

(ii) En caso de respuesta afirmativa, si la evaluación sería necesaria también para las renovaciones de la autorización que no implicasen modificaciones o ampliaciones en la explotación.

(iii) En caso de respuesta afirmativa, si tiene relevancia que ya se hubiese realizado una evaluación anterior o que el aeropuerto ya estuviese en funcionamiento antes de que se aprobase la legislación de EIA.

A todo ello, el TJUE da una respuesta conjunta y dispone que únicamente cabe hablar de «construcción» en sentido estricto cuando existan intervenciones que modifiquen la realidad física del emplazamiento. Por tanto, la prórroga en la explotación del aeropuerto no quedaría comprendida en los anexos de la Directiva 85/337/CE.

No obstante, sí debería someterse a EIA la autorización de explotación si forma parte de un procedimiento de varias etapas que persigue autorizar actividades que constituyan un proyecto conforme a la Directiva. Dicha circunstancia deberá evaluarla el propio juez nacional.

#### **Concurso ideal entre delito de lesiones y delito ecológico**

##### *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 2 de diciembre de 2011*

En este caso, el TS desestima el recurso de casación presentado por los administradores una empresa contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia que les condenó a 4 años y 6 meses de prisión como autores de un delito ecológico (arts. 325 y 326.b) CP) en concurso ideal con un delito de lesiones (art. 147 CP).

Según resulta del sustrato fáctico de la sentencia, la citada empresa explotaba una fábrica dedicada a la manipulación de productos hortofrutícolas. A comienzos del año 2003, comenzaron a sucederse las denuncias de los vecinos que habitaban un inmueble colindante con la fábrica de la mercantil.

Así, resulta acreditado que durante los años 2003 a 2005, se realizaron diferentes mediciones sonométricas, las cuales pusieron de relieve que la actividad incumplía de forma reiterada los límites de ruidos establecidos en la normativa autonómica y local aplicable.

Como consecuencia de estas campañas de medición se instruyó un expediente sancionador que concluyó mediante resolución en la que se instaba a la empresa denunciada a que paralizase su actividad de forma inmediata y durante el tiempo necesario para subsanar los problemas vinculados con el ruido excesivo. Los administradores de la sociedad, desoyendo la anterior resolución administrativa continuaron con la actividad, llegando a precintarse policialmente la fábrica en dos ocasiones.

Además, las pericias médicas acreditaron que una de las vecinas que habitaba junto al emplazamiento sufría un síndrome reactivo depresivo, agravado por insomnio, causado por los continuos ruidos a los que se veía sometida en su hogar.

Siendo declarados los hechos anteriores probados, los acusados alegan en casación la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia debido a la inexistencia de prueba de cargo suficiente, cuestión esta que es rechazada por la Sala, al estimar que la interpretación de la suficiencia de la prueba practicada por el Tribunal *a quo*, resultaba totalmente lógica y apropiada.

Por otra parte, los acusados alegan la incorrección cometida por la Audiencia Provincial de Murcia al subsumir los hechos declarados probados como sendos delitos contra el medio ambiente y de lesiones. En este caso, el TS se ratifica en su anterior jurisprudencia sobre asuntos análogos, determinando que el ruido es un factor capaz de afectar al medio ambiente y deteriorar la salud y la vida de los perjudicados. En virtud de lo anterior, el TS acuerda desestimar el recurso de casación presentado por los administradores acusados y confirmar la sentencia de instancia.

#### **Absolución de delito contra el medio ambiente. Falta de acreditación de peligro grave para el equilibrio de los sistemas naturales**

##### *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 163/201, de 17 de febrero*

En esta sentencia la Audiencia Provincial de Barcelona absuelve al alcalde de un ayuntamiento de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, previsto en los artículos 325.1 y 326 a) y b) del Código Penal («CP»). En dicho municipio, las aguas residuales de una urbanización se vertían sin depuración ni tratamiento alguno a través de un colector a un torrente, situación que para el Ministerio Fiscal no solo suponía una contravención de la normativa admi-

nistrativa, sino que también constituía un peligro grave para el equilibrio de los sistemas naturales.

Respecto al primero de los requisitos que exige el tipo básico del artículo 325.1 del CP; esto es, la provocación o realización directa o indirecta de un vertido en las aguas terrestres, la Audiencia Provincial considera acreditado que en el caso enjuiciado concurría tal requisito. De hecho, la propia defensa admitía la ausencia de depuración de las aguas residuales urbanas de las urbanizaciones, aunque negaba (i) que la competencia legal para depurarlas fuera municipal y, como consecuencia de ello, (ii) que el acusado ocupara la posición de garante en una estructura de comisión por omisión respecto al hipotético riesgo medioambiental que la ausencia de depuración pudiera suponer.

En cuanto al segundo requisito del tipo básico, la infracción de una norma extrapenal, el Tribunal se refiere a numerosa normativa estatal y autonómica en materia de aguas y tratamiento de aguas residuales urbanas, en la que se establece la prohibición de efectuar vertidos directos o indirectos que contaminen las aguas, así como la necesidad de disponer de colectores de aguas residuales urbanas en los plazos establecidos en cada caso. Además, en virtud de la normativa de régimen local, el Tribunal estima que, en principio, el tratamiento de los vertidos de las aguas residuales urbanas de la urbanización en cuestión era competencia del Ayuntamiento, aunque finalmente concluye que en el caso de la urbanización afectada, la Agencia Catalana del Agua había asumido la competencia de tratamiento de las aguas residuales mediante la inclusión de dicha urbanización en el Plan de Saneamiento de Aguas Residuales (PSARU), instrumento de planificación hidrológica que fue aprobado por el Acuerdo de Gobierno de la Generalitat de 10 de mayo de 2002.

En relación con la concurrencia de una situación de peligro grave para el bien protegido, la Audiencia Provincial, a la vista de las dos pruebas periciales contradictorias, argumenta que no ha llegado al firme e inequívoco convencimiento sobre su existencia, por lo que aplica al principio *in dubio pro reo* y concluye que no se dan todos los elementos del tipo penal.

Finalmente, pese a no ser estrictamente necesario para dictar un pronunciamiento absolutorio, la sentencia examina igualmente el elemento subjetivo del tipo, es decir la concurrencia de dolo o imprudencia grave en la conducta del artículo 325 CP, concluyendo su falta de acreditación. En este sentido, considera probada la realización de numerosas gestiones por parte del acusado tendentes a la eliminación de cualquier vertido procedente de la urbanización. El Tribunal también se refiere a la imposibilidad económica del Ayuntamiento para afrontar la ejecución de la inversión de la estación depuradora de aguas residuales, ya que no recibió ninguna transferencia de capital por parte de la Agencia Catalana del Agua.

**Valoración de la prueba.  
Innecesidad de evaluación de impacto ambiental**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de febrero de 2012*

En el procedimiento de instancia del que trae causa el presente recurso de casación, la parte demandante impugnó la Resolución de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de 19 de julio de 2006, por la que se aprobó definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de Sevilla («PGOU»). Los principales motivos de impugnación se centraban en (i) la arbitrariedad de la nueva ordenación (cambio de uso industrial a uso dotacional en la ampliación de un cementerio); y (ii) la inexistencia de impacto ambiental estratégico.

El alto Tribunal confirma la sentencia de instancia, en primer lugar, por considerar conforme a Derecho la variación de los usos del suelo en la modificación urbanística impugnada. Además, en cuanto a la evaluación ambiental, la sentencia afirma que la disposición transitoria primera de la Ley 9/2002, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, no es aplicable al supuesto de autos. Esta disposición exige para que la evaluación en cuestión sea obligatoria que el primer acto preparatorio formal del PGOU sea posterior al 21 de julio de 2004 o la aprobación definitiva posterior al 21 de julio de 2006. Pues bien, en el presente caso, el avance de la revisión fue aprobado el 26 de diciembre de 2002 y la aprobación inicial, el 14 de junio de 2004, con lo que no se integraría en el primer supuesto. Tampoco la aprobación definitiva fue posterior al 21 de julio de 2006. Por todo ello, el alto Tribunal procede a la desestimación del recurso.

## MERCANTIL\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

- *Dictamen del Comité de las Regiones sobre la revisión de la Small Business Act para Europa (DOUE de 12 de enero de 2012)*
- *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde - La normativa de gobierno corporativo de la UE» (DOUE de 28 de enero de 2012)*
- *Libro Verde del sistema bancario en la sombra (19 de marzo de 2012, COM(2012) 102 final)*
- *Directiva 2012/6/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de marzo de 2012 por la que se modifica la Directiva 78/660/CEE del Consejo, relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad, en lo que respecta a microentidades (DOUE de 21 de marzo de 2012)*
- *Reglamento 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de marzo de 2012 sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago (DOUE 24 de marzo de 2012)*

#### [España]

##### Mercado de Valores

- *Recomendaciones de la CNMV sobre el contenido de la información financiera trimestral (publicado por la CNMV el 30 de enero de 2012)*
- *Real Decreto 303/2012, de 3 de febrero, por el que se regula el Comité Consultivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (BOE de 4 de febrero de 2012)*
- *Informe sobre criterios en relación con la Información Financiera Pro-Forma (publicado por la CNMV el 10 de febrero de 2012)*
- *Acuerdo de 15 de febrero de 2012, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de levantamiento de la prohibición cautelar en relación con las posiciones cortas sobre acciones españolas del sector financiero (BOE de 17 de febrero de 2012)*
- *Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero (BOE de 4 de febrero de 2012)*

Véase el artículo «Un nuevo paso en la reforma financiera: análisis crítico del Real Decreto-ley 2/2012» de Francisco San Miguel Barbón, publicado en la sección «Artículos» de este mismo número de la Revista.

##### Bancario

- *Resolución de 15 de febrero de 2012, de la Comisión Ejecutiva del Banco de España, sobre cambios temporales en los criterios de admisibilidad de los activos de garantía en las operaciones de política monetaria del Banco de España (BOE de 17 de febrero de 2012)*
- *Circular 2/2012, de 29 de febrero, del Banco de España, de modificación de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito sobre las normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros (BOE de 6 de marzo de 2012)*

---

\* Esta sección de Actualidad Mercantil ha sido elaborada por Carlos Paredes Galego, Justyna Walkowicz, Guillermo Bueno Casanovas, Pío García-Escudero Ramos, Iñigo Oroz Nuin y Pedro Ferreira Malaquias, Maria Goreti Rebêlo, Helder Frias, Mafalda Almeida Carvalho, Lara Galdes y Joana Torres Ereió del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

— *Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (BOE de 10 de marzo de 2012)*

#### Societario

— *Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital (BOE de 17 de marzo de 2012)*

Este Real Decreto-ley, en vigor desde el 18 de marzo de 2012, transpone al Derecho español la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Se modifican ciertos preceptos de la Ley de Sociedades de Capital y de la Ley de Modificaciones Estructurales con los siguientes objetivos: (i) potenciar la página web corporativa (estableciendo el régimen de su creación, modificación, traslado y supresión) y las comunicaciones electrónicas como medio de canalizar las relaciones entre la sociedad y sus socios; (ii) añadir nuevas excepciones a la exigencia de informe de experto independiente para la valoración de las aportaciones no dinerarias en la sociedad anónima; (iii) simplificar algunos aspectos procedimentales (fundamentalmente, puesta a disposición de documentos y publicidad del acuerdo de fusión a través de la página web corporativa) del régimen jurídico de las fusiones y escisiones, y (iv) ampliar las posibilidades de acción de los acreedores en caso de que la fusión o escisión se lleve a cabo en contravención del régimen legal del derecho de oposición (mediante la solicitud de anotación registral de su ejercicio y la posibilidad de demandar a la sociedad resultante solicitando la prestación de la garantía de pago de su crédito).

Véase también 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.

#### Otras materias

— *Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE de 6 de marzo de 2012)*

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

— *Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades (BOE de 6 de marzo de 2012)*

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.

— *Real Decreto 7/2012, de 9 de marzo, por el que se crea el Fondo para la financiación de los pagos a proveedores (BOE de 10 de marzo de 2012)*

Véase el artículo de María Jesús Madrigal y Guillermo González de Olano que se incluye en la sección de «Foro» de este mismo número de la Revista.

— *Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal (BOE de 24 de marzo de 2012)*

#### Andalucía

— *Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Comercio Interior de Andalucía (BOJA de 30 de marzo de 2012)*

#### Aragón

— *Decreto-Ley 1/2012, de 21 de febrero, del Gobierno de Aragón, de medidas en materia de Cajas de Ahorros (BOA de 24 de febrero de 2012)*

#### Baleares

— *Ley 2/2012, de 4 de abril, de apoyo a los emprendedores y las emprendedoras y a la micro, pequeña y mediana empresa (BOIB de 14 de abril de 2012)*

#### Canarias

— *Decreto Legislativo 1/2012, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación de la Actividad Comercial y reguladora de la licencia comercial (BOC de 25 de abril de 2012)*



- Cataluña** — *Ley 4/2012, de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña (DOGC de 8 de marzo de 2012)*
- *Resolución ECO/657/2012, de 11 de abril, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Gobierno de 3 de abril de 2012, por el que se solicita la inclusión de la Generalitat de Cataluña en el mecanismo extraordinario de financiación para el pago a los proveedores de las comunidades autónomas (DOGC de 13 de abril de 2012)*
- Extremadura** — *Decreto 28/2012, de 10 de febrero, por el que se regula la composición y funcionamiento del Consejo Extremeño de los Consumidores (DOE de 16 de febrero de 2012)*
- Galicia** — *Ley 2/2012, de 28 de marzo, gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias (DOG de 11 de abril de 2012)*
- Madrid** — *Ley 1/2012, de 26 de marzo, para la Protección de los Derechos de los Consumidores, mediante el Fomento de la Transparencia en la Contratación Hipotecaria en la Comunidad de Madrid (BOCM de 2 de abril de 2012)*
- País vasco** — *Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia (BOPV de 9 de febrero de 2012)*
- *Ley 6/2012, de 1 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, la Ley de Control Económico y Contabilidad de la Comunidad Autónoma de Euskadi y la Ley del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, para la regulación de las entidades participadas o financiadas mayoritariamente por el sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi (BOPV de 12 de marzo de 2012)*
- Valencia** — *Decreto Ley 2/2012, de 13 de enero, del Consell, de medidas urgentes de apoyo a la iniciativa empresarial y a los emprendedores, microempresas y pequeñas y mediana empresas (pyme) de la Comunitat Valenciana (DOGV de 16 de enero de 2012)*

### [Portugal]

- Rácio Core Tier 1** *Aviso n.º 4/2012, de 20 de janeiro - Banco de Portugal (DR 15, SÉRIE II, de 20 de janeiro 2012)*
- O presente diploma vem alterar o Aviso do Banco de Portugal n.º 3/2011, de 17 de maio, incluindo novos elementos positivos dos fundos próprios de base entre os elementos elegíveis para efeitos do cálculo do rácio *core tier 1* das instituições sujeitas à supervisão do Banco de Portugal. Esta alteração tem em vista uma possível intervenção do Estado no reforço da solidez financeira das instituições de crédito.
- Os elementos em causa, constantes da alínea j), do número 1, do artigo 3.º do Aviso do Banco de Portugal n.º 6/2010, são instrumentos tendencialmente perpétuos, com elevado grau de subordinação e cujo reembolso estará, em larga medida, subordinado a prévia autorização do próprio Banco de Portugal, características que se desenvolvem *infra*.
- Para que sejam considerados para os efeitos do Aviso do Banco de Portugal n.º 4/2012, estes instrumentos terão de ter sido «subscritos pelo Estado no contexto da Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro, ou no âmbito de outras formas de intervenção do Estado que visem o reforço da solidez financeira das instituições de crédito». Quando assim seja, e quando devidamente aprovados pelo Banco de Portugal, os mesmos serão computáveis até ao limite máximo de 50% do valor dos fundos próprios de base.
- Resumem-se de seguida as principais características que tais instrumentos deverão revestir, nos termos do Aviso do Banco de Portugal n.º 6/2010:
- Vencimento: São instrumentos tendencialmente perpétuos, *i.e.*, não devem ter prazo de vencimento ou, quando este exista, não poderá ser inferior a 30 anos.

- Subordinação: Em caso de insolvência ou liquidação da instituição, o reembolso dos instrumentos ficará subordinado ao prévio reembolso de todos os demais credores não subordinados.
- *Call options*: Podem estar sujeitos a *call options*, a ser exercidas discricionariamente pela instituição mas apenas após terem decorrido cinco anos da data da sua emissão. Em qualquer caso, o seu exercício concreto dependerá sempre do acordo prévio do Banco de Portugal.
- Incentivos ao reembolso: Os instrumentos sem prazo não poderão prever incentivos ao reembolso aplicáveis antes de terem decorrido dez anos da data em que foram emitidos. Os instrumentos com vencimento determinado não poderão conter incentivos ao reembolso em data diversa da data de vencimento.
- Reembolso: O reembolso só poderá ocorrer com o prévio acordo do Banco de Portugal, na sequência de pedido apresentado pela instituição em causa e desde que não sejam indevidamente afetadas as condições financeiras e de solvabilidade da instituição. O Banco de Portugal pode exigir que os instrumentos reembolsados sejam substituídos por instrumentos de características semelhantes ou por capital realizado.
- Suspensão do reembolso: O Banco de Portugal pode exigir a suspensão do reembolso dos instrumentos com vencimento determinado, caso a instituição em causa não cumpra com os requisitos mínimos de fundos próprios aplicáveis. Pode também fazê-lo quanto aos instrumentos sem prazo, com base na situação financeira e de solvabilidade da instituição.
- Circunstâncias imprevistas: O Banco de Portugal pode autorizar o reembolso antecipado dos instrumentos caso se verifique uma alteração imprevisível no tratamento fiscal ou na classificação regulamentar que lhes seja aplicável.
- Cancelamento da remuneração: A instituição deverá ter a faculdade de cancelar o pagamento da remuneração dos instrumentos por um período ilimitado de tempo, numa base não cumulativa, devendo fazê-lo caso (i) não cumpra os requisitos mínimos de fundos próprios aplicáveis ou (ii) quando a realização dos pagamentos implicar o incumprimento dos mesmos. O Banco de Portugal poderá também exigir o cancelamento do pagamento da remuneração com base na situação financeira e de solvabilidade da instituição.
- Substituição da remuneração: As instituições poderão substituir o pagamento da remuneração pela entrega de participações sociais, desde que fiquem preservados os recursos financeiros da instituição e sejam respeitadas as condições que para o efeito sejam impostas pelo Banco de Portugal.
- Absorção de prejuízos: Os instrumentos devem permitir a absorção de prejuízos, através da diminuição do reembolso do capital dos mesmos ou da sua remuneração, não devendo impedir a recapitalização da instituição.

### Buffers de Capital Temporários

#### *Aviso n.º 5/2012, de 20 de janeiro - Banco de Portugal (DR 15, SÉRIE II, de 20 de janeiro 2012)*

O presente diploma determina que as instituições sujeitas à supervisão em base consolidada do Banco de Portugal devem observar a Recomendação EBA/REC/2011/1 da Autoridade Bancária Europeia («ABE»), que se dirige a um grupo selecionado de bancos e que tem como objetivo a criação de *buffers* de capital de carácter temporário e excepcional, já considerando a remoção dos filtros prudenciais que impedem a avaliação da sua carteira de dívida soberana a preços de mercado. Para este efeito, as instituições visadas deverão atingir um rácio *core tier 1* (de acordo com os critérios empregues pela ABE) de 9%, até 30 de junho de 2012.

As instituições visadas poderão, de acordo com a Recomendação EBA/REC/2011/1, cobrir as suas necessidades de capital neste domínio recorrendo, não apenas a instrumentos que se qualifiquem para efeitos de *core tier 1*, mas também a (i) instrumentos convertíveis já emitidos, desde que tivessem sido convertidos em instrumentos que sejam elegíveis para *core tier 1* até ao fim de outubro de 2011 e (ii) instrumentos de capital contingente que cumpram com os requisitos estabelecidos na ficha técnica que a ABE divulgou na sua Recomendação (designados, em inglês como «contingency convertibles» ou «CoCo bonds»).

**Medidas de Reforço da Solidez Financeira das Instituições de Crédito**

*Lei n.º 4/2012, de 11 de Janeiro (DR 8, SÉRIE I, de 11 de Janeiro de 2012)*

A presente lei procede à terceira alteração da Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro, que estabelece medidas de reforço da solidez financeira das instituições de crédito.

O reforço dos níveis de fundos próprios, designadamente fundos *core tier 1*, é efetuado através de investimento público. Prevê-se, assim, que o Estado (i) compre ações próprias da instituição de crédito; (ii) tome firme ou garanta a colocação de aumento de capital ou (iii) subscreva outros instrumentos financeiros elegíveis para fundos *core tier 1* (designados, em inglês como «contingency convertibles» ou «CoCo bonds»).

Para beneficiar de investimento público, a instituição de crédito deve apresentar, junto do Banco de Portugal, um plano de recapitalização aprovado por Assembleia Geral especialmente convocada para o efeito. O Banco de Portugal prepara uma proposta de decisão, que é submetida ao Ministro das Finanças para decisão final. Porque a operação exige rapidez, entre o momento da convocação da Assembleia Geral e a decisão ministerial medeia um período que não deverá exceder os dois meses.

A apresentação do plano de recapitalização é obrigatória para as entidades que apresentem níveis de fundos próprios *core tier 1* inferiores ao mínimo estabelecido, sob pena de o Banco de Portugal nomear uma administração provisória, revogar a respetiva autorização de funcionamento ou aplicar medidas de resolução.

As ações da instituição de crédito que o Estado vier a adquirir ficam automaticamente sujeitas a um regime próprio. Em troca de um dividendo preferencial, o Estado abdica do direito de voto e concede aos acionistas (i) um direito de preferência na alienação da participação pública e ainda (ii) uma opção de compra da participação pública, a exercer na medida da participação do acionista no capital social da instituição à data da intervenção pública. O Estado só poderá exercer o seu direito de voto em deliberações que exijam maioria qualificada, tais como alterações do contrato de sociedade, fusão, cisão, transformação ou dissolução.

Porque o Estado abdica dos seus direitos políticos, a aquisição pública de uma participação social não desencadeia o dever de lançamento de oferta pública de aquisição obrigatória nem é considerada uma operação de concentração para efeitos de direito da concorrência.

Se a participação pública no capital da instituição de crédito ultrapassar um determinado limiar, a fixar pelo Ministro das Finanças, o Estado readquire a plenitude dos seus direitos de voto. Por outro lado, o Estado poderá sempre nomear um representante (sem funções executivas) para o órgão de administração ou de fiscalização da instituição de crédito, cuja tarefa consiste em assegurar a observância do plano de recapitalização e demais deveres da instituição.

Se a instituição de crédito dispuser de montantes distribuíveis no exercício, deve aplicar parte deles na remuneração da participação pública e afetar os restantes ao desinvestimento público, readquirindo ou amortizando as ações e demais instrumentos financeiros detidos pelo Estado.

O incumprimento pela instituição de crédito do plano de recapitalização devolve ao Estado o pleno exercício dos seus direitos de voto. Concede-lhe ainda a faculdade de alienar livremente a sua participação e de nomear ou reforçar o número de representantes seus nos órgãos de administração ou de fiscalização da instituição intervencionada.

O desinvestimento público deverá ocorrer no prazo de cinco anos, findo o qual as ações que permaneçam na posse do Estado se convertem em ações ordinárias, com todos os inerentes direitos patrimoniais e políticos.

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

*Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro (DR 30, SÉRIE I, de 10 de fevereiro de 2012)*

Ao abrigo do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, foram conferidos poderes ao Banco de Portugal para intervir em instituições sujeitas à sua supervisão em situações de desequilíbrio financeiro.

O diploma procedeu ainda à criação de um Fundo de Resolução e de um procedimento pré-judicial de liquidação para as instituições sujeitas à supervisão do Banco de Portugal.

**Início de Acesso a Informação Constante do Registo Central do Instituto de Seguros de Portugal**

*Norma Regulamentar n.º 3/2012-R, de 8 de março de 2012 - Instituto de Seguros de Portugal*

A Norma Regulamentar do Instituto de Seguros de Portugal n.º 3/2012-R procedeu à alteração da Norma Regulamentar n.º 14/2012-R, de 14 de outubro, tendo prorrogado o prazo fixado para as empresas de seguros darem cumprimento integral aos deveres de acesso a informação constante do registo central do ISP para 1 de janeiro de 2013.

**Deveres Legais de Diligência dos Seguradores Relativamente aos «Seguros de Proteção ao Crédito»**

*Circular n.º 2/2012, de 1 de março de 2012 - Instituto de Seguros de Portugal*

O Instituto de Seguros de Portugal divulgou um conjunto de princípios e regras no âmbito dos designados «seguros de proteção ao crédito» cuja observância, pelas empresas de seguros, considera essencial.

Em matéria de desenho do produto, a empresa de seguros deve identificar, de forma rigorosa, o respetivo público-alvo e as correspondentes necessidades (*i.e.*, o perfil do segurado). Por seu lado, o desenho dos produtos não deve criar obstáculos indevidos à substituição de segurador.

No âmbito da informação e esclarecimento pré-contratual, a empresa de seguros deve ter particular cuidado na explicitação pré-contratual dos conceitos jurídicos específicos envolvidos na delimitação das coberturas e exclusões, bem como diligenciar pelo efetivo cumprimento dos deveres de informação pré-contratual.

Quanto à redação das apólices, deverá ser evitado o uso de expressões vagas ou ambíguas nos clausulados, em especial quando está em causa a redação das definições, exclusões ou cláusulas limitativas de coberturas. Por outro lado, as coberturas de incapacidade ou de desemprego devem ser delimitadas positivamente, com vista a alcançar uma maior transparência.

Por último, e quanto a práticas de subscrição, a empresa de seguros deve, no momento da subscrição ou da adesão, certificar-se da correspondência entre as condições pessoais dos proponentes e aquelas que são exigidas para a subscrição ou adesão.

**Fundações - avaliação do custo-benefício - viabilidade financeira**

*Lei n.º 1/2012 (DR 2, SÉRIE I, de 03/01/2012)*

Foi publicada em Diário da República a Lei n.º 1/2012, de 3 de janeiro de 2012, que determina a realização de um censo dirigido às fundações, nacionais ou estrangeiras, que prossigam os seus fins em território nacional, com vista a avaliar o respetivo custo/benefício e viabilidade financeira e decidir sobre a sua manutenção ou extinção, sobre a continuação, redução ou cessação dos apoios financeiros concedidos, bem como sobre a manutenção ou cancelamento do estatuto de utilidade pública.

Para o efeito, no prazo máximo de 30 dias a contar da publicação no Diário da República da presente Lei, as fundações por ela abrangidas devem responder a um questionário disponibilizado no Portal do Governo e facultar toda a informação e documentação aí solicitada (este prazo foi, entretanto, prorrogado até ao dia 24 de fevereiro, pelo Despacho n.º 1490-A/2012, de 31 de janeiro).

Do referido questionário constam pedidos de informação e documentação, nomeadamente, sobre os relatórios de atividades, de gestão e contas e de auditoria externa (quando aplicável) relativos aos anos de 2008 a 2010, pareceres do órgão de fiscalização relativos ao mesmo período, atos de instituição e de reconhecimento da fundação, versão dos estatutos à data da sua criação e versão dos estatutos em vigor, identificação dos instituidores e composição atualizada dos órgãos sociais e data de início e termo do mandato, respetiva remuneração e outros benefícios, reportados à data do questionário, etc.

Compete ao Ministério das Finanças proceder à avaliação do custo/benefício e viabilidade das fundações abrangidas por esta Lei, com base no questionário e na documentação e informação disponibilizadas, bem como proceder à publicação dessa avaliação no Portal do Governo, no prazo máximo de 60 dias a contar do termo do prazo de resposta ao questionário. Por sua vez, no prazo máximo de 30 dias após publicação da avaliação, o Ministério das Finanças emite, em conjunto com a respetiva tutela setorial, decisão final, a determinar (a) a manutenção ou a extinção da fundação no caso de fundações públicas de direito público ou de direito privado;

(b) a continuação, a redução ou a cessação de apoios financeiros à fundação, que tenham sido concedidos pela administração direta ou indireta do Estado, Regiões Autónomas, autarquias locais, outras pessoas coletivas da administração autónoma e demais pessoas coletivas públicas e (c) a manutenção ou o cancelamento do estatuto de utilidade pública da fundação.

Esta Lei entrou em vigor no dia 4 de Janeiro de 2012.

#### QREN - Reavaliação de financiamentos

##### *Resolução do Conselho de Ministros n.º 33/2012 (DR 54, SÉRIE I, de 15/03/2012)*

Foi publicada em Diário da República a Resolução n.º 33/2012 do Conselho de Ministros, nos termos da qual este resolveu, em particular (i) determinar às autoridades de gestão dos programas operacionais temáticos e dos programas operacionais regionais do Continente do Quadro de Referência Estratégico Nacional («QREN») que procedam à rescisão, nos termos legais aplicáveis, dos contratos de financiamento ou das decisões de aprovação relativas às operações aprovadas há mais de 6 meses que não tenham evidenciado, à data de entrada em vigor da presente resolução, o início da sua execução física e financeira, bem como (ii) determinar às autoridades de gestão que procedam, no prazo máximo de 30 dias, à reavaliação de todas as operações aprovadas há 6 meses ou mais e que tenham, à data de entrada em vigor da presente resolução, uma execução financeira registada inferior a 10%, tendo em vista a rescisão, nos termos legais aplicáveis, dos respetivos contratos de financiamento ou a sua reprogramação financeira e temporal, de acordo com as condições financeiras para a sua concretização a evidenciar pelos respetivos promotores.

Esta Resolução entrou em vigor dia 15 de março de 2012.

## 2 · JURISPRUDENCIA

#### Derecho de información de los accionistas

##### *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2012*

Se discute si los administradores de una sociedad anónima (no cotizada) atendieron correctamente a la solicitud de información de unos accionistas formulada con mucho detalle en relación con una junta general ordinaria llamada exclusivamente a aprobar las cuentas anuales y la aplicación del resultado. El TS, tras exponer de forma sistemática su doctrina sobre el derecho de información y sus límites, confirma la declaración de nulidad de los acuerdos por vulneración del indicado derecho, que califica de mínimo, irrenunciable y autónomo. Según el Tribunal, el derecho de información no tiene como único objetivo posibilitar al accionista un voto reflexivo en la junta, sino también el de estar informado sobre los detalles de la actividad de la sociedad y la forma de gestionarla, máxime cuando también se somete a votación el informe de gestión. En estos casos, además de cubrir los datos necesarios para cumplir la primera finalidad, el derecho se extiende a aquellos otros derivados del deber de transparencia en la gestión social y que permitan al socio el control razonable del cumplimiento por los administradores de los deberes de diligente administración, fidelidad y lealtad, en relación con la actividad de la sociedad reflejada en las cuentas y el informe de gestión.

#### Inscripción de una escritura de modificación de estatutos sociales

##### *Resolución de 28 de enero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación extendida por la registradora mercantil y de bienes muebles IV de Málaga por la que se deniega la inscripción de una escritura de modificación de estatutos sociales (BOE de 20 de febrero de 2012)*

Se trata en este recurso la inscribibilidad de una modificación estatutaria en una sociedad de responsabilidad limitada relativa al sistema de valoración de las participaciones sociales en el derecho de adquisición preferente a favor de los socios, consecuencia de la transmisión *inter vivos* o *mortis causa* de dichas participaciones. Para tales supuestos se preveía que la valoración se realizara por la junta general cada dos años, tomando como referencia los fondos propios de la sociedad, los beneficios después de impuestos obtenidos durante los dos últimos ejercicios según balances cerrados a 31 de diciembre, y reduciendo en un veinticinco por ciento el pasivo

correspondiente al personal. La primera valoración la realizaría un asesor externo elegido por la junta general con el voto favorable del ochenta por ciento; y las restantes, con los medios de que dispusiera la propia sociedad.

La DGRN entiende que, en los términos en que se propone, la modificación estatutaria no satisface las exigencias de objetividad e imparcialidad, pues deja la valoración al arbitrio de una de las partes, en contravención con lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil. Esta falta de objetividad concurre incluso en aquellos supuestos en que el derecho de adquisición preferente sea ejercitado por uno de los socios y no por la sociedad, pues la fijación del precio se encomienda, no a un tercero totalmente ajeno a los interesados en la transmisión, sino al designado por un acuerdo mayoritario de los socios en cuya formación ha podido intervenir decisivamente el que pretende la adquisición.

#### Inscripción de una escritura de aumento del capital por compensación de créditos

— *Resolución de 4 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por Jardinería Sotojardín, S.L. contra la negativa de la registradora mercantil de Cádiz a inscribir una escritura de aumento del capital de dicha sociedad (BOE de 1 de marzo de 2012)*

Se plantea en el recurso si para inscribir un acuerdo de aumento del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada por compensación de créditos es necesario cumplir las normas relativas al derecho de asunción preferente respecto de las nuevas participaciones creadas.

Señala este centro directivo que antes de la entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Capital, el artículo 75.1 de la derogada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada reconocía el derecho de suscripción preferente en los supuestos de aumento de capital mediante compensación de créditos. Por su parte, la Ley de Sociedades Anónimas reconocía el derecho de suscripción preferente solo para los aumentos de capital con cargo a aportaciones dinerarias. Con la refundición de dichas normas en la Ley de Sociedades de Capital se ha extendido a la sociedad de responsabilidad limitada el régimen de la Ley de Sociedad Anónimas. Concluye por tanto la DGRN que no cabe el derecho de asunción preferente en el aumento de capital por compensación de créditos en una sociedad de responsabilidad limitada.

## PROCESAL CIVIL\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

#### Publicado el denominado «Código antidesahucios»

*Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (BOE de 10 de marzo de 2012)*

El pasado 10 de marzo de 2012 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (en adelante, el «RD 6/2012» o el «Real Decreto»), que entró en vigor el día 11 de marzo siguiente.

El objeto del RD 6/2012 es triple:

- (i) Establecer medidas que logren la reestructuración de la deuda hipotecaria de aquellos deudores que, por encontrarse en el llamado umbral de exclusión, padecen dificultades extraordinarias para atender su pago.
- (ii) Concretar mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución extrajudicial de bienes hipotecarios.



(iii) Ampliar el colectivo de beneficiarios de las ayudas a inquilinos previstas en el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan de Vivienda y Rehabilitación 2009-2011 (el «RD del Plan de Vivienda»).

Por lo que se refiere a las medidas para la reestructuración de la deuda hipotecaria inmobiliaria, estas se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria, siempre que estén vigentes a la fecha de la entrada en vigor del RD 6/2012 y que el deudor se encuentre situado en el llamado umbral de exclusión.

A estos efectos, se considerarán situados en ese umbral aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, siempre que en ellos concurren las siguientes circunstancias, que deberán acreditar ante la entidad bancaria con los documentos a que se refiere el artículo 3.2 del Real Decreto:

- (i) Que todos los miembros de la unidad familiar (formada por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos que residan en la vivienda) carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas.
- (ii) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 60% de los ingresos netos de la unidad familiar.
- (iii) Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de bienes o derechos patrimoniales suficientes para hacer frente a la deuda.
- (iv) Que el préstamo o crédito garantizado con hipoteca recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y que hubiera sido concedido para la adquisición de esa vivienda.
- (v) Que el préstamo o crédito carezca de otras garantías o que, de existir garantías personales, en todos ellos concurren las circunstancias de los apartados (ii) y (iii).
- (vi) De existir codeudores que no integren la unidad familiar, deberán concurrir en ellos las circunstancias de los apartados (i), (ii) y (iii).

Las medidas, que pretenden la reestructuración de las deudas hipotecarias de estos deudores, se contienen en el llamado Código de Buenas Prácticas. Se trata de un Código que es de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito (la adhesión será por dos años, prorrogables automáticamente por periodos anuales, salvo denuncia expresa de la entidad con una antelación mínima de tres meses).

A este respecto, cabe destacar que el 12 de abril de 2012 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la *Resolución de 10 de abril de 2012, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publican las entidades que han comunicado su adhesión voluntaria al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual*.

Una vez se produzca la adhesión de la entidad y el deudor acredite que se encuentra dentro del umbral de exclusión, las previsiones del Código de Buenas Prácticas serán de obligada aplicación. En este sentido, el Real Decreto establece que el cumplimiento del Código será supervisado por una comisión de control de cuatro miembros, uno en representación de la Asociación Hipotecaria Española y los tres restantes nombrados por el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, respectivamente.

En cuanto al ámbito de aplicación objetiva del Código de Buenas Prácticas, se extiende a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no hubiera excedido de los valores contenidos en el artículo 5.2 del Real Decreto.

En todo caso, las entidades adheridas tienen la facultad de aplicar las previsiones del Código a deudores diferentes de los situados en el umbral de exclusión, y podrán, si así lo desean, mejorar estas previsiones.

Las concretas medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas son las que siguen:

- (i) Los deudores podrán solicitar de la entidad acreedora la reestructuración de su deuda hipotecaria, siempre que no se encuentren en un procedimiento de ejecución en el que ya

se hubiese producido el anuncio de la subasta. La entidad deberá ofrecerles, en el plazo de un mes, un plan de reestructuración de su deuda, que incluya:

- Carencia en la amortización de capital de cuatro años, durante los cuales el tipo de interés aplicable será de Euribor + 0,25.
- Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo.
- Adicionalmente, la entidad podrá reunificar el conjunto de deudas contraídas por el deudor.

(ii) Si el plan de reestructuración resultase inviable a la vista de la situación económico-financiera del deudor (lo será si establece una cuota hipotecaria mensual superior al 60% de los ingresos netos de la unidad familiar), el deudor podrá solicitar una quita en el capital pendiente de amortización, que la entidad podrá aceptar o rechazar en el plazo de un mes. Para determinar la quita, la entidad empleará uno de los siguientes métodos de cálculo:

- Reducción del 25%.
- Reducción equivalente a la diferencia entre el capital amortizado y el que guarde con el total del capital prestado igual proporción que el número de cuotas satisfechas por el deudor sobre el total de las adeudadas.
- Reducción equivalente a la mitad de la diferencia entre el valor actual de la vivienda y el valor resultante de restar al valor inicial de tasación dos veces la diferencia con el préstamo concedido.

La quita también podrá ser solicitada por aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que ya se haya producido el anuncio de la subasta y por aquellos que no hayan podido optar a la dación en pago por presentar la vivienda cargada posterior a la hipoteca.

(iii) Si ninguna de las dos medidas anteriores resultaran viables, los deudores podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual siempre que la vivienda no esté gravada con cargas posteriores o se hallen incurso en un procedimiento de ejecución en el que ya se haya anunciado la subasta.

En tal supuesto, la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado, a la propia entidad o al tercero que el deudor designe, quedando totalmente canceladas la deuda garantizada con hipoteca y las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por la misma deuda.

El deudor, si así lo solicitara al pedir la dación en pago, podrá permanecer durante dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3% del importe total de la deuda en el momento de la dación.

Para favorecer la efectiva aplicación del Código de Buenas Prácticas, el Real Decreto introduce determinadas modificaciones en materia tributaria, entre las que destacan las siguientes:

- (i) Las escrituras de formalización de las novaciones contractuales de préstamos y créditos hipotecarios que se produzcan al amparo del RD 6/2012 quedarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

---

\* 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, Eugenio Caravia Izquierdo, Javier González Guimaraes-Da Silva, Guillermo Alonso del Real, Sonia Borges Fernández, Alberto García Rodríguez, Antonio Canales Aracil, Javier Sánchez-Lozano Velasco, David Guerra Arencibia, Margarita Morales Plaza, Luis I. Gómez-Iglesias Rosón, Jon Carcavilla Barragán, Pilar Alier Iglesias, Guillermo García Berdejo, Paula Adrega Flor, Rita Castanheira Neves, Tiago Simões de Almeida del Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona, Bilbao y Lisboa).

(ii) A los efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, estará exenta la ganancia patrimonial que se pudiera generar en los deudores con ocasión de la dación en pago de su vivienda, prevista en el Código de Buenas Prácticas.

(iii) Los derechos arancelarios notariales y registrales derivados de la cancelación del derecho real de hipoteca, en los casos de dación en pago del deudor hipotecario situado en el umbral de exclusión, se bonificarán en un 50%.

Con independencia de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas, desde el momento en que el deudor acredite ante la entidad que se encuentra en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable pasará a ser, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2,5% sobre el capital pendiente.

Los deudores que se hubiesen beneficiado de las medidas para la reestructuración de la deuda hipotecaria inmobiliaria sin encontrarse dentro del umbral de exclusión, o aquellos que se hubiesen situado o mantenido en ese umbral, de manera voluntaria y deliberada, con la finalidad de obtener la aplicación de aquellas medidas, serán responsables de los daños y perjuicios que se hayan podido producir, así como de todos los gastos generados por la aplicación de estas medidas.

Junto a la adopción de medidas de reestructuración de la deuda hipotecaria inmobiliaria, el RD 6/2012 ha reformado parcialmente el procedimiento de ejecución extrajudicial de bienes hipotecados, regulado en los artículos 234 a 236 del Reglamento Hipotecario, para aquellos casos en que el procedimiento de ejecución extrajudicial se siga contra la vivienda habitual del deudor. En concreto, el RD 6/2012 modifica el régimen de subasta extrajudicial del bien hipotecado en los siguientes extremos:

(i) Solo se celebrará una subasta, para la que servirá de tipo el pactado en la escritura de constitución de hipoteca, en lugar de las tres que eran posibles con la regulación anterior.

(ii) Si las posturas presentadas en la subasta fueran de importe igual o superior al 70% del tipo, la finca se adjudicará a la mejor de esas posturas (hasta ahora, se podía celebrar una nueva subasta si la mejor postura no era igual al tipo pactado en la hipoteca, en la primera subasta, o superior al 75% de dicho tipo, en la segunda subasta).

(iii) Si la mejor postura presentada fuera inferior al 70% del tipo, el deudor podrá presentar, en un plazo de diez días, tercero que mejore la postura. Para ello, el tercero deberá ofrecer una cantidad superior al 70% del valor de tasación o una que, aun siendo inferior, resulte suficiente para satisfacer totalmente el derecho del ejecutante.

(iv) Transcurridos diez días sin que el deudor presente a un tercero que mejore la postura, el acreedor podrá solicitar, en el término de cinco días, la adjudicación de la finca por un importe igual o superior al 60% del valor de tasación.

(v) Si el acreedor no hiciera uso de la facultad descrita en el apartado anterior, se adjudicará la finca a quien hubiera presentado la mejor postura, siempre que esta supere el 50% del valor de tasación o, siendo inferior, cubra la cantidad reclamada por todos los conceptos.

(vi) De no haber ningún postor en el acto de la subasta, el acreedor, en el plazo de veinte días, podrá pedir la adjudicación de la finca por un importe igual o superior al 60% del valor de tasación. De lo contrario, el notario dará por terminada la ejecución y cerrará y protocolizará el acta, quedando expedita la vía judicial que corresponda.

Además de estas modificaciones, el RD 6/2012 consagra la obligación del Gobierno de aprobar, en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor, las normas reglamentarias que sean necesarias para simplificar el procedimiento de venta extrajudicial. Esas normas deberán incluir, entre otras medidas, la posibilidad de que la subasta se celebre de manera electrónica.

Por lo que se refiere al tercero de los objetivos del RD 6/2012, consistente en ampliar el colectivo de beneficiarios de las ayudas a inquilinos previstas en el RD del Plan de Vivienda, el Real Decreto prevé que:

(i) Quienes hubieran sido objeto de una resolución judicial de lanzamiento de su vivienda habitual debido a un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria después del 1 de enero de 2012 podrán beneficiarse de las ayudas a los inquilinos, en los términos previstos en los artículos 38 y 39 del RD del Plan de Vivienda, siempre que hubieran solicitado la ayuda en un plazo no superior a seis meses desde el lanzamiento.

Además, estas personas tendrán la consideración de colectivo con derecho a protección preferente para el acceso a las ayudas a los inquilinos, en los términos del artículo 1.2 del RD del Plan de Vivienda.

(ii) Podrán también obtener las ayudas a los inquilinos citadas en el apartado (i) quienes suscriban contratos de arrendamiento tras haber dado en pago su vivienda, de conformidad con el Código de Buenas Prácticas, siempre que sus ingresos familiares no excedan de 2,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.

### Revisión del sistema de tasas judiciales por el ejercicio de la potestad jurisdiccional

#### *Anteproyecto de Ley aprobado el 30 de marzo de 2012*

Como es sabido, el artículo 35 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico una nueva tasa que grava la utilización por parte de determinadas entidades de la potestad jurisdiccional en los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo. Tras ello, la Orden hac/661/2003, de 24 marzo, aprobó el modelo de autoliquidación de la tasa y determinó el lugar, la forma y los plazos para su presentación.

El hecho imponible de la tasa está constituido por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, a instancia de determinados sujetos pasivos, mediante la realización de determinados actos procesales. En materia civil, constituye el hecho imponible la interposición del escrito de demanda en toda clase de procesos declarativos y de ejecución de títulos extrajudiciales, la formulación de reconvencción, y la interposición de los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal y casación.

El importe de la tasa exigible al sujeto pasivo está compuesto por dos cantidades: una fija, en función del tipo de procedimiento civil o contencioso, y otra variable, en función de la cuantía del procedimiento. Hasta ahora la cuantía máxima de la tasa no podía ser superior a 6000 euros.

El 30 de marzo de 2012 el Consejo de Ministros ha aprobado un anteproyecto de ley por el que se revisan las tasas judiciales vigentes desde 2002. De acuerdo con la nota de prensa del Gabinete de Comunicación del Ministerio de Justicia, los objetivos de esta iniciativa consistirían en ayudar a financiar la Administración de Justicia y evitar la litigiosidad artificiosa que satura actualmente los juzgados. Son varias las novedades que introduciría la Ley, y que se sintetizan a continuación:

(i) Aumentaría considerablemente (hasta un 50% en la mayor parte de los supuestos) la cuantía fija de la tasa en función del tipo de procedimiento civil o contencioso: las tasas oscilarían entre los 150 y 10.000 euros. El aumento sería especialmente significativo en los supuestos de interposición de los recursos de apelación y casación.

(ii) Se introducirían dos mejoras en la gestión de las tasas: los procuradores y abogados podrían facilitar el pago de la tasa, y cabría la posibilidad de revisar su liquidación durante la tramitación del procedimiento judicial.

(iii) Una de las principales novedades del anteproyecto sería la inclusión como sujetos pasivos obligados al pago de la tasa a las personas físicas con recursos económicos, que hasta ahora se hallaban exentas por expresa disposición del artículo 35.3 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre. Parece que el importe de la tasa que abonen las personas físicas se destinará a sufragar el beneficio de justicia gratuita. Como es lógico, aquellos a los que se les reconociera este beneficio estarían exentos del pago de la tasa.

(iv) Las tasas existentes en el orden civil y en el contencioso-administrativo se aplicarán también al orden social, pero solo en segunda instancia.

### Comienza la aplicación del nuevo sistema de tasas en la Administración de Justicia de Cataluña

En la Comunidad de Cataluña, desde el día 1 de mayo de 2012, es obligatoria la liquidación de la tasa por la prestación de servicios personales y materiales en el ámbito de la Administración de Justicia y por la utilización o aprovechamiento de bienes y derechos afectos al servicio de la Administración de Justicia, previsto en la subsección segunda de la sección tercera de la Ley 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales y financieras y de creación de impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos.

El hecho imponible que supone la obligación de pago de esta tasa viene constituido por la interposición de cualquier demanda (declarativa —incluyendo los escritos iniciales de los procedimientos monitorios y la solicitud de concurso— o ejecutiva) y cualquier recurso (apelación, casación o extraordinario por infracción procesal), en los órdenes civil y contencioso-administrativo.

En cuanto a la cuota líquida de la tasa, su importe oscila entre los 60 y los 90 euros, dependiendo del trámite de que se trate. En todo caso, será siempre un importe fijo, sin que exista cuota variable en función de la cuantía.

Los sujetos pasivos de esta obligación son todos los demandantes o recurrentes, sin perjuicio de que se trate de personas físicas o jurídicas. Se trata de una obligación individual de cada uno de estos litigantes, por lo que, si, por ejemplo, varios demandantes presentan una demanda conjunta, cada uno de ellos deberá cumplimentar y liquidar su oportuna tasa.

Desde la entrada en vigor de esta obligación, es requisito indispensable aportar, junto a la demanda o el escrito sujeto a tasa, el formulario debidamente cumplimentado y el justificante de pago.

Existen ciertos casos de exención de esta obligación, por razones objetivas y subjetivas. En cualquier caso, aunque exista exención deberá cumplimentarse el oportuno formulario de tasa exenta y acompañarlo a la demanda o escrito sujeto a tasa para su presentación ante el Juzgado.

La Ley prevé expresamente que la liquidación de la tasa antes de presentar el escrito sujeto a ella es un requisito que no admite subsanación y, además, que la falta de pago de esta tasa puede dar lugar a la apertura directa de la vía ejecutiva.

Finalmente, se prevé también que esta tasa se devengue en las solicitudes de testimonios y certificados de sentencia o de otros documentos del expediente judicial. En estos casos, la cuota será un importe fijo de 10 euros y el impreso y justificante de pago deberán aportarse junto al escrito en el que se solicite la expedición de testimonio o certificado.

### [Portugal]

#### Alteração ao Regulamento das Custas Processuais

*Lei n.º 7/2012, de 13 de fevereiro de 2012 (DR 31, SÉRIE I, de 13 de fevereiro de 2012)*

Foi publicada em DR a Lei n.º 7/2012, que procede à sexta alteração ao Regulamento das Custas Processuais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro. Esta alteração vem, entre outros aspetos, cumprir parte de um conjunto de obrigações relacionadas com o regime das custas judiciais que o Estado português tinha assumido, no Memorando de Entendimento celebrado com o Banco Central Europeu, a Comissão Europeia e o Fundo Monetário Internacional, nomeadamente: a imposição de custas e sanções adicionais aos devedores não cooperantes nos processos executivos; a introdução de uma estrutura de custas judiciais extraordinárias para litígios prolongados desencadeados pelas partes litigantes sem justificação; a padronização das custas judiciais; e a introdução de custas judiciais especiais para determinadas categorias de processos e procedimentos com o objetivo de aumentar as receitas e desincentivar a litigância de má-fé. Para além deste objetivo, aproveitou-se também a alteração para clarificar e simplificar alguns aspetos do regime das custas processuais, que se traduzem em múltiplas modificações, das quais seguidamente se expõem as mais relevantes.

Com o objetivo de unificar o regime das custas judiciais, a Lei n.º 7/2012 estabelece que o Regulamento das Custas Processuais, na redação dada por esta Lei, é aplicável a todos os processos, mesmo quando estes se tenham iniciado antes da sua entrada em vigor. Relativamente aos

processos pendentes, a Lei prevê um conjunto de normas que procuram compatibilizar o novo regime com os atos e situações ocorridos antes da sua entrada em vigor. Designadamente, a Lei só é aplicável aos atos praticados a partir da sua entrada em vigor, considerando-se válidos e eficazes todos os pagamentos e demais atos regularmente feitos ao abrigo da legislação aplicável no momento da prática desses atos ou pagamentos. Rompe-se, assim, com o que foi a prática até este momento, nas alterações ao Regulamento das Custas Processuais, que apenas eram aplicáveis aos processos iniciados após a respetiva entrada em vigor, causando assim uma multiplicação de regimes, consoante a data de início dos processos.

No que respeita à sanção da litigância de má-fé, que anteriormente estava sujeita ao limite máximo de 10 UC, a nova Lei fixa a medida abstrata da multa a aplicar em entre 2 e 100 UC.

São, ainda, feitas algumas correções ao regime anterior, das quais uma das mais relevantes é a revogação da conversão da taxa de justiça paga em pagamento antecipado de encargos, passando os encargos a ser pagos pela parte requerente ou interessada imediatamente ou no prazo de 10 dias a contar da notificação do despacho que ordene a diligência, determine a expedição ou cumprimento da carta rogatória ou marque a data da audiência de julgamento.

É também aditado um artigo que enumera as situações em que há dispensa de pagamento da segunda prestação da taxa de justiça, entre as quais se incluem as ações que terminem antes de oferecida a oposição ou em que, devido à sua falta, seja proferida sentença. O momento de pagamento da segunda prestação da taxa de justiça é, ainda, definido (10 dias a contar da notificação para a audiência final), o que o Decreto-Lei n.º 52/2011, de 13 de abril (que a introduziu) não tinha feito.

São, para além disso, alteradas as normas referentes à taxa de justiça em processo penal e contra-ordenacional, fixando-se os momentos de pagamento e as sanções e preclusões processuais para o não pagamento.

As tabelas I, II, III e IV anexas ao Regulamento das Custas Processuais, que contém os valores das taxas de justiça e encargos a pagar, são, também, alteradas.

Por último, a Lei contém uma norma, com a epígrafe de «Incentivo à extinção da instância», que determina, relativamente aos processos que tenham dado entrada no tribunal até à data de publicação da Lei n.º 7/2012 (ou que resultem da apresentação à distribuição de providências de injunção requeridas até à mesma data), e que venham a terminar por extinção da instância em razão de desistência do pedido, desistência da instância, confissão do pedido ou transação apresentadas até um ano após a data de entrada em vigor da Lei n.º 7/2012, a dispensa do pagamento das taxas de justiça e dos encargos devidos pela parte ou partes que praticaram o ato que levou à extinção da instância. Nestes casos, não há, no entanto, restituição do que já tiver sido pago a título de custas.

A Lei n.º 7/2012 entra em vigor 45 dias após a data da sua publicação.

### **Alteração ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas**

#### *Lei n.º 16/2012, de 20 de abril de 2012 (DR 79, SÉRIE I, de 20 de abril de 2012)*

A Lei n.º 16/2012 vem alterar o CIRE pela sexta vez, criando um novo processo especial de revitalização de devedores em dificuldades ou em situação de insolvência iminente e introduzindo várias alterações noutros domínios, entre as quais são de destacar as seguintes:

(a) A redução de prazos processuais, entre os quais (i) o prazo para os devedores se apresentarem à insolvência, que passa a ser de 30 dias; (ii) o prazo para a realização da reunião da assembleia de credores, que passa a ser de 60 dias após a declaração de insolvência; (iii) o prazo para a impugnação da resolução de negócios jurídicos em benefício da massa insolvente, que passa a ser de 3 meses; e (iv) o prazo para reclamar créditos em ação de verificação ulterior de créditos, que passa a ser de 6 meses;

(b) As pessoas afetadas pela qualificação da insolvência como culposa incorrerão na obrigação de indemnizar, pessoal e solidariamente, os credores prejudicados pelo estado de insolvência;

(c) A resolução em benefício da massa insolvente não abrangerá negócios celebrados previamente aos dois anos que antecederem o início do processo de insolvência; e

(d) As ações executivas contra o devedor, suspensas em resultado da declaração de insolvência, extinguir-se-ão após o rateio final e sempre que a massa insolvente seja insuficiente para satisfazer as custas do processo e as restantes dívidas da massa.

Por outro lado, o processo especial de revitalização, constante dos novos artigos 17.º-A a 17.º-I, é um processo urgente que tem como finalidade permitir que devedor que se encontre em situação económica difícil - i.e, com dificuldade séria em cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito - ou em situação de insolvência iminente, mas cuja recuperação ainda seja viável, estabeleça negociações com os respetivos credores para, através de um acordo, operar a sua revitalização.

O processo inicia-se com a manifestação de vontade do devedor, e de pelo menos um dos seus credores, de que pretendem encetar negociações com vista à aprovação de um plano de recuperação, em que poderão participar os demais credores, aos quais é concedido um prazo de vinte dias para reclamar créditos. O prazo das negociações, de dois meses contados do fim do prazo de 5 dias para a impugnação da lista provisória de créditos, é prorrogável por um mês, por acordo entre o devedor e o administrador judicial provisório que pode ser nomeado pelo tribunal. Na pendência do processo, o administrador judicial será também responsável por aprovar atos de especial relevo do devedor, tal como definidos no artigo 161.º do CIRE.

Adicionalmente, o despacho de admissão do processo obstará à instauração de quaisquer ações para cobrança de dívidas contra o devedor e suspenderá as já existentes, bem como os processos de insolvência em que tenha sido requerida a insolvência do devedor, desde que esta ainda não tenha sido declarada.

O plano de recuperação será aprovado se reunir a maioria dos votos prevista no n.º 1 do artigo 212.º do CIRE, sendo o quórum deliberativo apurado com base nos créditos constantes da lista de créditos. Caso o devedor e os credores não cheguem a um acordo para a aprovação do plano, o processo especial de revitalização extingue-se e o devedor fica impedido de recorrer a um novo plano durante dois anos ou, se estiver em situação de insolvência, a mesma será declarada pelo juiz no prazo de três dias úteis.

Acresce que a Lei n.º 16/2012 vem criar um privilégio creditório mobiliário geral a favor dos credores que, no decurso do processo de insolvência, financiem a atividade do devedor, financiamento esse que será graduado com prioridade em relação aos créditos dos trabalhadores. Paralelamente, os negócios jurídicos celebrados no âmbito do processo especial de revitalização serão insuscetíveis de resolução em benefício da massa insolvente.

Por último, é de realçar que o processo especial de revitalização pode também iniciar-se mediante a apresentação de um plano extrajudicial de recuperação, assinado pelo devedor e por credores que representem, pelo menos, a maioria de votos prevista no n.º 1 do artigo 212.º do CIRE, havendo lugar, nesse caso, a uma tramitação simplificada.

## 2 · JURISPRUDENCIA

**Plazo general de prescripción de la acción de reclamación a los socios por las deudas sociales contraídas antes de la extinción de la sociedad y no satisfechas en la liquidación**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de diciembre de 2011*

El objeto del proceso versó sobre reclamación de cantidad en relación con una liquidación de operaciones de reaseguro, planteándose el conflicto económico entre dos entidades aseguradoras que habían celebrado un contrato de traspaso de la cartera de pólizas de seguro y reaseguro. No obstante, en casación la cuestión controvertida se reduce al debate sobre la prescripción extintiva de las acciones ejercitadas. Así, el único motivo admitido del recurso de casación denuncia la infracción del artículo 123 de la ya derogada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en relación con el artículo 1968.2 del Código Civil.

En el cuerpo del motivo se combinan alegaciones relativas a (i) la responsabilidad de los liquidadores sociales, con (ii) otras vinculadas a la responsabilidad de los socios por el pasivo sobre-



venido (deuda social) que, originado antes de la extinción de la sociedad, no fue satisfecho en la liquidación por desconocerse su existencia.

Se trata de dos acciones diferentes, aunque se ejercitaron conjuntamente, acumulándolas en forma alternativa: la admisión de una de ellas excluía el examen de la otra. La sentencia impugnada acoge explícitamente la pretensión de responsabilidad de los socios, siendo en la prescripción de esta acción en la que centra la sentencia objeto de análisis.

El artículo 123.2 de la LSRL (actualmente, el artículo 399 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) dispone que «los antiguos socios responderán solidariamente de las deudas sociales hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación, sin perjuicio de la responsabilidad de los liquidadores en caso de dolo o culpa».

La acción de que se trata no exige, como requisito para poder prosperar, una reapertura del proceso de liquidación ni la existencia de fraude ni culpa subjetiva. Es suficiente con que (i) se acredite la existencia del crédito; que (ii) se ejercite la acción por el titular del crédito, o persona legitimada, y que (iii) se dirija contra el socio o socios que se han beneficiado del saldo positivo de la liquidación social, y hasta el límite de lo recibido como cuota de liquidación.

Dispone la sentencia que «sobre el fundamento del precepto (que se recoge en los sistemas latinos, y no en el alemán) existen diversas posturas, con variadas perspectivas jurídicas. Se habla de asunción por los socios de la posición de la sociedad, asunción de garantía de las deudas sociales pendientes, sucesión del socio en la sociedad extinguida (de modo similar a lo que sucede con las sucesiones hereditarias a beneficio de inventario), subrogación ex lege, enriquecimiento sin causa, y de afectación preferente del patrimonio social al pago de las deudas sociales. En cualquier caso es una obligación legal para cuya efectividad no hay un plazo especial de prescripción extintiva, por lo que, la acción, como personal, queda sujeta al plazo general de quince años del art. 1964 del Código Civil».

Por tanto, según el criterio de nuestro alto Tribunal en esta resolución, los socios responden de las deudas sociales de las que sean responsables y no se hayan satisfecho en el periodo de liquidación, aun después de extinguirse la sociedad. El plazo para exigir tal responsabilidad es de quince años, de conformidad al artículo 1964 del Código Civil, al no existir plazo especial de prescripción.

**Alcance del derecho de información de los socios: tienen derecho a examinar no solo las cuentas anuales y el informe de gestión, sino también el detalle de los justificantes contables en que se basan los documentos sometidos a aprobación y el detalle de las retribuciones contempladas en las cuentas anuales**

*Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de noviembre de 2011 y de 21 de noviembre de 2011*

Analizamos de forma conjunta estas dos sentencias del alto Tribunal, en las que recientemente se ha analizado y desarrollado el derecho de información de los socios, concluyendo en ambas que su alcance va más allá de la mera posibilidad de examinar los documentos que formalmente se someten a su aprobación. En concreto, estas sentencias determinan con claridad que la sociedad debe permitir a los socios que examinen el detalle de los documentos y conceptos que sirven de base a los apuntes que consten en las cuentas anuales y en el informe de gestión, a fin de que puedan formar su voto oportunamente y se les posibilite realizar un verdadero control sobre los gestores de la compañía.

En el caso resuelto por el TS el 30 de noviembre de 2011, se interpuso demanda de impugnación de los acuerdos sociales adoptados en junta general por parte de dos accionistas de una sociedad anónima, por entender vulnerados sus derechos de información, al no haberles facilitado la sociedad documentación contable que solicitaron antes de la celebración de la junta y que estaba relacionada con las cuentas.

Si bien el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid desestimó la demanda, entendiendo que los accionistas habían solicitado información contable que excedía del derecho de información, por considerar que los socios no tienen derecho a indagar sobre los documentos contables, posteriormente la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>) estimó parcialmente la demanda, considerando vulnerado el derecho de información de los accionistas, al haberse denegado el examen de documentación prevista en el artículo 212.2 de la LSA. Dicho precepto establece que, a partir de la convocatoria de la junta, cualquier socio podrá obtener para su examen los documentos que han de ser sometidos a aprobación y, en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas.

La sociedad interpuso recurso de casación por infracción de los artículos 112 y 212 de la LSA, alegando que excede el derecho de información la solicitud de los documentos contables en que se basan las cuentas anuales y el acceso de los accionistas a documentación no sometida a aprobación.

La Sala desestimó el recurso de casación, razonando que, aunque existe una creciente profesionalización de los órganos de administración y la sujeción de las cuentas a un estricto régimen de contabilidad imperativo ha obligado a una correlativa profesionalización de su control, por parte de auditores profesionales externos, son los socios, y no los auditores, los que tienen atribuida la facultad de aprobar las cuentas y la gestión. Por ello, además de tener derecho a examinar y obtener los documentos enumerados en el artículo 212.2 de la LSA, también deben facilitárseles las referencias y explicaciones complementarias que sean necesarias sobre los importes detallados en las cuentas anuales. Ya no solo para ejercer su derecho de voto con pleno conocimiento de causa, sino también para que los socios puedan llevar a cabo el razonable control del cumplimiento por los administradores de los deberes de diligente administración, fidelidad y lealtad, en relación con la actividad de la sociedad, reflejada en las cuentas sometidas a la aprobación y en el informe de gestión.

Por su parte, en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 21 de noviembre de 2011 se plantea la siguiente problemática: dos socios titulares de casi una tercera parte de las acciones de una S.A. solicitan a los administradores información (tanto por escrito antes de la junta como verbalmente en dicho acto) en relación con la política de retribución, en concreto sobre las partidas de gastos de personal. La información se les deniega y los socios instan la nulidad de la junta o de los acuerdos adoptados.

La Sala hace un análisis de la doctrina acerca del derecho de información de los socios, recordando que, aunque normalmente reviste carácter instrumental para el voto, se trata de un derecho autónomo. Alude asimismo a sus limitaciones: que la información solicitada tenga relación con el orden del día, que se respeten los requisitos formales, que no se trate de información cuya divulgación pueda afectar al interés social y que no se dé lugar a un abuso de derecho.

Con esos antecedentes, el alto Tribunal concluye que, *a priori*, los accionistas pueden solicitar información adicional sobre las cuentas anuales, ya que estas en ocasiones no permiten conocer las partidas que han dado lugar al sumatorio. En el plano concreto de la política de retribución, afirma que esta solicitud es pertinente, puesto que puede ayudar a detectar posibles nepotismos. Se hace referencia, además, a que los socios solicitantes tienen más del 25% de los votos (art. 112.4 LSA).

Por último, es interesante destacar que en esta sentencia se desestima la alegación referente a la vulneración de la intimidad que se produciría, según el recurrente, al desvelar estos datos. A fin de denegar este argumento, el TS hace referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional, que determina que las retribuciones de un trabajador no entran dentro de la esfera de la inviolabilidad de la persona. Asimismo, menciona la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, que autoriza cesiones cuando la Ley lo permite (en este caso, la LSA), resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos y una sentencia de la Sala de lo Social del TS que determina también que el salario no es un dato de carácter personal susceptible de reserva.

**Aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo»: inscripción de embargo sobre la finca de una persona distinta a la del apremiado**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de noviembre de 2011*

El origen de este recurso de casación se encuentra en la negativa de un registrador de la propiedad a inscribir una anotación preventiva de embargo acordado en un procedimiento administrativo de apremio por deudas tributarias. El motivo para tal negación es que las fincas estaban inscritas a favor de una sociedad y no a nombre de la persona física del referido procedimiento de apremio.

La DGRN revocó la resolución del registrador por cuanto existía una resolución judicial de tercería de dominio sobre las fincas que establecía que la aportación de las fincas de la persona física a la sociedad había sido un acto ficticio. El registrador interpuso demanda frente a la referida resolución de la DGRN instando su revocación.

Así las cosas, en el seno del procedimiento judicial, la resolución objeto de debate fue declarada nula en la primera instancia, fallo que fue rebatido en su integridad en sede apelación, al declararse válida la resolución de la DGRN.

El registrador de la propiedad interpuso recurso de casación por interés casacional fundamentado en la infracción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y la jurisprudencia que lo interpreta.

La controversia fue resuelta por el TS señalando que la sentencia de apelación no se opone a la doctrina del Tribunal porque la doctrina que hay que considerar no es únicamente la relativa al ámbito de la tercería de dominio y atenuación del rigor del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, sino también la necesidad de levantar el velo de la persona jurídica cuando su creación persigue finalidades fraudulentas como en este caso.

**No puede rescindirse la hipoteca constituida por la concursada en garantía de un crédito si, simultáneamente, no se solicita la rescisión de la operación de crédito**

*Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona de 1 de febrero de 2012*

El supuesto enjuiciado versa sobre la rescisión de la garantía prestada por una sociedad de un grupo de empresas, a favor de otra que también pertenece a él, con motivo de la formalización de un contrato de crédito.

Por parte de la Administración concursal, se ejercitó una acción de rescisión de la garantía constituida por la concursada (hipotecante no deudora) a favor de una empresa de su mismo grupo.

La demandante considera que este afianzamiento supone un acto a título gratuito y, en consecuencia, solicita su rescisión al amparo de lo previsto en el artículo 71.2 de la Ley Concursal. Subsidiariamente, y para el caso de que se considerase oneroso el afianzamiento, la Administración Concursal solicita su rescisión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71.3<sup>º</sup>.1<sup>º</sup> de la Ley Concursal.

A la acción ejercitada por la Administración concursal, la concursada y la fiadora se allanan, oponiéndose la entidad financiera que concedió los fondos.

La entidad financiera considera que el afianzamiento prestado, con carácter simultáneo a la concesión de unos fondos, no es susceptible de ser considerado como perjudicial. Y, aun cuando no se entendiese así, defiende la demanda que si se produce la rescisión de la garantía debe hacerse lo propio con el contrato de crédito del que trae causa. La razón es que esta —la garantía formalizada— constituyó un elemento relevante para la celebración del contrato.

La resolución defiende que la rescisión conlleva la recíproca restitución de prestaciones y que, en consecuencia, si se pretende restaurar la situación previa a la realización del acto que se entiende perjudicial, deberá rescindirse el contrato de crédito también, no solo la garantía. De lo contrario, se produciría una situación inédita, puesto que la entidad financiera nunca hubiera prestado su consentimiento para la celebración de este contrato de crédito si no se hubiese constituido la garantía cuya rescisión se pretende.

**Competencia judicial para conocer de acciones con trascendencia para el patrimonio del deudor concursado, cuando se encuentra en fase de cumplimiento del convenio**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de enero de 2012*

Entiende el TS que, si bien la aprobación del convenio no supone la conclusión del procedimiento concursal, que queda condicionada a la declaración firme de su cumplimiento (artículo 176.1.2.º en relación con el artículo 141, ambos de la Ley Concursal), y pese a determinar el artículo 8 de esta Ley que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en materia de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, las normas contenidas en el título III de la Ley Concursal («Efectos de la declaración de concurso») permiten concluir que el juez del concurso deja de tener la competencia para el conocimiento de este tipo de acciones, desde que se decreta la firmeza de la sentencia que aprueba la propuesta de convenio.

Además, razona el alto Tribunal que esta interpretación se encuentra en armonía con que durante ese espacio temporal (cumplimiento del convenio) el concursado recupere su actividad profesional o empresarial a través precisamente del convenio.

Entiende el TS que, desde la aprobación de la propuesta de convenio, cesarán temporalmente los efectos propios de esta situación de insolvencia. Sin embargo, no será hasta que se declare judicialmente el cumplimiento del convenio o, en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación, cuando se entienda finalizado el procedimiento concursal.

**El valor de la garantía y su equivalencia con la financiación concedida. El concepto de «sacrificio patrimonial» causado por la constitución de la garantía debe tenerse en cuenta en todo caso al valorar el perjuicio analizado en las acciones de reintegración**

*Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de Madrid, de 8 de marzo de 2012*

El supuesto enjuiciado examina el carácter perjudicial de una hipoteca constituida para garantizar deuda preexistente conforme al supuesto establecido en el artículo 71.3.2.º de la Ley Concursal.

El interés de la sentencia radica en el análisis del sacrificio patrimonial causado por la constitución de la garantía atacada mediante la acción de reintegración, que debe tenerse en cuenta en todo caso a la hora de analizar el perjuicio causado por la hipoteca. En este sentido, la resolución reproduce el criterio del «sacrificio patrimonial justificado» implantado por la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 6 de febrero de 2009 [Ref. Aranzadi JUR 2009/172445].

Así, aunque la hipoteca atacada garantizara deuda preexistente y el acreedor viera privilegiarse su crédito ordinario en fechas próximas al concurso —tres meses antes de su declaración— debe atenderse en todo caso al valor de la garantía y al efectivo sacrificio patrimonial de la masa activa de la concursada, así como al equilibrio de las prestaciones, elementos que supusieron la desestimación de la acción de reintegración.

Igualmente, resulta interesante cómo el Juzgado analiza las condiciones económicas del préstamo concedido —que resultaban más ventajosas que la póliza refinanciada con él— a pesar de que la acción de la administración concursal ataca únicamente la garantía hipotecaria y no el préstamo.

**La acreditada pertenencia a un mismo grupo empresarial supone la ausencia de gratuidad de las garantías constituidas a favor de otra sociedad del grupo. Imposibilidad de atacar las garantías de forma independiente del negocio jurídico garantizado**

*Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Castellón, de 27 de marzo de 2012*

La sentencia analiza un supuesto de reintegración bastante frecuente en la práctica concursal: la rescisión de garantías por ser consideradas constituidas a favor de terceros, es decir, a título gratuito, conforme a la presunción *iusuris et de iure* recogida en el artículo 71.2 de la Ley Concursal.

En este caso, la administración concursal solicitó la rescisión de una fianza otorgada por una sociedad en favor de otra de su mismo grupo, por considerarla constituida a título gratuito, al no existir contraprestación para la sociedad que prestó su fianza personal.

Sin embargo, como sucede en el presente caso, la supuesta «ajenidad» de la deuda respecto del titular que aporta la garantía puede ser discutida si se consigue acreditar que entre el beneficiario de la financiación y el que aporta la garantía se mantiene una relación societaria o de grupo, o si, por motivo de la operación, el titular de la garantía percibe un beneficio de ella.

La sentencia considera acreditada la ausencia de gratuidad de la constitución de la garantía y el beneficio experimentado por su titular, y afirma que «las mercantiles en concurso compartían administrador único y socios, lo que evidentemente suponía unidad de actuación, gestión, decisión e intereses».

Asimismo, la resolución entiende inatacable únicamente la fianza, al no atacarse también el préstamo, dado que en el caso de no haber contado con la referida garantía del fiador, la entidad del crédito no habría concedido la financiación a la prestataria. La resolución resulta sumamente ilustrativa, ya que incluso aplica la cláusula *rebus sic stantibus* para afirmar que la rescisión únicamente de la fianza y no del préstamo supondría un cambio en las condiciones del negocio jurídico, considerando improcedente la rescisión de la garantía.

Así, la sentencia sigue la estela de resoluciones tales como la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo, de 18 de febrero de 2010 [ac 2010/525], y la reciente sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona, de 1 de febrero de 2012 [Referencia LA LEY 3963/2012], que defienden la imposibilidad de atacar de forma independiente las garantías y, por tanto, la necesidad de que se impugnen de forma conjunta las garantías y el negocio jurídico principal.

**Presunción de culpabilidad por incumplir el deber de solicitar la declaración de concurso, siendo la insolvencia anterior a la entrada en vigor de la Ley Concursal. El interés casacional sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal de los administradores**

En línea con lo anterior, la resolución analizada ahonda en la interpretación más novedosa respecto del incorrecto y abusivo planteamiento de las acciones de reintegración por parte de algunas administraciones concursales, en las que únicamente se trata de rescindir aquellas partes del negocio jurídico consideradas perjudiciales, dejando intactas aquellas otras que se consideran beneficiosas (sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.<sup>a</sup>, de 10 de octubre de 2011 [Referencia Aranzadi AC 2011/2240], y de 3 de febrero de 2012 [Ref. Aranzadi JUR 2012/113729]).

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

En primer lugar, el Tribunal reitera en esta sentencia la doctrina de que la concurrencia de cualquiera de las conductas previstas en el artículo 164.2 de la Ley Concursal («LC») (presunciones *iuris et de iure*) determina irremediabilmente la calificación de concurso culpable, sin que se requiera el dolo o culpa grave del administrador, ni que ese hecho haya generado o agravado la insolvencia (En igual sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2011 [Ref. Aranzadi RJ 2012,1084]).

Ante la alegación de los recurrentes de que los hechos determinantes del alzamiento de bienes o de la insolvencia se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor de la LC, el TS no analiza los argumentos expuestos por la Sala *a quo* para conocer de esta cuestión (evitar una interpretación que conduzca al absurdo, similitud entre el régimen concursal actual y el derogado, admisibilidad de una retroactividad tácita, imposibilidad de inadmitir un vacío normativo, el mantenimiento de la situación una vez entró en vigor, etc.) con base en que la parte no ha combatido expresamente estas causas y, por tanto, no cabe el examen *ex officio* de la sentencia de apelación.

Sí que analiza y declara, en cualquier caso, que el plazo de dos meses previsto en el artículo 5 de la LC debe computarse desde la entrada en vigor de esta Ley (no con carácter retroactivo), por lo que, una vez transcurrido ese plazo habiendo entrado en vigor la Ley y no habiendo solicitado la declaración de concurso, se incurrió en la presunción prevista en el artículo 165.1 del mencionado texto legal.

Por último, conviene destacar que el TS reconoce en esta sentencia la existencia de interés casacional en la interpretación del artículo 172.3 de la LC —que determina la posibilidad de condenar a los administradores de la concursada a pagar a los acreedores el importe de los créditos que no se cubra con la masa activa del concurso— por entender que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

En este caso, los recurrentes esgrimían que las Audiencias Provinciales se dividían en dos tesis acerca de la aplicación de este precepto: la subjetiva, aquellas que exigen que, además de la existencia de las causas legales, concurren otras circunstancias tales como dolo o negligencia grave del administrador y que esos actos hayan sido la causa de que los acreedores no pudieran cobrar sus créditos en la liquidación; y la objetiva, que imponen a los administradores de forma automática la obligación de abonar a los acreedores impagados por el mero hecho de que el concurso sea declarado culpable. La Sala del TS va más allá y admite que la disparidad de las Audiencias Provinciales se produce no solo en ese punto, sino en diversos aspectos.

Sin embargo, el alto Tribunal no ha resuelto esta cuestión ni ha declarado doctrina por concurrir un defecto formal (la recurrente no fijó los puntos de controversia y de qué modo pudo afectar al pleito). No obstante, la sentencia recuerda que ya se ha pronunciado sobre algunos de esos aspectos controvertidos. Entre otros, se destacan sus pronunciamientos sobre la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad de los administradores *ex* artículo 173.2 de la LC (Sentencias de 23 de febrero de 2011 [Ref. Aranzadi RJ 2011,2475] y de 12 de septiembre de 2011 [Ref. Aranzadi RJ 2011,6416]); o al respecto de que la condena a abonar a los acreedores impagados en la liquidación requiere de una justificación añadida a que el concurso sea declarado culpable, y ello a la luz de los elementos objetivos y subjetivos de la conducta del administrador (sentencia de 6 de octubre de 2011 [Ref. Aranzadi RJ 2012,1084]).

**Admisión de medida cautelar inaudita parte consistente en la prohibición de ejecutar un aval a primer requerimiento, para no perjudicar el fondo de lo discutido en el procedimiento principal**

*Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Castellón, de 28 de febrero de 2012*

Considera el Juzgado que, a pesar de que las garantías a primera demanda deben ser satisfechas por el garante con la sola reclamación del beneficiario, el primero puede oponer ciertas excepciones tendentes a acreditar que, en caso de contienda judicial, el avalado ha cumplido su obligación, exonerándose así del pago.

Este criterio, sentado por la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 17 de septiembre de 2008 y, posteriormente, ratificado en el auto de la Audiencia Provincial de Castellón de 30 de julio de 2010, ha supuesto una flexibilización en lo que a la oposición de excepciones al pago de la garantía se refiere.

Además, y como ha señalado el TS (sentencias de 30 de marzo y 5 de julio de 2000 y de 12 de noviembre de 2003), la posibilidad de oponerse a la ejecución de la garantía se ha mitigado en aras de la protección del principio de buena fe contractual (previsto en el artículo 1258 del Código Civil), y para evitar el enriquecimiento injusto de una de las partes. De esta forma, entiende el alto Tribunal que, cuando la controversia se suscita entre el garantizado y el beneficiario, no existe razón legal alguna que impida a las partes solicitar la suspensión de la garantía con el fin de no frustrar el fondo de lo discutido en el litigio principal.

En este caso concreto, de la acción ejercitada en el procedimiento principal (de resolución contractual e indemnizatoria) se desprende una apariencia de buen derecho en lo que al cumplimiento de las obligaciones del garantizado y parte demandante se refiere.

De igual modo, considera el Juzgado que el hecho de que los socios de la parte demandada y beneficiaria de la garantía a primer requerimiento sean Administraciones públicas de una solvencia muy limitada supone un riesgo (peligro por mora procesal) que puede poner en entredicho la eficacia del fallo que recaiga en el procedimiento principal. En este sentido, el auto considera admisible que se suspenda la ejecución de la garantía para evitar un pago que no es debido y que, en atención a la situación financiera de su perceptor, existen serias dudas de que pueda ser restituido.

Por todo ello, se deniega la ejecución de las garantías bancarias a primer requerimiento, y se acuerda librar los despachos oportunos a la entidad bancaria para que no atienda ningún requerimiento de pago de estas garantías, al considerar que ello puede poner en entredicho la efectividad del fallo que se dicte en el procedimiento principal.

**[Portugal]**

**Ações de Investigação da Paternidade - Processos Pendentes**

*Acórdão n.º 24/2012 - Tribunal Constitucional (DR 41, SÉRIE II, de 27 de fevereiro de 2012)*

Notificado do acórdão do TC que não julgou inconstitucional a norma do artigo 3.º da Lei n.º 14/2009, de 1 de abril, que manda aplicar aos processos pendentes à data da sua entrada em vigor o prazo previsto na nova redação do artigo 1817.º do CC, o MP interpôs recurso desta decisão para o plenário, invocando oposição do referido acórdão com outro que tinha julgado inconstitucional essa mesma norma, por violação do n.º 3 do artigo 18.º da CRP, que proíbe a retroatividade das leis restritivas de direitos, liberdades ou garantias.

O MP, na sua alegação, sustentava a inconstitucionalidade da referida norma do CC, por não acautelar o conteúdo essencial do direito ao desenvolvimento da personalidade, violando o direito, anteriormente existente, ao reconhecimento da paternidade.

A Lei n.º 14/2009, de 1 de abril, procedeu à alteração dos artigos 1817.º e 1842.º do CC, introduzindo um novo regime de prazos aplicável às ações de investigação de maternidade e paternidade e, bem assim, à ação de impugnação de paternidade. O artigo 3.º do referido diploma legal dispõe que o mesmo é aplicável aos processos pendentes à data da sua entrada em vigor.

Antes da entrada em vigor da Lei n.º 14/2009, de 1 de abril, o n.º 1 do artigo 1817.º do CC estabelecia um prazo de caducidade para a proposição de ação de investigação de maternidade (e



de paternidade, por força do artigo 1873.º do CC) de dois anos após a maioridade ou emancipação do investigante. No entanto, o TC, no seu acórdão n.º 23/2006, publicado em 8 de fevereiro de 2006 (DR 28, 1.ª Série-A), declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da referida norma, por violação dos artigos 16.º, n.º 1, 36.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2, da CRP. Posteriormente à referida declaração de inconstitucionalidade, perante dúvidas que se levantaram quanto ao Direito vigente sobre a questão, o entendimento jurisprudencial foi o de aceitar a imprescritibilidade de tais ações, que assim se tornariam, portanto, cognoscíveis a todo o tempo.

A Lei n.º 14/2009, de 1 de abril, veio perturbar esse entendimento, estabelecendo, na nova redação que confere ao n.º 1 do artigo 1817.º do CC, que as ações de investigação de paternidade só podem ser interpostas durante os dez anos subsequentes à maioridade ou emancipação do investigante.

O que estava em causa — e o que o TC apreciou —, não era a questão da conformidade do prazo de caducidade de 10 anos para a proposição de ações de investigação de paternidade com a CRP, mas sim saber se é constitucionalmente proibida a atribuição de efeitos retroativos ao novo regime, legalmente fixado, de caducidade.

Passando à análise da questão, o TC observou que a circunstância de a lei prever um certo prazo para a caducidade da ação de investigação pode ter como consequência a impossibilidade, para o investigante, de vir a constituir o vínculo de paternidade ao qual aspira. Portanto, os prazos da caducidade das ações de investigação da paternidade podem, em si mesmos, vir a afetar negativamente e de forma intensa posições jurídicas constitucionalmente tuteladas, nomeadamente, nos artigos 26.º e 36.º.

O TC prossegue afirmando que o n.º 3 do artigo 18.º da CRP limita a afetação negativa de posições jurídicas, na medida em que dispõe que as leis que afetem negativamente posições jurídicas subjetivas que tenham a natureza de direitos, liberdades e garantias não podem fazer retroagir, para o passado, os seus efeitos.

O TC conclui, portanto, que, ao determinar que o novo regime de caducidade das ações de paternidade se aplica a eventos pretéritos, o artigo 3.º da Lei n.º 14/2009, de 1 de abril, está ferido de inconstitucionalidade, por violação do princípio da confiança, ínsito no princípio do Estado de direito, consagrado no artigo 2.º da CRP.

#### **Qualificação da insolvência como culposa por factos ocorridos após a sua declaração**

#### ***Acórdão n.º 70/2012 - Tribunal Constitucional (DR 51, SÉRIE II, de 12 de março de 2012)***

A decisão em apreço resultou do recurso interposto pelo MP de uma decisão do TRG, que recusou, com fundamento em inconstitucionalidade, a aplicação do artigo 186.º, n.º 2, alínea i) do CIRE, que determina a presunção como culposa da insolvência em que os administradores do devedor incumprem, de forma reiterada, os seus deveres de apresentação e de colaboração, até à data da elaboração do parecer do administrador de insolvência com a proposta de qualificação da insolvência.

Entendeu o TRG que, não obstante ter ficado provado que o sócio-gerente não tinha fornecido ao administrador da insolvência os elementos constantes do artigo 24.º, n.º 1, do CIRE, nem informado os autos de qualquer dado relevante, não se poderia operar a cominação prevista no artigo 186.º, n.º 1, i.e., a qualificação da insolvência como culposa. Isto porque a consequência de qualificação da insolvência como culposa, por faltas cometidas após o início do respetivo processo, e mesmo depois de a insolvência estar decretada, é violadora do princípio do Estado de Direito Democrático, e do princípio da proporcionalidade, constante do artigo 13.º da CRP, bem como do princípio da igualdade, uma vez que sujeita às mesmas consequências legais, por um lado, os atos praticados em tal fase e, por outro lado, os que estão na origem ou agravamento da situação de insolvência.

Através de voto de vencido, ficou salientado não ser despiciendo que a falta de colaboração possa implicar perda de bens que deveriam ser apreendidos, agravando a situação de insolvência.



O TC considerou que as várias alíneas do n.º 2 do artigo 186.º não formam um bloco homogéneo e que a insolvência culposa está sujeita a um regime próprio, punitivo e dissuasor de práticas violadoras de deveres funcionais dos administradores. Do mesmo modo, o TC não viu diferença substancial (e violadora do princípio da igualdade) entre o objetivo de prevenção (i) de atos geradores da situação de insolvência ou (ii) de omissões que, depois da situação estar criada, obstaculizam o andamento do respetivo processo ou conduzem a um agravamento de tal insolvência.

O TC teve nomeadamente em conta que a inserção sistemática da alínea i) do n.º 2 do artigo 186.º do CIRE se justifica na medida em que funciona como «norma de salvaguarda» do regime da insolvência culposa, pois a falta de colaboração do obrigado pode impedir a própria aplicação do regime, quando tal se justifique.

Adicionalmente, entendeu o TC que uma sanção de natureza pessoal (incidente no âmbito profissional em que se verificou a falta de cumprimento), temporária e a fixar pelo juiz dentro de uma ampla moldura, não é desproporcionada, considerando o relevo e o significado para o processo de insolvência dos deveres em causa e que o comportamento sancionado descredibiliza para o exercício da função quem nele incorre.

Nestes termos, o TC ordenou a reforma da decisão recorrida e não julgou inconstitucional a norma da alínea i) do n.º 2 do artigo 186.º do CIRE.

## PROCESAL PENAL\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [España]

#### Circular de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente y urbanismo

*Circular de la Fiscalía General del Estado 7/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente y urbanismo*

La Circular de la Fiscalía General del Estado 7/2011, de 16 de noviembre, ofrece criterios interpretativos útiles para la aplicación coordinada de los preceptos afectados por la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 en materia de medio ambiente y urbanismo. Dichas reformas se inspiran en dos Directivas comunitarias: (1) la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal; y (2) la Directiva 2009/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE, relativa a la contaminación procedente de buques. En concreto, la Circular se refiere a las reformas practicadas en los siguientes preceptos del CP:

#### *Delito contra la ordenación del territorio cometido por un profesional*

Se amplían las conductas típicas. Frente a la «construcción no autorizada» y la «edificación no autorizable», la nueva redacción contempla como punibles las «obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables». Ya la jurisprudencia de la redacción anterior comprendía cualquier alteración sustancial, con vocación de permanencia, de los elementos geográficos del terreno afectado, por lo que se entendían incluidas las obras de urbanización. Por otro lado, se habla de «obras de construcción...» para que no quede duda acerca del momento de consumación, que se adelanta. Más problemática es la expresión «obras no autorizables». La jurisprudencia había advertido que, cuando se realiza una construcción, el carácter delictivo viene dado no solo por no estar autorizada, sino por no ser siquiera autorizable. No

se trata por tanto de una interpretación con vistas al futuro (que haría depender absurdamente la tipicidad penal de la política urbanística de las Administraciones locales), sino a la ilegalidad de la edificación en el momento en el que se realiza. Es decir, no basta solo la edificación sin licencia, sino que es necesario que además no hubiera sido posible dicha autorización. Esto significa que los cambios en el planeamiento urbanístico posteriores a la comisión del delito no hacen inejecutable una sentencia de condena que prevé la demolición de la obra como consecuencia civil derivada del delito. En este punto, la Circular hace un importante llamamiento al propio Ministerio Fiscal a evitar conformidades en las que el acuerdo consista en dejar de exigir la demolición de lo ilegalmente construido o edificado, pues ello favorece la sensación de impunidad en delitos sobre la ordenación del territorio. Señala también la Fiscalía General que resulta sorprendente la referencia al comiso en el apartado tercero del precepto, dado que la institución viene regulada de manera expresa en el artículo 127 CP y su previsión lleva a equívoco, pues parece dar a entender que funciona en la práctica a modo de opción subsidiaria a la demolición, cuando no debería ser así, dado que se trata de medidas de naturaleza distinta y la subsidiariedad podría llevar a posibles delitos de receptación.

#### ***Delito contra la ordenación del territorio cometido por un funcionario***

En este caso se amplía el ámbito de los objetos sobre los que recae la conducta típica. Así, se incluyen los términos «*instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación*». Además, señala la Fiscalía General que en la redacción previa el precepto parecía incompleto al no contemplarse la hipótesis de responsabilidad omisiva. En cuanto a la penalidad, la nueva redacción del precepto contempla que las penas de multa y privación de libertad sean cumulativas, y no ya alternativas.

#### ***Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente: medio marino***

Se introduce aquí un nuevo concepto de «alta mar», que comprende las partes del mar que no son mar territorial, ni aguas interiores, ni zona económica exclusiva, ni aguas archipelágicas. La Directiva 2005/35/CE ofrece pautas a seguir en relación con los vertidos y acciones contaminantes según la localización del buque. En este sentido, aclara la Fiscalía General que no debe entenderse que el artículo 325 se centra exclusivamente en los sistemas naturales del territorio o de las aguas españolas, porque no lo entiende así la Directiva. Y, en nuestro sistema interno, añade la Fiscalía General que, en relación con la extensión de la jurisdicción española sobre hechos cometidos fuera del territorio nacional, el artículo 23.4 h) de la LOPJ permite abrir el concepto «alta mar» en materia de medio ambiente.

#### ***Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente: desechos o residuos***

Se trata de uno de los preceptos que más cambios ha sufrido con la reforma del CP, tanto que, salvo el apartado primero, en el que solo cambian las penas, el resto de la norma es completamente nuevo. El apartado segundo establece la misma pena para quienes lleven a cabo la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos, siempre que ello cause o pueda causar la muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales a la calidad del aire, suelo, aguas, animales o plantas. Además, se requiere que la actividad en cuestión se lleve a cabo contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general. El apartado tercero alude a la recogida, transporte, valorización, eliminación o aprovechamiento de residuos, en similares términos de peligrosidad, incluyendo expresamente la figura de la comisión por omisión. El apartado cuarto se refiere al traslado de una cantidad importante de residuos, esta vez sin referencia alguna a la producción de peligro grave. En este punto, la Fiscalía General apunta que se trata de supuestos que posiblemente exigirán una investigación coordinada con autoridades situadas fuera del ámbito territorial europeo, y recuerda asimismo que nuestros Tribunales no se han pronunciado acerca de lo que se considera una cantidad «importante», y aconseja que habrá que afrontar la interpretación del concepto aplicándole idéntico planteamiento al de «peligro grave». Finalmente, el apartado quinto recoge el

supuesto de causación efectiva de un resultado lesivo constitutivo de delito, que será apreciable en relación con el resto de apartados del precepto a excepción del cuarto, en el que no aparece referencia al riesgo o peligro.

#### *Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente cometido por un funcionario*

La novedad introducida es la referencia a «*la autoridad o funcionario público... que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio*». Antes, la regulación omisiva se limitaba a la conducta de «*silenciar en la inspección la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general*», pero no se hacía referencia, incomprensiblemente, a la omisión de inspecciones, que ahora se añade a la anterior conducta por influjo de la labor jurisprudencial.

#### *Delitos contra la flora y fauna amenazadas*

El artículo 334 incorpora la referencia a «*la destrucción o alteración grave de los hábitats*», un término este último que debía haber sido incluido antes en el precepto con el fin de equiparar terminológicamente los artículos 332, sobre flora amenazada, y 334, sobre fauna amenazada. En ambos casos, las especies, para poder ser consideradas amenazadas, tienen que haber sido incluidas en el catálogo correspondiente. En este sentido, nuestro TS ha interpretado restrictivamente el término «*especies amenazadas*», excluyendo de tal consideración a las de interés especial (que sí aparecían reguladas como categoría de especie amenazada en el RD 439/1990, de 30 de marzo). No obstante, en ocasiones ha incluido a especies no contempladas en el catálogo por considerarlas, a pesar de ello, «*materialmente amenazadas*». La Ley 42/2007, en cambio, inaugura un panorama distinto al anterior, pues contempla la creación de un Listado de especies silvestres en régimen de protección especial de carácter nacional, catálogo recogido en el RD 139/2011, de 4 de febrero. De especial interés resulta el hecho de que la inclusión, exclusión o cambio de categoría de una especie en el listado puede hacerse tanto por parte de la Administración como a instancia de particulares u organizaciones. El listado además ofrece a las especies no incluidas una protección equiparable a la que hasta ahora se dispensaba a las «*especies de especial interés*» del catálogo anterior. Finalmente, en relación con el artículo 333, este no ha sufrido modificación en cuanto a su contenido, salvo el añadido relativo a la pena de inhabilitación especial de uno a tres años, que antes no se contemplaba. No obstante, advierte la Fiscalía General que en este extremo hay que tener presente que actualmente el Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino está elaborando un catálogo español de especies exóticas invasoras y con potencial invasor, al que en el futuro los fiscales podrán remitirse en la aplicación del precepto.

#### *Delito de caza o pesca ilegales*

Se sustituye la expresión «*caza o pesca no expresamente autorizada*» introducida en 2003 por la actual «*expresamente prohibido*». Dichos términos deben entenderse aplicables al supuesto de caza o pesca de especies declaradas por las Comunidades Autónomas como piezas de caza o pesca en general, pero posteriormente prohibidas o con una prohibición específica respecto a un determinado número de ellas o en una zona. Asimismo, aclara la Fiscalía General que es atípica la conducta consistente en la caza o pesca de una especie de caza legal cuando se realice fuera de los periodos hábiles para ello.

---

\* 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, Paula Adrega Flor, Rita Castanheira Neves, Tiago Simões de Almeida, del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

*Delito de maltrato de animales domésticos o amansados*

Presenta dos novedades. En primer lugar, se suprime el término «ensañamiento», que dejaba extramuros del tipo conductas merecedoras de reproche penal. Además, el antiguo precepto hacía referencia al ensañamiento injustificado, como si existiera un margen para justificar el maltrato cruel. En segundo lugar, se incluye en la redacción legal, junto a los animales domésticos, a los «amansados». Este último concepto incluye a los animales que, aun siendo silvestres, han sido dominados por el hombre hasta el punto de habituarse a su compañía y depender de él para su subsistencia. Ya antes de la reforma se consideraba a los animales amansados como domésticos. Por otro lado, el nuevo precepto no limita el resultado de las lesiones al grave menoscabo físico del animal, sino que utiliza un concepto amplio, como es la salud de este. Resulta indudable, apunta la Fiscalía General, la posibilidad de admitir la comisión por omisión, al hacer el precepto expresa referencia a «*por cualquier medio o procedimiento*», por lo que tendrán cabida los casos cada vez más frecuentes de grave falta de atención y cuidado de los animales.

**[Portugal]**

**Direitos de Autor e  
Conexos -  
Aproveitamento de  
Obra Contrafeita ou  
Usurpada**

*Acórdão n.º 577/2011 - Tribunal Constitucional (DR 24, SÉRIE II, de 2 de fevereiro de 2012)*

A recorrente foi condenada, em primeira instância, na pena de três meses de prisão e 170 dias de multa, tendo a primeira sido substituída pelo número de dias de multa correspondente (90 dias), pela prática de um crime de aproveitamento de obra usurpada, previsto e punível pelos artigos 199.º, n.º 1, do Código dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos («CDADC»), com referência ao artigo 197.º do mesmo Código.

A recorrente interpôs recurso desta decisão para o TRP, defendendo a inconstitucionalidade material do artigo 199.º do CDADC, na parte em que remete para o artigo 197.º do mesmo corpo legislativo, por violação dos seguintes princípios constitucionais: princípio da menor intervenção do direito penal, princípio da subsidiariedade, princípio da dignidade penal, princípio da proporcionalidade (enquanto princípio da necessidade de incriminação) e princípio da culpa. O TRP negou provimento ao recurso.

A recorrente interpôs, então, recurso para o TC, para apreciação da invocada inconstitucionalidade.

O TC começou por referir, no acórdão, que, apesar de lhe competir a fiscalização da observância, pelo legislador, do princípio da subsidiariedade do direito penal, cumpria respeitar a liberdade conformadora que, no plano da definição da política criminal, cabe ao legislador democrático, nos termos de uma adequada separação de poderes. Por essa razão, aduziu o TC, a atividade de fiscalização do TC deve ser restringida a um controlo de evidência, restringindo-se as decisões de inconstitucionalidade aos casos em que, de modo gritante, se excederam os limites à incriminação penal resultantes do princípio da proporcionalidade e da ideia de Estado de direito democrático.

Passando à análise do caso concreto, o TC assinalou que o bem jurídico tutelado pela incriminação em causa reside nos direitos de autor, os quais se apresentam como valores constitucionalmente relevantes. A propriedade intelectual, nos termos da CRP, é, antes de mais, propriedade privada, abrangida no núcleo essencial do direito fundamental de propriedade, nos termos do artigo 62.º, n.º 1, da CRP; por outro lado, a liberdade de criação cultural inclui a proteção legal dos direitos de autor, que surge, assim, integrada no âmbito específico dos direitos, liberdades e garantias e é uma manifestação do direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º1, da CRP).

Acrescenta o TC que a proteção da propriedade intelectual apresenta um carácter fundamental nas sociedades atuais, constituindo este um bem jurídico dotado de especial significado, que tem sofrido um número crescente de agressões, normalmente associado a fenómenos de crime organizado e transfronteiriço e com elevados prejuízos para as economias nacionais.

Estes factos, no entender do TC, conferem ao legislador a legitimidade necessária para intervir na tutela da mesma por via da criminalização e da punição, sendo que a ordem constitucional não proíbe a cumulação da pena de prisão com a pena de multa, não consistindo a criminalização em causa numa violação do princípio da proporcionalidade nem da subsidiariedade do direito penal.

### Separação de Processos pelo MP na Fase de Inquérito

#### *Acórdão n.º 21/2012 - Tribunal Constitucional (DR 41, SÉRIE II, de 27 de fevereiro de 2012)*

Foi interposto recurso para o TC, no âmbito da apreciação da compatibilidade com a CRP da interpretação dos artigos 30.º, n.º 1, alíneas b) e c), 264.º, n.º 5, e 269.º, n.º 1, do CPP, segundo a qual o MP tem competência para, em fase de inquérito, determinar a separação processual com fundamento nas razões previstas nas alíneas b) e c) do artigo 30.º do CPP (i.e., nas situações em que a conexão representar um grave risco para a pretensão punitiva do Estado, para o interesse do ofendido ou do lesado, ou em que retarde excessivamente o julgamento de qualquer dos arguidos), quando o juiz de instrução criminal foi já chamado a aí tomar decisões.

Nas alegações, foram levantadas três questões principais: (i) o ato de ordenar a separação de processos não se inseriria na competência do MP, mas sim na esfera da proteção das garantias de defesa do arguido em processo penal (artigo 32.º, n.º 4, da CRP); (ii) a interpretação em análise viola o princípio do juiz natural, previsto no artigo 32.º, n.º 9, da CRP; e (iii) a referida interpretação viola, também, o disposto no artigo 202.º, n.º 2, da CRP, que reserva ao juiz o exercício das funções materialmente jurisdicionais, cabendo-lhe assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

Debruçando-se sobre a questão, o TC entendeu não ser a interpretação em análise contrária ao artigo 32.º, n.º 4, da CRP, pois, podendo a separação de processos não ser conveniente aos interesses estratégicos do arguido, tão pouco assiste a este qualquer garantia constitucional no sentido de a sua responsabilidade criminal ser apurada conjuntamente. Não viu, portanto, o TC de que forma a separação de processos pudesse contender com o núcleo dos direitos, liberdades e garantias do arguido, de forma a que fosse constitucionalmente exigível que essa decisão fosse tomada por um juiz.

De igual forma, não considerou o TC que a interpretação em causa violasse o princípio do juiz natural (artigo 32.º, n.º 9, da CRP). De acordo com o TC, a possibilidade de o MP, na fase de inquérito, determinar a separação de processos, não implica um desaforamento arbitrário do juiz de instrução que já tenha sido chamado a proferir alguma decisão no inquérito originário, pois, embora seja o MP a decidir da separação de processos, é a própria lei que fixa os critérios objetivos que poderão fundamentar tal separação, bem como o tribunal com competência para conhecer dos processos separados.

Por último, o TC também não considerou que a interpretação do tribunal recorrido violasse o artigo 202.º, n.º 2, da CRP. Justificou-se o TC, afirmando que, se a CRP permite a atribuição da direção da fase de investigação preliminar em processo penal ao MP, a decisão de separação de processos nesta fase não pode ser considerado um ato que exija a sua autoria por um juiz. Tal ato, no entender do TC, insere-se naturalmente nos poderes de direção do inquérito e gestão do processo em fase de inquérito, não revestindo nenhuma característica especial que exija a intervenção obrigatória de um juiz.

O TC julgou, então, improcedente o recurso, pronunciando-se pela constitucionalidade da interpretação referida.

## 2 · JURISPRUDENCIA

**El acceso por parte de un técnico informático al ordenador personal de un cliente que lo entrega para su reparación se considera tácitamente consentido. El posterior acceso sin autorización judicial por parte de la policía es legítimo si se lleva a cabo para garantizar el interés público propio de la investigación de un delito**

### *Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 2011*

Los hechos probados de partida son los siguientes: entre noviembre y diciembre de 2007 el acusado tuvo en su ordenador personal portátil numerosos ficheros de fotografías y vídeos de contenido delictivo. Concretamente, en las carpetas «Mis Documentos/Imágenes» y «eMule/Incoming». Los ficheros los obtuvo mediante el sistema de intercambio «Peer to Peer» a través del programa *eMule*, que tenía configurado para poner a disposición de cualquier otro usuario de la red todos los archivos contenidos en el disco duro de su ordenador.

Las actuaciones judiciales se iniciaron mediante denuncia a la policía de un testigo, técnico informático empleado en un establecimiento de reparación de ordenadores al que el acusado llevó su portátil para que le cambiaran la grabadora, que descubrió los archivos al ejecutar algunos aleatoriamente para comprobar la reparación. La Policía Nacional procedió a intervenir el portátil y examinar su contenido sin solicitar autorización judicial.

La Audiencia Provincial de Sevilla (en sentencia de 7 de mayo de 2008) no consideró vulnerado el derecho a la intimidad del acusado (i) porque el ordenador no tenía contraseña y aquel no estableció limitación alguna al testigo en el acceso a ficheros; y (ii) porque *eMule* estaba configurado de manera que todos los archivos estaban a disposición de cualquier internauta. El acusado fue condenado como autor de un delito de corrupción de menores.

Frente a la resolución de la Audiencia Provincial se interpuso recurso de casación por infracción, entre otros, del derecho fundamental a la intimidad, al considerar el recurrente que las pruebas obrantes en la causa se obtuvieron de manera ilícita por no contar el testigo ni la Policía con autorización del acusado o del juez para intervenir el ordenador. El TS (en sentencia de 18 de febrero de 2009) reprodujo los argumentos de la Audiencia y confirmó la sentencia condenatoria, al estimar que sí hubo autorización (tácita) del acusado, que no había dispuesto de un ámbito de privacidad respecto al contenido del ordenador.

Finalmente se interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, una vez más por supuesta vulneración del derecho a la intimidad, entre otros. Este (en sentencia de 7 de noviembre de 2011) advierte que no puede considerarse ilegítima la injerencia o intromisión en la intimidad de otro que encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales, revistiendo esta naturaleza de no ilegítima aquella que tiene por fin garantizar el interés público propio de la investigación de un delito. El Tribunal se interroga sobre si un ordenador personal es un medio idóneo para el ejercicio de la intimidad personal y concluye de manera afirmativa, equiparándolo a una agenda electrónica. Analiza, por un lado, la actuación del técnico informático y, por otro, la de los agentes de Policía, y llega a la convicción de que el primero no se extralimitó en su mandato, mientras que, respecto a la intervención realizada por los segundos, afirma que el hecho de que el recurrente permitiera abiertamente el acceso a sus archivos a través del programa *eMule* no puede erigirse en una autorización genérica frente a injerencias en el ámbito de su intimidad, pues el acceso debe justificarse *ex ante* y no a partir de hechos descubiertos a resultas de este, como ocurrió. No obstante, el Tribunal Constitucional justifica la actuación policial y estima que, a falta de autorización, concurrió un supuesto excepcional que hizo aquella necesaria, urgente y proporcional, ya que el acusado pudo haber procedido a la conexión a distancia desde otra ubicación para borrar los ficheros litigiosos. Se desestima el amparo.

La sentencia cuenta con el voto particular de una magistrada. Según esta, la entrada en el ordenador fue una medida idónea y necesaria, pero no urgente, pues tanto el acusado como el ordenador estuvieron en dependencias policiales durante veinticuatro de las cuarenta y ocho horas que mediaron desde la detención e incautación hasta que el acusado dio cuenta de los hechos ante el juez de instrucción. Además, sin estar el terminal conectado a la red no es posible acceder a los archivos, por lo que no existió riesgo de destrucción de los ficheros. Concluye la magistrada que se vulneró el derecho a la intimidad del recurrente y, por tanto, también su derecho a un proceso con todas las garantías, debido a que la condena se fundó en una prueba obtenida de manera ilícita. Por lo que, en su opinión, debió haberse concedido el amparo solicitado.



**Condena por prevaricación contra el juez instructor que acordó la intervención de las comunicaciones de presos con sus abogados**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 9 de febrero de 2012*

El TS condenó por delito de prevaricación (art. 446.3.º CP), en concurso de normas con el delito de uso de artificios de escucha y grabación con violación de garantías constitucionales (art. 536 CP), al juez instructor de la Audiencia Nacional que en el curso de la conocida causa «Gürtel» había ordenado la escucha, grabación y transcripción de las conversaciones que tres de los presos provisionales en la causa mantuvieron con abogados en el centro penitenciario.

*Hechos:*

De acuerdo con el auto que acordaba las escuchas, estas se justificaban sobre la base de que los letrados podrían utilizar su condición para servir de «enlace» de los presos con el exterior, colaborando directamente en la comisión de hechos delictivos. Así, el auto permitía, en la práctica, la intervención de las comunicaciones de los presos con cualquier abogado que se entrevistara con ellos, ya fueran sus propios abogados defensores al tiempo de dictarse el auto, ya fuera cualquier otro letrado que eventualmente se personara en la causa.

De otro lado, el auto disponía que la observación de estas comunicaciones debería hacerse «previniendo el derecho de defensa». A este respecto, y ante la solicitud de aclaración por parte de los funcionarios policiales, el juez instructor les indicó que deberían transcribir las conversaciones en su integridad (dejando a salvo únicamente los contenidos privados sin interés para la investigación) y que el propio juez ya se encargaría de la «prevención» del derecho de defensa. En la práctica, ello supuso la posibilidad de que los funcionarios de policía utilizaran las conversaciones intervenidas en sus informes sobre la investigación.

Finalmente, tras acordarse la prórroga de las intervenciones, el juez instructor acordó suprimir los párrafos de las transcripciones que se refiriesen exclusivamente a «estrategias de defensa», con posterioridad a dos solicitudes del Ministerio Fiscal a este respecto.

*Fundamentos de Derecho:*

El alto Tribunal acordó la condena del juez acusado con base, principalmente, en los siguientes argumentos:

(i) Tanto el auto que acordó las intervenciones como el que acordó su prórroga constituyen resoluciones objetivamente «injustas», no pudiendo ser defendidas mediante ninguna interpretación razonable usualmente admitida en Derecho, pues acordaban la intervención de las comunicaciones que los presos mantuviesen con cualquier letrado en los locutorios específicos de los centros penitenciarios, aunque no existiesen indicios de delito contra el letrado en cuestión. En efecto, se permitía incluso la intervención de las comunicaciones con futuros letrados, contra los cuales resulta evidente que no podían existir indicios de delito al tiempo de dictarse los autos. Por esta razón, el TS consideró que el juez instructor vulneró el contenido esencial del derecho de defensa de los presos, al haber acordado la intervención de sus comunicaciones con sus letrados por la mera existencia de indicios de delitos contra los primeros (precisamente por ello se encontraban en prisión provisional), con independencia de que tales indicios afectaran a los letrados.

(ii) En concreto, tal decisión, calificada como «arbitraria» por el alto Tribunal, cercenó la posibilidad de una asistencia letrada efectiva, basada en la confianza en el letrado y en la confidencialidad. Asimismo, otros derechos también relacionados con el derecho de defensa se vieron ilegítimamente reducidos, tales como el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho al secreto profesional y el derecho a la intimidad.

(iii) Por otro lado, la posibilidad que brinda el artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de intervenir las conversaciones que los presos mantengan con letrados, con la debida autorización judicial, se aplica únicamente en las investigaciones por «delitos de terrorismo», según la sentencia del Tribunal Constitucional 183/1994, que rectificó su inicial interpretación del precepto. En todo caso, aunque se acogiera la doctrina que considera admisible la intervención de estas comunicaciones en el curso de la investigación por cualquier delito grave, sería exigible la existencia de indicios de delito respecto de los letrados, lo que no ocurría en el presente caso. En un sentido parecido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considerando necesaria no solamente la exis-

tencia de indicios contra el letrado, sino además una previsión legal suficiente que permita la intervención.

(iv) A mayor abundamiento, no se acordó ninguna medida para hacer efectiva la cláusula de «prevención del derecho de defensa» contenida en los autos, dado que tanto la policía como el juez instructor y el fiscal tenían pleno acceso al contenido de las conversaciones de los presos con los letrados. En este sentido, la supresión de ciertos párrafos de las transcripciones relativos a «estrategias de defensa» solo tendría sentido en el caso de acceso accidental a esta información, pero no en el marco de una resolución orientada directamente al conocimiento del contenido de las conversaciones de los presos con sus letrados.

(v) Asimismo, encontrándose los imputados en un centro penitenciario, resultaba sencillo diferenciar las conversaciones mantenidas con sus abogados, referidas con alta probabilidad a su derecho de defensa, de las conversaciones mantenidas con terceras personas, de manera que nada impedía dejar a salvo el derecho de defensa simplemente no acordando la intervención de las específicas conversaciones que los presos mantuviesen con abogados.

**Los reconocimientos fotográficos en sede policial no constituyen prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 28 de marzo de 2012*

El TS estimó el recurso de casación, absolviendo a la recurrente del delito de estragos terroristas por no haber sido practicada prueba de cargo válida y suficiente para enervar la presunción de inocencia de la acusada.

El alto Tribunal consideró insuficiente la única prueba de cargo admitida por el Tribunal sentenciador, el reconocimiento fotográfico en sede policial por una testigo.

Se trató de una diligencia tramitada en sede policial en la que no concurrieron las garantías propias de la intervención de un juez en su práctica, al no constar de forma fehaciente que se realizaran con todas las garantías de imparcialidad y neutralidad que ha de tener una diligencia de esa índole.

En una instrucción sumarial que duró más de diez años, la testigo, sin que conste en la causa concurrencia de obstáculo alguno o que no hubiere intentado su citación sin efecto, no fue llamada a declarar ante el juez instructor para ratificar dicho reconocimiento o para la práctica en sede judicial de una rueda de reconocimiento.

Indica el TS que el grado de certeza que se puede alcanzar en la identificación a través de una fotografía siempre es inferior y menos sólido que el obtenido en una diligencia de reconocimiento en persona por medio de una rueda de reconocimiento que permite percibir con mayor exactitud los rasgos fisionómicos de la persona sospechosa [STS 1386/2009 de 30-12].

También recuerda que se tiene declarado que los reconocimientos fotográficos por sí solos no constituyen prueba apta para destruir la presunción de inocencia, pudiendo tener tal eficacia cuando el testigo o los funcionarios actuantes acuden al juicio oral y allí declaran sobre ese reconocimiento que se hizo en su día.

Por tanto, los reconocimientos fotográficos serán meras actuaciones policiales que constituyen la apertura de una línea de investigación, a veces imprescindible porque no hay otro medio de obtener una pista que pueda conducir a la identificación del criminal, debiendo procurar la policía no acudir a ellos cuando ya ha sido identificado el sospechoso y, por tanto, pudiendo realizar directamente la identificación mediante el procedimiento de la rueda judicial.

No obstante, y trayendo a colación doctrina del TC, se ha estimado como prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia, el reconocimiento efectuado en el juicio oral, sin género de dudas, por parte del testigo, a pesar de las irregularidades de los reconocimientos fotográficos, o incluso de reconocimiento en rueda anteriores (STS 323/9 y 172/97).

En definitiva, el TS consideró que la eficacia probatoria del reconocimiento fotográfico no resultaba suficiente como única diligencia identificadora para constatar que la acusada fue la persona que intervino directamente en la realización de los hechos delictivos.

**El derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes no se circunscribe exclusivamente a los supuestos en que sea posible apreciar identidades propias de la cosa juzgada formal**

*Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de marzo 2012*

El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo presentado contra el auto de 22 de octubre de 2009 del TS que inadmite el recurso de casación contra el auto de 11 de diciembre de 2008, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por el que se posponía el licenciamiento definitivo por cumplimiento de la pena.

El citado auto de la Audiencia Nacional pospuso la fecha de licenciamiento del demandante de amparo, fijada inicialmente para el 15 de diciembre de 2008, fijándola para el día 16 de noviembre de 2017. La Audiencia Nacional basó este cambio en la fecha de licenciamiento en la aplicación de la «doctrina Parot» establecida por el TS en la sentencia núm. 197/2006, de 28 de febrero.

El Tribunal Constitucional aprecia que efectivamente se ha producido una vulneración de la tutela judicial efectiva por haber sido lesionado el principio de intangibilidad de las resoluciones firmes, al haberse modificado la providencia que señalaba el licenciamiento una vez ya era firme, y sin que mediara recurso legal por ninguna de las partes.

La reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) impide a los jueces y tribunales, fuera de los casos expresamente previstos en la ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto, incluso si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad. De otra manera, si se permitiera reabrir el debate sobre lo ya resuelto por una resolución judicial firme en cualquier circunstancia, la protección judicial carecería de efectividad.

El derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes no se circunscribe a los supuestos en que sea posible apreciar identidades propias de la cosa juzgada formal, sino que su alcance es mucho más amplio. La intangibilidad se proyecta sobre todas aquellas cuestiones respecto de las que pueda afirmarse que una resolución judicial firme ha conformado una realidad jurídica en cierto sentido. Esta realidad no puede ser ignorada o contradicha ni por el propio órgano judicial, ni por otros órganos judiciales en procesos conexos.

Finalmente, el Tribunal acaba recordando que, como se desprende de anteriores pronunciamientos jurisprudenciales, esta intangibilidad de lo decidido en la resolución judicial firme no solo afecta al contenido del fallo, sino que también se proyecta sobre aquellos pronunciamientos que constituyen el *ratio decidendi* de la resolución, aunque no se trasladen al fallo, o sobre los que, aun no constituyendo el objeto mismo del proceso, resultan relevantes para la decisión adoptada.

Con base en todo lo anterior, el Tribunal concluye que se ha modificado una resolución judicial firme, sin mediar recurso legal, por lo que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente al haberse lesionado el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.

## PROPIEDAD INTELECTUAL, INDUSTRIAL Y COMPETENCIA DESLEAL\*

### 1 · LEGISLACIÓN

[España]

**Publicados los precios aplicables a los servicios de mediación y arbitraje de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual**

*Orden ECD/576/2012, de 16 de marzo, por la que se establecen precios públicos por prestación de servicios de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (DOUE de 23 de marzo de 2012)*

Esta Orden hace públicos los precios aplicables por la prestación de los servicios de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual en los procedimientos de mediación y arbitraje sustanciados ante ella.

En cuanto a los gastos que pueda ocasionar la práctica de prueba en los procedimientos de mediación y arbitraje, la Orden establece que serán satisfechos por la parte que hubiera solicitado la prueba, o por ambas partes si así lo aceptan, o a la prorrata cuando haya sido propuesta por los miembros de la Sección Primera, salvo que las partes acepten que sean satisfechos por una de ellas.

**Obligatoriedad para los interesados en el procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual de llevar a cabo las comunicaciones con la Sección Segunda de la Comisión de la Propiedad Intelectual por vía electrónica**

*Orden ECD/378/2012, de 28 de febrero, por la que se establece la obligatoriedad para los interesados en el procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, de comunicarse con la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual por medios electrónicos (BOE de 29 de febrero de 2012)*

Esta Orden tiene por objeto establecer la obligatoriedad para los interesados de llevar a cabo por vía electrónica las comunicaciones con la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual en el procedimiento para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual regulado en el Real Decreto 1889/2011 (comentado en el número 31 de esta revista) frente a su vulneración por los responsables de servicios de la Sociedad de la Información.

Esta obligación se extiende a los titulares de derechos que sean personas jurídicas legitimadas para instar el inicio del procedimiento, así como a las personas físicas o jurídicas responsables de los servicios de la sociedad de la información contra los que se dirige el procedimiento y a los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información. Únicamente quedan al margen de la obligación los titulares de derechos que sean personas físicas, que podrán elegir el medio de comunicación.

### [Portugal]

**Proteção de dados pessoais - bases de dados no Serviço Nacional de Saúde**

*Lei n.º 5/2012 (DR 16, SÉRIE I, de 23/01/2012)*

Foi publicada em Diário da República a Lei n.º 5/2012 de 23 de janeiro, que regula os requisitos de tratamento de dados pessoais para constituição de ficheiros de âmbito nacional, contendo dados de saúde, com recurso a tecnologias de informação e no quadro do Serviço Nacional de Saúde («SNS»).

Esta Lei aplica-se a todos os estabelecimentos de saúde públicos, bem como aos atos praticados nos estabelecimentos de natureza privada ou social que impliquem encargos para o SNS e ainda aos sujeitos jurídicos que, em razão das atribuições que prosseguem, do seu objeto social ou das atividades que exercem, tratem estes dados.

Este diploma define, em particular, as finalidades que podem presidir a estes tratamentos de dados pessoais, as categorias de dados que podem ser objeto de tratamento para cada uma daquelas finalidades e os responsáveis por este tratamento, remetendo, em tudo o que nela não se encontre especialmente regulado, para a Lei n.º 67/98, de 26 de outubro (Lei de Proteção de Dados Pessoais).

Esta Lei entrou em vigor no dia 24 de janeiro de 2012.

\* 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, Ainhoa García, Anna Grau, Francisco Juan Ripoll, Miguel de la Iglesia, Nora Oyarzabal Oyonarte, Pedro Ferreira Malaquias, Maria Goreti Rebêlo, Helder Frias, Mafalda Almeida Carvalho, Lara Galdes y Joana Torres Ereio de las Áreas de Derecho Público, Procesal y Arbitraje y Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

## 2 · JURISPRUDENCIA

### [Unión Europea]

**Un dentista que difunde gratuitamente fonogramas en su consultorio privado no lleva a cabo un acto de comunicación al público**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala tercera, de 15 de marzo de 2012 en el asunto Società Consortile Fonografici contra Marco del Corso (C-135/2010)*

El Tribunal resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por un tribunal italiano que tiene por objeto principal la interpretación del artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1999, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, y del artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

En concreto, entre otras cuestiones, se pregunta si la difusión gratuita de fonogramas realizada en una consulta odontológica privada constituye una «comunicación al público» o una «puesta a disposición del público», y si tal difusión confiere a los productores de fonogramas el derecho a percibir una remuneración.

Por un lado, el Tribunal descarta que constituya una «puesta a disposición del público», pues esta abarca las «transmisiones interactivas a la carta», caracterizadas por el hecho de que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que ella elija, requisito que no se cumple en el supuesto de análisis.

Por otro lado, en lo relativo a si podría tratarse de un acto de «comunicación al público», la sentencia razona, en primer lugar, que la clientela de un dentista forma un conjunto de personas bastante estable y escaso que, por lo tanto, no puede entenderse como un grupo de personas «en general». En segundo lugar, la sentencia sostiene que un dentista que difunde fonogramas como música de fondo en presencia de sus pacientes no puede razonablemente esperar un aumento de sus pacientes debido únicamente a esta difusión, ni aumentar los precios de los tratamientos que proporciona. Por consiguiente, tal difusión no puede, por sí sola, repercutir en modo alguno en los ingresos de dicho dentista. En efecto, los pacientes acuden a una consulta de odontología con el único objeto de ser atendidos. Acceden a determinados fonogramas en función del momento de su llegada al consultorio, de manera fortuita y con independencia de sus deseos. Por ello, no puede presumirse que el conjunto de pacientes de un dentista sea receptivo respecto la difusión de que se trate. En consecuencia, tal difusión no tiene carácter lucrativo.

A la luz de lo expuesto, el Tribunal declara que procede interpretar el concepto de «comunicación al público» en el sentido de que no incluye la difusión gratuita de fonogramas en una consulta odontológica, como la del asunto principal, en el marco del ejercicio de una profesión liberal, a favor de los pacientes, que disfrutan de ella independientemente de su voluntad. Por tanto, tal difusión no confiere a los productores de fonogramas el derecho a percibir una remuneración.

**La difusión de fonogramas mediante aparatos de radio o televisión en un establecimiento hotelero conforma un acto de comunicación al público y genera la obligación del hotel de abonar una remuneración equitativa a los productores**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala tercera, de 15 de marzo de 2012 en el asunto Phonographic Performance (Ireland) e Irlanda (as. C-162/2010)*

La sentencia resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por un tribunal irlandés que tiene por objeto la interpretación de los artículos 8 y 10 de la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, a los efectos de determinar si el establecimiento hotelero que proporcione en las habitaciones de sus clientes aparatos de televisión o de radio a los que distribuye una señal radiodifundida, está obligado a abonar una remuneración equitativa a los productores de fonogramas.

El Tribunal declara, en primer lugar, que el establecimiento hotelero que proporciona en las habitaciones de sus clientes aparatos de televisión o radio a los que distribuye una señal

radiodifundida lleva a cabo un acto de comunicación al público, ya que permite a sus clientes (que conforman un número indeterminado de destinatarios potenciales y por tanto, un público general) el acceso a una emisión radiodifundida que contiene una obra protegida.

Al comunicar un fonograma radiodifundido en las habitaciones de sus clientes, el establecimiento hotelero lo utiliza de manera autónoma y lo transmite a un público distinto y suplementario en relación con el contemplado por el acto de comunicación original, obteniendo beneficios económicos independientes de los obtenidos por el radiodifusor o por el productor de los fonogramas. Por consiguiente, el establecimiento hotelero está obligado a abonar una remuneración equitativa por la comunicación de este fonograma, incluso en el caso de que el radiodifusor ya haya abonado una remuneración por el mismo concepto.

Lo mismo se predica acerca de aquellos establecimientos hoteleros que proporcionan en las habitaciones de sus clientes un equipo distinto de un aparato de televisión o de radio e incluso aquellos que proporcionan un equipo y fonogramas en formato físico o digital.

**El TJUE confirma que la imposición a un prestador de servicios de alojamiento de datos de la obligación de filtrar información de sus usuarios indiscriminadamente se opone a la normativa de la Unión**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala tercera, de 16 de febrero de 2012 en el asunto Belgische Vereniging van Auteurs, componisten en Uitgevers CVBA y Netlog NV (as. C-360/2010)*

En la línea de la sentencia de 24 de noviembre de 2011, dictada en el asunto Scarlet Extended, S.A. contra SABAM (comentada en el número 31 de la revista), 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 prestador de servicios de alojamiento de datos que estableciese un sistema de filtrado de la información almacenada en sus servidores por los usuarios de sus servicios 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 confirma 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 la información almacenada en los servidores del proveedor y, por lo tanto, está prohibido.

Adicionalmente, recuerda el Tribunal 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.

**Los derechos de explotación de la obra cinematográfica deben corresponder de pleno derecho, directa y originariamente a los autores y no al productor**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de 9 de febrero de 2012 en el asunto Martin Luksan contra Petrus van der Lert (as. C-277/10)*

El Tribunal resuelve unas cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal austriaco en el marco de un litigio entre el director principal de un documental y el productor de ese documental, relativo a la ejecución del contrato mediante el que el primero cedió supuestamente al segundo sus derechos de autor y determinados derechos de explotación de dicho documental, excluyendo expresamente algunas formas de explotación. El director demandó al productor al



considerar que la explotación realizada por el productor constituía una infracción del contrato y de sus derechos de autor. No obstante, el productor alegó que, según la normativa nacional, la totalidad de los derechos exclusivos de explotación le correspondían a él, y que los acuerdos que excluyen la aplicación de esa regla son nulos.

En concreto, se pregunta si puede interpretarse la normativa comunitaria en el sentido de que los derechos de explotación de una obra cinematográfica corresponden de pleno derecho, directa y originariamente al director principal, por su condición de autor de dicha obra y, por consiguiente, la legislación nacional que atribuye los derechos referidos, de pleno derecho y con carácter exclusivo, al productor de la obra se opondría a la citada normativa comunitaria.

Declara el Tribunal que, de acuerdo con la Directiva 2006/116, la norma general para las obras cinematográficas o audiovisuales es que se considerará autor o coautor al director principal, pudiendo los Estados miembros designar a otros coautores. Así pues, con independencia de cualquier norma del Derecho nacional, el director principal de la obra cinematográfica disfruta en cualquier caso, a diferencia de los demás autores de dicha obra, del estatuto de autor. Por ello, el Tribunal concluye que la normativa comunitaria debe interpretarse en el sentido de que los derechos de explotación de la obra cinematográfica corresponden de pleno derecho, directa y originariamente, al director principal, oponiéndose a una legislación nacional que atribuya esos derechos de explotación, con carácter originario, al productor.

Ahora bien, matiza la Sala que el Derecho de la Unión reconoce a los Estados miembros la facultad de establecer a favor del productor una presunción de cesión de los derechos de explotación de la obra cinematográfica siempre que dicha presunción no tenga una naturaleza absoluta que excluya la posibilidad de que el director principal pacte otra cosa.

Por otro lado, añade el Tribunal que el director de la obra cinematográfica debe disfrutar de pleno derecho, directa y originariamente, de la compensación equitativa por copia privada y que los Estados miembros no disponen de la facultad de establecer una presunción de cesión de la compensación equitativa a favor del productor, tanto si esa presunción es absoluta como si se permite excluirla.

## [España]

**La utilización de un derecho de propiedad intelectual de titularidad ajena de un modo distinto, o con mayor amplitud, a como fue autorizado constituye un incumplimiento esencial del contrato**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 2011*

El objeto del proceso versa sobre el incumplimiento contractual, y consiguiente petición de resolución y de indemnización por daños y perjuicios, recíprocamente atribuidos por las partes contratantes respecto de ciertos contratos de licencia, de edición musical y de gestión discográfica. El principal motivo del recurso hace referencia a una cuestión fundamental del pleito: la declaración de resolución contractual y si concurrió incumplimiento sustancial que la justifique.

El TS confirma la sentencia dictada por la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Madrid que había considerado que el incumplimiento contractual consistente en la realización de sincronizaciones y mezclas (*remix*) sin la necesaria autorización, que era exigible conforme a lo pactado, supone un incumplimiento esencial del contrato. Considera el TS que, si bien es verdad que en este caso no constaba la repercusión económica que podía tener dicho incumplimiento, la utilización de un derecho de propiedad intelectual de titularidad ajena de un modo distinto, o con mayor amplitud, a como fue autorizado constituye una deslealtad y una conculcación contractual de relieve.

Por otro lado, el alto Tribunal también confirma la decisión de la Audiencia Provincial de remitir la cuantificación de la indemnización a un procedimiento posterior. El TS argumenta que la remisión de la cuantificación a un proceso *ad hoc* puede ser conveniente en supuestos en los que concurren una pluralidad de incumplimientos y dificultad de individualización cuantitativa y de fijación inicial.

**La simple retransmisión televisiva de un evento deportivo no tiene originalidad suficiente para ser una obra**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de febrero de 2012*

Una cadena de televisión interpuso una demanda contra un diario deportivo que había organizado un evento en el que, por medio de la colocación de pantallas gigantes en un espacio determinado, ofrecía a sus lectores, de manera gratuita, la posibilidad de seguir las imágenes del evento procedentes de la señal en directo retransmitida por la cadena.

La Audiencia Provincial de Madrid confirmó la improcedencia de la demanda de la cadena (que ya había sido desestimada en la primera instancia), al entender que la mera transmisión (incluida la retransmisión) televisiva de un acontecimiento deportivo no tiene, en principio, originalidad suficiente para ser considerada una obra audiovisual. Por lo tanto, la cadena no puede autorizar o prohibir la difusión de la señal amparándose en los derechos de autor. Así, al no ser obra audiovisual, tampoco entran en juego los derechos de propiedad intelectual relativos al titular de una obra.

**La retransmisión de la señal televisiva en las televisiones instaladas en las habitaciones de una clínica es un acto de comunicación pública secundario sujeto al pago de una remuneración a los artistas**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de enero de 2012*

El objeto de este procedimiento consistía en determinar si la instalación de aparatos de televisión en las habitaciones de una clínica y su uso por parte de los clientes puede considerarse un acto de comunicación al público y, en consecuencia, genera la obligación para la clínica de satisfacer una remuneración equitativa en favor de los artistas representados por una entidad de gestión colectiva.

Siguiendo la jurisprudencia establecida por la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2007, relativa a la comunicación pública en las habitaciones de los hoteles, la Audiencia estima la pretensión de la entidad de gestión colectiva al entender que el conjunto de personas que sucesivamente ocupan las habitaciones constituye un público nuevo, integrado por una pluralidad de personas, indeterminada e indeterminable y que, por lo tanto, se produce en las habitaciones de la clínica un acto de comunicación pública secundario. En opinión de la Audiencia, dicha retransmisión tiene un significado económico propio, resultando indiferente si se realiza a título oneroso o gratuito. Añade la Audiencia que no procede hacer una distinción entre los «clientes» de hoteles y los «pacientes» de la clínica, pues todos son usuarios de servicios y la naturaleza y la finalidad del servicio prestado no excluye la comunicación pública.

**Una nueva sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona desestima una demanda en materia de compensación equitativa por copia privada**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª), de 22 de diciembre de 2011*

En la línea de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo de 2011 (comentada en el número 29 de esta publicación), esta nueva sentencia de la misma Audiencia desestima en fase de apelación la demanda presentada por una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual frente a una mercantil dedicada a la comercialización de material informático en reclamación de la compensación equitativa por copia privada.

Empleando el mismo razonamiento de la sentencia de 2 de marzo de 2011 y citando expresamente tanto aquella sentencia como la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el Caso Padawan, señala de nuevo el Tribunal que debe existir una vinculación efectiva entre los equipos, aparatos y soportes sujetos a la compensación y el presumible uso de estos elementos para realizar copias privadas. La prueba de la existencia de tal vinculación efectiva corresponde a la actora, que en este caso no había hecho esfuerzo probatorio alguno en este sentido a pesar de disponer de un instrumento procesal adecuado para ello como son las diligencias preliminares.

**Infracción de los derechos de propiedad intelectual por la actividad de press clipping sin la correspondiente autorización de los titulares de los derechos**

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 2 de diciembre de 2011*

Una asociación de editores de diarios interpuso demanda contra una sociedad por la actividad de *press clipping* que esta llevaba a cabo, consistente en la elaboración de recortes, boletines y resúmenes de prensa de los diarios de aquella, así como su comercialización, a pesar de la oposición expresa de los editores a dicha actividad.

En primera instancia, el Juzgado declaró que la actividad de *press clipping* llevada a cabo por la demandada supone una infracción de los derechos de propiedad intelectual de los editores. Frente a dicho pronunciamiento, la sociedad que realiza la actividad de *press clipping* interpuso

recurso de apelación alegando, en esencia, que el derecho de oposición a la actividad de *press clipping* y el derecho a percibir una remuneración equitativa en caso de no ejercitarlo, que se contemplan en los dos últimos incisos del segundo párrafo del artículo 32.1 del TRLPI, no corresponden originariamente al editor, sino a los autores de los artículos periodísticos integrados en la obra colectiva. La Audiencia Provincial desestima el recurso al entender que los artículos periodísticos publicados en un diario editado y divulgado forman parte de una obra colectiva y, por lo tanto, salvo pacto en contrario, los derechos de oposición y de remuneración equitativa corresponden al editor.

**Vulneración por antiguos empleados del principio de buena fe concurrencial por la utilización de medios de su anterior empresa para la captación de clientes hacia un nuevo proyecto empresarial**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de febrero de 2012*

Esta sentencia trae causa del procedimiento iniciado por la sociedad recurrente, dedicada a la prestación de servicios de consultoría, frente a cinco antiguos empleados y la sociedad gestionada por estos, denunciando la comisión de actos de competencia desleal por violación de secretos empresariales, imitación desleal de prestaciones ajenas, aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno y actos contrarios al principio de buena fe concurrencial (tipificados, respectivamente, en los artículos 13, 11, 12 y 5 de la Ley de Competencia Desleal, conforme a la redacción entonces vigente). El tribunal de instancia declaró la vulneración del principio de buena fe concurrencial por los demandados al reputar acreditada la utilización de medios y conocimientos de su antiguo empleador para captar un cliente para su nuevo proyecto empresarial, pero desestimó la demanda en el resto de acciones ejercitadas por la demandante.

El TS confirma la estimación parcial de la demanda y recuerda, en primer lugar, que la mera utilización, en beneficio de un nuevo empleador, de la experiencia profesional y las habilidades adquiridas por el empleado mientras prestaba sus servicios para su anterior empleador no supone la comisión de ilícito concurrencial alguno. Por otro lado, y en relación con los actos de imitación y de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno denunciados, la sentencia confirma la desestimación declarada por el tribunal de instancia, recordando que los actos desleales tipificados en la Ley de Competencia Desleal son autónomos y requieren, para su estimación, de la necesaria acreditación de conductas diferenciadas que permitan su subsunción en cada uno de los tipos.

**Actos de abuso de dependencia económica**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de febrero de 2012*

La parte demandada y recurrente en casación es una sociedad dedicada a la fabricación y venta de alambre e hilo de cobre en la provincia de Córdoba, que contrató los servicios de transportistas autónomos (integrados en la entidad demandante) a través de agencias de transporte y cooperativas de transportistas. Según la parte demandante, la demandada imponía a los transportistas la realización de portes por debajo del coste real del servicio prestado y no les retribuía por los tiempos de espera y cambios de ruta, constituyendo todo ello un acto de competencia desleal contrario al artículo 16.2 de la Ley de Competencia Desleal.

El TS recuerda que este precepto tipifica como ilícita una conducta que presupone, del lado activo, la explotación de una posición de dominio relativa y, del lado pasivo, una situación de dependencia económica en la que se encuentra quien carece de alternativas equivalentes para ejercer su actividad. En este caso, el TS concluye que la identificación por parte de la Audiencia Provincial de Córdoba, como mercado geográfico de referencia, del mercado de los transportes de mercancías en la provincia de Córdoba (y no el nacional como pretendía la parte actora), es correcta. Asimismo, recuerda el TS que, a pesar de que este artículo se inspira en criterios que son propios de los sistemas *antitrust*, el tipo descrito no requiere que los efectos del acto alcancen una especial gravedad o trascendencia sobre el funcionamiento del mercado. Basta, por el contrario, con la concurrencia de un comportamiento abusivo de un participante en el mercado de referencia para con el dependiente económicamente, algo que quedó probado en relación con los transportistas demandantes, quienes no disponían de alternativas equivalentes a su alcance.

**Actos de competencia desleal por obstaculización, denigración y discriminación en materia de condiciones de venta** *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28.ª), de 13 de enero de 2012*

La sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid estima íntegramente el recurso de apelación planteado por la parte demandante contra la sentencia, parcialmente estimatoria, dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid en el marco de un procedimiento que enfrentaba a una agencia de viajes *online* contra una conocida compañía aérea de bajo coste.

Durante el mes de agosto de 2008 la compañía aérea demandada anunció en distintos medios de prensa escrita que adoptaría un nuevo procedimiento para cancelar todas las reservas de pasajeros que se hubieran realizado a través de motores de búsqueda del tipo empleado por la agencia de viajes demandante («*screen scraping*»). Además, (i) la compañía aérea también anunció que la agencia de viajes *online* incrementaba los precios de sus billetes en más de un 100%; (ii) utilizó expresiones insultantes para referirse a esta y (iii) incorporó en sus condiciones generales una cláusula que permitía denegar el embarque a todo pasajero que no hubiera reservado el vuelo directamente en el sitio web de la compañía aérea.

La parte demandante solicitó que se declarara que la compañía aérea había cometido un acto de competencia desleal por obstaculización (contrario al antiguo art. 5 LCD, hoy art. 4 LCD), un acto de competencia desleal por denigración (art. 9 LCD) y un acto de competencia desleal por discriminación en materia de condiciones de venta (art. 16 LCD).

En primer lugar, y en relación con el acto de obstaculización, la Audiencia Provincial sostiene que el hecho de que la compañía demandada pudiera ver afectados sus intereses comerciales por la conducta de la agencia de viajes no justifica que pueda cometer ilícitos concurrenciales. No obstante, sigue, ni siquiera se aprecia perjuicio alguno a la política comercial de la compañía aérea en la medida que los clientes contratan directamente con ella y no con la agencia de viajes. Concluye la sentencia que la medida adoptada es apta para intimidar a los consumidores clientes de la demandante, lo que debe entenderse como un acto de obstaculización de su actividad en el mercado.

En segundo lugar, y en lo que se refiere al ilícito del artículo 9 LCD, la sentencia considera que expresiones del tipo «*venden los billetes ilegalmente*», «*parásitos del sector*» y «*timan a los clientes*» son expresiones insultantes que provocan un claro descrédito en el mercado de la agencia de viajes demandada. Añade que en el procedimiento no se ha acreditado que la agencia alterara los precios, y recuerda que los precios ofertados por las compañías aéreas no permanecen fijos, sino que sufren variaciones atendiendo a ciertos parámetros.

Finalmente, en lo que se refiere al ilícito del artículo 16 LCD, recuerda la Audiencia Provincial que se considera ilícito el tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y condiciones de venta cuando no exista una causa que justifique la desigualdad. En definitiva, el trato desigual solo sería factible si se apreciaran situaciones diferentes entre los consumidores. Partiendo de esta premisa, sostiene la Audiencia que la libertad de empresa de la que goza la entidad demandada no es una causa que justifique el trato discriminatorio a aquellos clientes que hubieran usado los servicios de la agencia de viajes, puesto que dichos clientes, en definitiva, también abonaron a la demandada el precio correspondiente a su billete. En este sentido, considera que falta la necesaria adecuación entre el fin perseguido y el trato desigual, toda vez que la medida adoptada por la compañía aérea no se proyecta sobre la agencia de viajes, sino que se convierte en una represalia directa a los consumidores.

**Utilización de base de datos depurada de clientes de antiguo empleador para ejercer idéntica actividad** *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de enero de 2012*

La parte actora y recurrente en casación es un grupo de sociedades dedicado a la prestación de servicios de *telemarketing* cuyos extrabajadores constituyeron otro grupo empresarial dedicado a la misma actividad. Utilizando la «Base de Datos Depurada de Clientes de Cartera» a la que tuvieron acceso durante su anterior relación laboral, las sociedades demandadas ofertaron servicios de *telemarketing* a los mismos clientes de la parte actora.

El objeto del proceso quedó reducido en casación a determinar si los demandados cometieron los ilícitos concurrenciales de violación de secretos y actos de imitación de los artículos 11 y 13, respectivamente, de la Ley de Competencia Desleal. La actora justificaba la supuesta conducta

desleal en la irrupción de las demandadas en el sector del *marketing* telefónico aprovechándose de su base de datos de clientes y, por lo tanto, sin realizar las inversiones que, de otro modo, hubieran tenido que realizar, e imitando su modelo de negocio, lo que les permitió captar rápidamente un elevado número de clientes.

El TS establece que para que se produzca un ilícito concurrencial del artículo 13 LCD no solo se requiere que la información sea secreta y tenga un valor comercial, sino también que la persona que legítimamente la controla haya adoptado las medidas razonables para mantenerla secreta, de acuerdo con el artículo 39.2 del Acuerdo sobre los ADPIC. En el caso de autos, en cambio, no resultó probado que los directivos tuvieran un especial deber de secreto o que la empresa hubiera adoptado medidas razonables para mantener la base de datos secreta.

Asimismo, el alto Tribunal analiza los presupuestos de aplicación del artículo 11 LCD, y, en particular, la doctrina que establece la necesidad de que las creaciones materiales imitadas gocen de singularidad o mérito competitivo. Según esta, las características intrínsecas de los rasgos imitados deben ser susceptibles de diferenciar las prestaciones propias de las de la misma naturaleza habituales en el sector, sirviendo así a sus destinatarios para la identificación y reconocimiento de las primeras.

La Sala desestima el recurso planteado porque considera que, si bien es cierto que los demandados utilizaron la base de datos depurada de la actora para dirigirse a sus clientes, tal y como se ha avanzado, la actora no ha probado que dotara a dicha información secreta de la seguridad y protección necesarias para ser susceptible de amparo mediante el artículo 13 LCD. Añade la sentencia que la parte actora tampoco ha probado que el modelo de negocio que afirma imitado sea una creación material con singularidad competitiva o peculiaridad concurrencial.

## SALUD Y ALIMENTACIÓN\*

### 1 · LEGISLACIÓN

#### [Unión Europea]

**Productos sanitarios.  
Instrucciones  
electrónicas**

*Reglamento (UE) N.º 207/2012 de la Comisión, de 9 de marzo de 2012, sobre instrucciones electrónicas de utilización de productos sanitarios*

Este Reglamento establece las condiciones de presentación en formato electrónico, en lugar de en papel, de las instrucciones de utilización de los productos sanitarios a las que hacen referencia el punto 15 del anexo 1 de la Directiva 90/385/CEE y el punto 13 del anexo I de la Directiva 93/42/CEE.

#### [España]

**Medidas para la  
sostenibilidad del  
Sistema Nacional de  
Salud**

*Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (BOE de 24 de abril de 2012)*

El 24 de abril de 2012 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Este Real Decreto-ley tiene como objetivo fundamental afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud dotándolo de solvencia y viabilidad, reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo.

Este Real Decreto-ley se divide en cinco capítulos que tratan los siguientes temas: (i) la asistencia sanitaria en España; (ii) la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud; (iii) medidas de cohesión y de garantía financiera del Sistema Nacional de Salud; (iv) medidas sobre la prestación farmacéutica, y (v) medidas en materia de recursos humanos. Tiene además cuatro disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única y nueve disposiciones finales, de las cuales la última prevé su entrada en vigor el mismo día de su publicación.

#### *De la asistencia sanitaria en España*

Este primer capítulo está dedicado a la modificación de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud en lo relativo a los sujetos susceptibles de poder acceder a la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

Así, se establece que *«la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado»*. Aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial.

Con carácter general, serán asegurados aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: (a) ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta; (b) ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social; (c) ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo; (d) haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título. También podrán ser asegurados los ciudadanos españoles o comunitarios y los extranjeros con autorización para residir en territorio español que no superen ciertos límites de ingresos.

Asimismo, se establecen los mecanismos y procedimientos para el reconocimiento y control de la condición de asegurado y los supuestos de asistencia sanitaria en situaciones especiales. En este sentido, establece que los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: (a) de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica; y (b) de asistencia al embarazo, parto y postparto. Se añade que, en todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

#### *De la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud*

El objeto del capítulo II es establecer una categorización de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud que permita una mejor gestión asistencial. A estos efectos, se establece que la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud (definida como el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias) se articulará en torno a las siguientes modalidades:

- (i) Cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, que comprende todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente, cubiertos de forma completa por financiación pública.
- (ii) Cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud, que incluye todas aquellas prestaciones cuya provisión se realiza mediante dispensación ambulatoria y están sujetas a aportación del usuario (en particular, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, la prestación con productos dietéticos y el transporte sanitario no urgente).
- (iii) Cartera común de servicios accesorios del Sistema Nacional de Salud, que incluye todas aquellas actividades, servicios o técnicas, sin carácter de prestación, que no se consideran esenciales o que son coadyuvantes o de apoyo para la mejora de una patología de carácter crónico, estando sujetas a aportación o reembolso por parte del usuario.



*Medidas de cohesión y de garantía financiera del Sistema Nacional de Salud*

El capítulo III del Real Decreto-ley está dedicado a la creación del Fondo de Garantía Asistencial, como instrumento para garantizar la cohesión y equidad en el Sistema Nacional de Salud y asegurar la igualdad de derechos a la asistencia sanitaria entre los españoles y demás personas que gozan de la condición de asegurado en nuestro país.

El Fondo de Garantía Asistencial estará destinado a la compensación entre las Comunidades Autónomas por las actuaciones que sus servicios de salud realicen a las personas que gocen de la condición de asegurado en el Sistema Nacional de Salud en sus desplazamientos temporales.

*Medidas sobre la prestación farmacéutica*

El capítulo IV, el más extenso, incorpora numerosas medidas relacionadas con la prestación farmacéutica. A continuación se resumen algunas de estas novedades:

(i) Se establecen nuevos criterios de prescripción de medicamentos y productos sanitarios.

La regla general será la prescripción por principio activo, aunque se permite expresamente la prescripción por denominación comercial siempre y cuando se respete el principio de mayor eficiencia para el sistema.

En caso de prescripción por principio activo, se dispensará el medicamento de menor precio de su agrupación homogénea y, en caso de igualdad de precio, el medicamento genérico o el medicamento biosimilar correspondiente.

(ii) Se establece la obligación de las Comunidades Autónomas de dotar a sus prescriptores de un sistema de prescripción electrónica común e interoperable en el que se incorporarán subsistemas de apoyo a la prescripción.

(iii) Se prevé la actualización de la lista de medicamentos y productos sanitarios que quedan excluidos de la prestación farmacéutica.

La motivación de la exclusión responderá a alguno de los siguientes criterios: (a) el establecimiento de precios seleccionados; (b) la convivencia con un medicamento sin receta con la que comparte principio activo y dosis; (c) la consideración del medicamento como publicitario en nuestro entorno europeo; (d) que el principio activo cuente con un perfil de seguridad y eficacia favorable y suficientemente documentado a través de años de experiencia y un uso extenso; (e) por estar indicado en el tratamiento de síntomas menores; o (f) por cumplir cualquiera de los criterios de no inclusión en la financiación pública.

(iv) Se modifican los criterios para la financiación pública de medicamentos y se establece la prohibición expresa de que las Comunidades Autónomas establezcan, de forma unilateral, reservas singulares específicas de prescripción, dispensación y financiación de fármacos o productos sanitarios.

Asimismo, se establece que estarán excluidos de la financiación, en todo caso, los medicamentos sin receta, los que no se utilicen para el tratamiento de una patología claramente determinada, los productos de utilización cosmética, dietéticos, aguas minerales, elixires, dentífricos y otros productos similares. Tampoco se financiarán los medicamentos indicados en el tratamiento de síndromes o síntomas de gravedad menor, ni aquellos que no respondan a las necesidades terapéuticas actuales.

(v) Se modifica el sistema de intervención de precios de los medicamentos, introduciéndose un sistema de precios notificados (sujetos a objeción por razones de interés público) para los medicamentos sin receta que se dispensen en territorio español. Este mismo sistema será

---

\* Esta sección de Actualidad Salud y Alimentación ha sido elaborada por Susana Guerrero Trevijano, José Solís García, Antonio Javier Montoro Moreno, Constanza Balmaseda Serrat-Valera, Pedro Ferreira Malaquias, Maria Goreti Rebêlo, Helder Frias, Mafalda Almeida Carvalho, Lara Gerales y Joana Torres Eriou del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

de aplicación a los medicamentos con receta que no resulten financiados si son dispensados en territorio nacional. Los precios de financiación del Sistema Nacional de Salud de medicamentos para los que sea necesaria prescripción médica que se dispensen en territorio español serán fijados por la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos. Se introduce, como regla general, que el precio de financiación por el Sistema Nacional de Salud será inferior al precio del medicamento aplicado cuando sea dispensado fuera del Sistema Nacional de Salud.

(vi) Se crea un Comité Asesor de la Prestación Farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, de carácter científico-técnico, encargado de proporcionar asesoramiento, evaluación y consulta sobre la pertinencia, mejora y seguimiento de la evaluación económica necesaria para sustentar las decisiones de la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos.

(vii) Se modifica el sistema de precios de referencia. En este sentido, se establece que no será indispensable la existencia de un medicamento genérico para establecer un conjunto, en el caso de que el medicamento o su ingrediente activo principal hayan sido comercializados durante un mínimo de diez años en un Estado miembro de la Unión Europea.

El precio de referencia de cada conjunto se calculará con base en el coste/tratamiento/día menor de las presentaciones de medicamentos en él agrupadas, y en todo caso deberá garantizarse el abastecimiento a las oficinas de farmacia para los medicamentos de precio menor.

Con carácter anual se establecerán nuevos conjuntos y se revisarán los precios de los ya existentes. No obstante, los precios menores de las agrupaciones homogéneas serán revisados trimestralmente.

(viii) Se desarrollan algunos aspectos del sistema de precio seleccionado, estableciendo que será el Ministerio de Sanidad el que podrá proponer a la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos la aplicación del mecanismo de precio seleccionado a los medicamentos y productos sanitarios financiados.

Este sistema se aplicará a medicamentos sujetos a precios de referencia, teniendo en cuenta: (a) el consumo del conjunto; (b) el impacto presupuestario; (c) la existencia de, al menos, tres medicamentos en el conjunto; y (d) que no se produzca riesgo de desabastecimiento.

Valorando estos criterios, el Ministerio de Sanidad comunicará a los proveedores el inicio de un procedimiento de precio seleccionado, con comunicación del precio máximo de financiación que se propone para que manifiesten sus intenciones. Con base en las comunicaciones recibidas, el Ministerio elaborará la propuesta que contendrá el precio máximo seleccionado aplicable. Los medicamentos o productos sanitarios que superen el precio máximo financiable quedarán excluidos de la financiación por el Sistema Nacional de Salud durante un periodo de dos años (periodo de vigencia del precio seleccionado). Los laboratorios que resulten finalmente seleccionados deberán garantizar el abastecimiento del producto en cuestión.

Se prevé igualmente que el sistema podrá aplicarse a los productos sanitarios financiados.

(ix) Se modifican los porcentajes de aportación de los ciudadanos en la prestación farmacéutica incluida en la prestación suplementaria. En particular, en relación con la aportación de los beneficiarios a la prestación farmacéutica ambulatoria, se establece el siguiente esquema general de aportación, aunque con algunos topes máximos:

(x) 60 % del PVP para usuarios (y sus beneficiarios) con rentas no inferiores a 100.000 euros.

(xi) 50 % del PVP para asegurados activos (y sus beneficiarios) con rentas no inferiores a 18.000 e inferiores a 100.000 euros.

(xii) 40 % para asegurados activos (y sus beneficiarios) no incluidos en los apartados anteriores.

(xiii) 10 % del PVP para pensionistas de la Seguridad Social.

Estarán exentos de aportación, los usuarios (y sus beneficiarios) siguientes: (a) afectados de síndrome tóxico y personas con discapacidad; (b) perceptores de rentas de integración social; (c) perceptores de pensiones no contributivas; (d) parados que han perdido el derecho a percibir el subsidio de desempleo; y (e) sujetos a los tratamientos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

El nivel de aportación de los mutualistas y clases pasivas de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, del Instituto Social de las Fuerzas Armadas y la Mutualidad General Judicial continuará siendo del 30 %.

(xiv) Se establecen medidas en relación con la gestión de los datos personales obrantes en ficheros de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y entidades que colaboren con ellas.

(xv) Se establece que la información sobre los precios menores se actualizará el primer día hábil de cada mes y se publicará en la página web del Ministerio de Sanidad.

(xvi) Se introducen criterios correctores en relación con los márgenes de las oficinas de farmacia correspondientes a las recetas u órdenes de dispensación de medicamentos financiados.

(xvii) En relación con los servicios de farmacia hospitalaria, se establece, como regla general, su obligatoriedad en (a) todos los hospitales que tengan cien o más camas; (b) los centros de asistencia social que tengan cien camas o más en régimen de asistidos; y (c) los centros psiquiátricos que tengan cien camas o más. Asimismo, se establecen medidas en relación con la manipulación y adecuación de preparaciones de medicamentos.

#### *Medidas en materia de recursos humanos*

Por último, en el capítulo V de este Real Decreto-ley se contemplan una serie de medidas destinadas a corregir determinadas situaciones estructurales en relación con los recursos humanos del Sistema Nacional de Salud. Entre otras cuestiones (i) se crea un Registro Estatal de Profesionales Sanitarios como herramienta imprescindible para garantizar la información a la población y a las instituciones de la situación de los profesionales desde los diferentes aspectos que configuran la práctica profesional; y (ii) se prevé la elaboración de un catálogo homogéneo de categorías profesionales donde se establezcan las necesarias equivalencias. Este catálogo permitirá que los profesionales puedan acceder a plazas vacantes de otros servicios de salud mejorando la calidad de la asistencia y garantizando así su movilidad.

#### *Disposiciones adicionales y finales*

Por último, al margen de las referencias que se han hechos en los apartados anteriores, se han incluido también una serie de medidas adicionales que completan el paquete normativo y que resultan necesarias para la adecuada puesta en práctica de este Real Decreto-ley.

Entre otras cuestiones, cabe destacar los siguientes aspectos:

(i) se incorporan medidas de eficiencia, posibilitando la adopción de estrategias de gestión centralizada de suministros;

(ii) se introducen modificaciones en relación con las recetas médicas y órdenes de dispensación;

(iii) se establece la obligación de disponer de autorización administrativa previa para realizar actividades de promoción y publicidad en apoyo de la donación de células y tejidos humanos; y

(iv) se constituye un Registro de Donantes de Progenitores Hematopoyéticos.

Cabe destacar que este Real Decreto-ley entró en vigor el mismo día de su publicación.

**Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad** *Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE de 24 de enero de 2012)*

Este Real Decreto tiene por objeto continuar el proceso de racionalización y simplificación de las estructuras administrativas iniciado por los Reales Decretos 1823/2011, de 21 de diciembre, y 1887/2011, de 30 de diciembre. Así, completa la estructura del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad hasta el nivel de Subdirección General.

De acuerdo con este Real Decreto, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad estará formado por dos Secretarías de Estado: (i) la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, que asume algunas de las competencias de las ya suprimidas Secretaría de Estado de Igualdad y Secretaría General de Política Social y Consumo, y (ii) la Secretaría General de Sanidad y Consumo, que asume la presidencia del Instituto Nacional del Consumo y de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición. Por último, el Instituto Carlos III pasa a depender funcionalmente del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

**Precios de referencia** — *Resolución de 28 de diciembre de 2011, de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, por la que se determinan los nuevos conjuntos de medicamentos que se dispensen en oficinas de farmacia a través de receta médica oficial u orden de dispensación, sus precios de referencia, y se revisan los precios de referencia fijados por Orden SPI/3052/2010, de 26 de noviembre*

— *Resolución de 28 de diciembre de 2011, de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, por la que se determinan los nuevos conjuntos de medicamentos de ámbito hospitalario y sus precios de referencia*

La primera Resolución, que determina los nuevos conjuntos y precios de referencia para medicamentos que se dispensan en farmacias, incluye, por primera vez, conjuntos de nueva creación formados por medicamentos que, por sus características terapéuticas, habían sido expresamente declarados como medicamentos que constituyen excepción a los criterios generales de sustitución por el farmacéutico y que, por lo tanto, estaban exentos de inclusión en el sistema de precios de referencia. También, por primer vez, siguiendo la nueva redacción dada al artículo 93 de la Ley de Garantías por el Real Decreto-ley 9/2011, esta Resolución activa conjuntos de medicamentos aun cuando los medicamentos genéricos que posibilitan la creación de aquellos conjuntos no se comercializan efectivamente.

La segunda Resolución crea, también por primera vez, y en aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 9/2011, los nuevos conjuntos de medicamentos de ámbito hospitalario.

**Andalucía. Ley de Salud Pública** *Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía (BOJA de 31 de diciembre de 2012)*

El objetivo declarado de esta Ley es fortalecer la posición de la ciudadanía en relación con la salud pública, estableciendo la salud colectiva como bien público relevante y ordenando la efectiva participación de la ciudadanía en la buena administración de la salud pública. Asimismo, se establecen las funciones y competencias en materia de salud pública, sus prestaciones y servicios y las líneas para organizar su gobernanza, así como la organización de sus recursos.

**Andalucía. Prestación farmacéutica** *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*

En el anterior número de *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* se incluyó una reseña sobre el Decreto-Ley 3/2011, de 13 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

Aquel Decreto-ley introducía un sistema de convocatorias para la selección de los medicamentos y productos sanitarios a dispensar por las oficinas de farmacia cuando se presente una rece-

ta médica oficial u orden de dispensación, en la que el medicamento o producto correspondiente se identifica exclusivamente por su denominación genérica o por la denominación oficial de sus principios activos.

Mediante Resolución del Director Gerente del Servicio Andaluz de Salud de 25 de enero se publicó la primera de dichas convocatorias de selección, en la que se incluían varios grupos de medicamentos y se publicaba el modelo de convenio tipo que suscribirían con el Servicio Andaluz de Salud los laboratorios seleccionados.

Tras la valoración de las ofertas presentadas en esta primera, el Director Gerente del Servicio Andaluz de Salud publicó el listado de los medicamentos que habían resultado seleccionados mediante Resolución de 19 de marzo.

Posteriormente, mediante acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 30 de marzo, el Gobierno de la nación adoptó la decisión de interponer conflicto positivo de competencias contra la Resolución de convocatoria de 25 de enero. Esta decisión se fundamentaba en los dictámenes 158/2012 y 160/2012 emitidos por el Consejo de Estado respecto del Decreto-ley 3/2011 y la Resolución de convocatoria de 25 de enero, respectivamente.

Ambos dictámenes sostienen que concurren fundamentos jurídicos suficientes para impugnar el sistema de selección de medicamentos introducido por el Decreto-ley 3/2011 y puesto en práctica por la Resolución de convocatoria de 25 de enero. En particular, el Consejo de Estado considera que este sistema contraviene las competencias estatales en las siguientes materias: (i) bases y coordinación general de la sanidad; (ii) legislación sobre productos farmacéuticos; (iii) legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social; y (iv) regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes fundamentales.

En paralelo, la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Junta de Andalucía-Estado, en su reunión de 5 de marzo, acordó iniciar negociaciones para resolver las discrepancias surgidas entre el Gobierno y la Junta de Andalucía en relación con el Decreto-ley 3/2011. Este acuerdo, de conformidad con lo establecido en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, amplía hasta 9 meses el plazo para la interposición por parte del Gobierno del recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley 3/2011.

**Andalucía. Resultados de actividades de investigación y desarrollo**

*Decreto 16/2012, de 7 de febrero, por el que se regula la gestión y transferencia de los resultados de las actividades de investigación, desarrollo e innovación cuya titularidad corresponda a las agencias y a las demás entidades instrumentales dependientes de la Consejería competente en materia de salud (BOJA de 21 de febrero de 2012)*

Este Decreto tiene por objeto la regulación de la gestión y transferencia de los resultados susceptibles de generar derechos de propiedad industrial e industrial derivados de las actividades de investigación, desarrollo e innovación cuya titularidad pertenezca a las agencias y demás entidades instrumentales dependientes de la Consejería competente en materia de salud. De acuerdo con este Decreto, los resultados de las actividades de investigación, desarrollo e innovación llevadas a cabo por el personal estatutario, laboral o investigador en formación de las agencias y demás entidades instrumentales dependientes de la Consejería competente en materia de salud pertenecerán, como invenciones laborales, a las agencias y a las entidades instrumentales dependientes de la Consejería competente en materia de salud que ostente su titularidad.

Este Decreto pretende también fomentar la investigación estableciendo un incentivo especial para el personal investigador que, como consecuencia de la realización de actividades de I+D+i, haya obtenido un resultado protegido mediante un derecho de propiedad intelectual, cuya explotación por medio de concesión de licencia reporte ingreso a las agencias y demás entidades instrumentales dependientes de la Consejería competente en materia de salud. Asimismo, se reconocerá como mérito, en los procesos de selección de personal y provisión de puestos de trabajo, la realización de una invención susceptible de explotación protegida mediante un derecho de propiedad industrial o intelectual.

**Galicia. Catálogo priorizado de productos farmacéuticos**

*Resolución de 23 de marzo de 2012 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 30 de marzo de 2012)*

Mediante esta resolución del Consello de la Xunta de Galicia se sustituye el Catálogo priorizado de productos farmacéuticos de la Comunidad Autónoma de Galicia aprobado por resolución del mismo órgano de 1 de septiembre de 2011 (comentado en el número 31 de esta revista). En particular, hay que destacar que esta nueva versión del catálogo revisa y actualiza los conjuntos de intercambio o agrupaciones homogéneas conforme a los nuevos precios menores publicados por la Resolución de 28 de diciembre de 2011, de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, por la que se determinan los nuevos conjuntos de medicamentos que se dispensen en oficinas de farmacia a través de receta oficial u orden de dispensación, sus precios de referencia, y se actualizan los precios menores para que coincidan con la aplicación de los nuevos precios de referencia.

**[Portugal]**

**Medicamentos - revisión excepcional do preço**

*Portaria n.º 3/2012 (DR 1, SÉRIE I, de 02/01/2012)*

Foi publicada em Diário da República a Portaria n.º 3/2012, de 2 de janeiro de 2012, que veio autorizar e regular o procedimento de revisão excepcional do preço dos medicamentos. Nos termos deste diploma, esta revisão pode ocorrer por motivos de interesse público ou por iniciativa do titular da autorização de introdução no mercado, mediante despacho fundamentado dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da economia e da saúde.

Esta Portaria entrou em vigor no dia 3 de janeiro de 2012.

**Medicamentos - preços**

*Portaria n.º 4/2012 (DR 1, SÉRIE I, de 02/01/2012)*

Foi publicada em Diário da República a Portaria n.º 4/2012, de 2 de Janeiro de 2012, que veio estabelecer regras relativas ao preço dos medicamentos, incidindo, em particular, sobre (i) a formação dos preços dos medicamentos, sua alteração e revisão anual, bem como sobre os respetivos prazos; (ii) a redução de preço de medicamentos genéricos em relação aos medicamentos originadores, tal como prevista no Memorando de Entendimento sobre as Condições de Política Económica celebrado entre o Governo Português, o Fundo Monetário Internacional, a União Europeia e o Banco Central Europeu; (iii) os prazos a aplicar em 2012 visando a operacionalização da revisão de preços no presente ano.

Esta Portaria entrou em vigor no dia 3 de Janeiro de 2012.

**TRIBUTARIO\***

**1 · LEGISLACIÓN**

**[España]**

**Normativa estatal**

— *Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público (BOE de 31 de marzo de 2012)*

**Rider**

— *Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios (BOE de 26 de mayo de 2012)*



— Orden HAP/1181/2012, de 31 de mayo, por la que se aprueba el modelo 250, Gravamen especial sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español (BOE de 4 de junio de 2012)

— Orden HAP/11812/2012, de 31 de mayo, por la que se desarrolla la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, se aprueban cuantas medidas resultan necesarias para su cumplimiento, así como el modelo 750, declaración tributaria especial, y se regulan las condiciones generales y procedimiento para su presentación (BOE de 4 de junio de 2012)

Véase el comentario de esta norma que se incluye en la sección «Artículos» de este mismo número de la revista.

#### Convenios para evitar la doble imposición

— Convenio entre el Reino de España y la República de Armenia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio, hecho en Madrid el 16 de diciembre de 2011 (BOE de 17 de abril de 2012)

— 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 de 11 de enero de 2012)

— Convenio entre el Reino de España y la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y su Protocolo, hecho en Hong Kong el 1 de abril de 2011 (BOE de 14 de abril de 2012)

#### [Portugal]

#### Modelos e Formulários

— Portaria n.º 16/2012, de 19 de janeiro (Diário da República n.º 14, Série I de 19 de janeiro de 2012)

— Portaria n.º 17-A/2012, de 19 de janeiro (Diário da República n.º 14, Suplemento, Série I de 19 de janeiro de 2012)

— Portaria n.º 26/2012, de 27 de janeiro (Diário da República n.º 20, Série I de 27 de janeiro de 2012)

Os diplomas supra referidos, aprovam os seguintes novos formulários e modelos:

— Nova declaração Modelo 30, relativa às obrigações das entidades que devam efetuar retenções na fonte - pela Portaria n.º 16/2012, de 19 de Janeiro;

— Novo modelo de declaração de regularização tributária de elementos patrimoniais colocados no exterior - Portaria n.º 17-A/2012, de 19 de Janeiro; e

— Nova Folha de Rosto e novo Anexo Q (relativo aos elementos contabilísticos e fiscais do imposto do selo) da Informação Empresarial Simplificada («IES») - Portaria n.º 26/2012, de 27 de Dezembro;

#### IVA - IRC - Certificação Prévia de Programas Informáticos de Faturação

— Portaria n.º 22-A/2012, de 24 de Janeiro (Diário da República n.º 17, Série I de 24 de Janeiro de 2012)

— Ofício Circulado n.º 50000/2012 de 26 de Janeiro

A Portaria n.º 22-A/2012, de 24 de Janeiro altera, reenumera e republica - com efeitos a 1 de Abril de 2012 - a Portaria n.º 363/2010, de 23 de Junho, que regulamenta a certificação prévia dos programas informáticos de faturação.

De acordo com a Portaria em referência ficam excluídos da obrigação de utilização exclusiva de programas informáticos de faturação que tenham sido previamente certificados pela Administração Tributária, os contribuintes que:

- (i) Utilizem um software produzido internamente, do qual os sujeitos passivos sejam detentores dos respetivos direitos de autor;
- (ii) Tenham emitido menos de 1000 faturas ou documentos equivalentes no período de tributação anterior;
- (iii) Cujo volume de negócios seja de € 125.000, entre 1 de Abril de 2012 e 1 de Janeiro de 2013, e de € 100.000, a partir desta data (1 de Janeiro de 2013);
- (iv) Efetuem transmissões de bens através de aparelhos de distribuição automática ou prestações de serviços em que seja habitual a emissão de talão, bilhete de ingresso ou de transporte, senha ou outro documento pré-impresso e ao portador comprovativo do pagamento.

Os sujeitos passivos que, encontrando-se abrangidos pelos requisitos de exclusão, optem por utilizar um programa informático de faturação, bem como os sujeitos passivos que utilizem programa de faturação multiempresa, passam a estar obrigados a utilizar um programa certificado pela Administração Tributária.

Acresce que todos os sujeitos passivos que utilizem uma versão certificada de programa de faturação terão o dever expresso de utilizar uma versão que observe os requisitos técnicos correspondentes, incluindo sujeitos passivos que não sejam obrigados a utilizar programa certificado.

A certificação de determinado programa de faturação passa a depender da observância de requisitos técnicos aprovados por despacho do Diretor-Geral da Administração Tributária, por acréscimo aos requisitos técnicos estabelecidos na própria Portaria. Esses requisitos técnicos foram já aprovados por despacho de 26 de Janeiro de 2012, tendo sido divulgados através do Ofício-Circulado n.º 50000/2012, de 26 de Janeiro.

**Formulário da  
Declaração Modelo  
40 - Valor dos Fluxos  
de Pagamentos com  
Cartões de Crédito e  
de Débito**

*Portaria n.º 34-B/2012 (Diário da República n.º 23, Suplemento, Série I de 1 de fevereiro de 2012)*

A Portaria em referência vem aprovar o formulário da declaração Modelo 40 respeitante ao valor dos fluxos de pagamentos com cartões de crédito e de débito, que deverá ser apresentada, nos termos do art.º 63º-A da LGT, pelas instituições de crédito e sociedades financeiras relativamente aos clientes que sejam sujeitos passivos que auferiram rendimentos da categoria B de IRS e de IRC e que tenham contas bancárias associadas a Terminais de Pagamento Automático (TPAs).

**Formulário da  
Declaração Modelo  
22 de IRC**

*Despacho n.º 1553-B/2012, de 1 de fevereiro (Diário da República n.º 23, 2.º Suplemento, Série II de 1 de fevereiro de 2012)*

O presente despacho vem aprovar o novo formulário da declaração periódica de rendimentos de IRC - Modelo 22, respetivos anexos e instruções de preenchimento.

**Formulários das  
Declarações de  
Cumprimento de  
Obrigações  
Acessórias**

*Ofício Circulado n.º 20157/2012 de 2 de fevereiro*

O Ofício-circulado em referência aprova, com efeitos a 1 de janeiro de 2012, as alterações nos modelos destinados a dar cumprimento das obrigações acessórias previstas nas alíneas c) e d), do art.º 119.º do Código do IRS e art.º 128.º do Código do IRC - Declaração Modelo 10 -, na alínea b), do n.º 12 do art.º 119.º do Código do IRS - Declaração Modelo 39 -, e no n.º 1 do art.º 127.º do Código do IRS - Declaração Modelo 37.

\* Esta sección de Derecho Tributario ha sido coordinada por Jesús López-Tello y Víctor Manuel Martín Samaniego, y en su elaboración han participado António Castro Caldas, Mafalda Alves y Tatiana Lisboa Padrão, del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

**IRS - Tabelas de retenção na fonte**

*Despacho n.º 2075-A/2012, de 13 de fevereiro (Diário da República n.º 31, Série II de 13 de fevereiro de 2012)*

O Despacho em referência vem aprovar as novas tabelas de retenção na fonte para o ano de 2012, em cumprimento do disposto no Decreto-Lei n.º 42/91, de 22 de janeiro.

**IVA - Cooperação administrativa e luta contra a fraude**

*Regulamento de Execução (UE) n.º 79/2012 da Comissão, de 31 de janeiro de 2012 (JOUE L 29/13 de 1 de fevereiro de 2012)*

O Regulamento em análise vem alterar e reformular o Regulamento da Comissão (CE) n.º 1925/2004, de 29 de outubro de 2004, bem como o Regulamento (CE) n.º 1174/2009, de 30 de novembro de 2009, assim estabelecendo as normas de execução de determinadas das disposições do Regulamento (UE) n.º 904/2010 do Conselho, de 7 de outubro de 2010, relativo à cooperação administrativa e à luta contra a fraude no domínio do IVA.

O presente Regulamento vem introduzir novas normas de execução no que respeita ao intercâmbio (troca e conservação) de informações.

**IRC - Taxa de derrama lançada para cobrança em 2012**

*Ofício Circulado n.º 20158/2012 de 3 de fevereiro*

O Ofício-circulado em análise procede à divulgação da lista de municípios e das taxas de derrama lançadas para cobrança em 2012, necessárias ao preenchimento do Anexo A da Declaração de Rendimentos Modelo 22.

No distrito de Lisboa as principais alterações foram nos municípios da Lourinhã (onde a taxa normal passa a 1,50%), da Amadora (com possibilidade de isenção) e de Cascais (onde está prevista uma taxa reduzida de 0,75% e a possibilidade de isenção).

No distrito do Porto as principais alterações foram nos municípios da Maia (onde está prevista uma taxa reduzida de 1%), de Paços de Ferreira (onde se prevê a possibilidade de isenção) e de Santo Tirso (que prevê uma taxa reduzida de 1,25%).

**Regulamentação da contribuição sobre o setor bancário**

*Portaria n.º 77/2012 (Diário da República n.º 61, Série I de 26 de março de 2012)*

A Portaria em referência vem alterar os artigos 3.º e 4.º, n.º 2 al. c) da Portaria n.º 121/2011, de 30 de março que densificou os critérios relevantes para a determinação da base de incidência fixada pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, que estabeleceu no seu artigo 141.º um regime de contribuição sobre o setor bancário.

A contribuição sobre o setor bancário passa a incidir sobre o passivo apurado e aprovado pelos sujeitos passivos deduzidos dos fundos próprios de base (tier 1) e complementares (tier 2), dos depósitos abrangidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos e pelo Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútua, e dos depósitos na Caixa Central constituídos por Caixas de Crédito Agrícola Mútua pertencentes ao Sistema Integrado do Crédito Agrícola Mútua, ao abrigo do artigo 72.º do Regime Jurídico do Crédito Agrícola Mútua e das Cooperativas de Crédito Agrícola, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/91, de 11 de janeiro, republicado pelo Decreto-Lei n.º 142/2009, de 16 de junho.

A presente Portaria aprova, ainda, a nova declaração de modelo oficial n.º 26 e respetivas instruções.

**2 · JURISPRUDENCIA****Impuesto sobre Sociedades. Comprobación de bases imponibles negativas de ejercicios prescritos**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, de 21 de julio de 2011*

Tanto la Ley del Impuesto sobre Sociedades como la Ley General Tributaria contienen preceptos que parecen permitir, según el criterio de la Inspección Tributaria y los Tribunales Económico-Administrativos, la comprobación de la «procedencia y cuantía» de las bases imponibles negativas generadas en períodos prescritos, si tales bases se compensan en períodos no prescritos.

Este concepto de «procedencia y cuantía» lo interpreta la Administración de forma muy amplia, hasta el punto de entender que pueden revisarse todos los elementos que dieron lugar a las bases negativas.

Frente a este criterio, la Audiencia Nacional reitera (como ya hizo en sentencia de 26 de mayo de 2011) que la Administración puede revisar únicamente que las bases existen (que se declararon) y que se computaron correctamente desde un punto de vista puramente «aritmético»: la Administración puede revisar la contabilidad de los ejercicios prescritos (y, por tanto, aquellos ejercicios cuyas liquidaciones han devenido firmes) para comprobar que las operaciones de cálculo realizadas para determinar las bases negativas fueron correctas, pero no para discutir si, por ejemplo, un gasto computado como deducible lo era o no.

**Impuesto sobre Sociedades. Régimen fiscal especial de las fusiones y otras operaciones de reestructuración**

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2.ª, de 27 de octubre de 2011*

Según la Audiencia Nacional, la comunicación de la opción por la aplicación del régimen especial de fusiones y otras operaciones de reestructuración a la Administración tributaria competente es un requisito constitutivo que debe cumplirse debidamente para que este régimen sea de aplicación.

Se trata de un criterio contrario al mantenido por la Dirección General de Tributos, que ha venido admitiendo la aplicación del régimen en casos en los que la comunicación se hace de forma defectuosa o incluso cuando no se efectúa la comunicación.

En particular, en el caso examinado por la sentencia, la Audiencia Nacional rechaza la aplicación del régimen especial en una aportación no dineraria en la que la comunicación la realizó la entidad transmitente en vez de la adquirente (cuando la norma establece que debe realizarse por el adquirente). A estos efectos, considera irrelevante que la entidad adquirente se encontrara en formación en el momento de la aportación, puesto que el régimen de la «sociedad en formación» permite que sus administradores, representantes o mandatarios puedan llevar a cabo los actos que resulten necesarios hasta la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.

**Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras. La base imponible en las instalaciones fotovoltaicas es el coste de todos los elementos que se incorporan a la instalación**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2.ª, de 9 de noviembre de 2011*

El TS, en sentencia de 14 de mayo de 2010, señaló que la base imponible del ICIO en el caso de instalaciones de parques eólicos incluía el coste de todos los elementos necesarios para la captación de la energía que figuren en el proyecto para el que se solicita la licencia de obras y que carezcan de singularidad o identidad propia respecto de la construcción realizada.

En esta sentencia, el alto Tribunal aplica la misma doctrina a las instalaciones de plantas fotovoltaicas, estableciendo que la base imponible del ICIO en estos casos está formada, no solo por la obra civil, esto es, las obras necesarias para poder llevar a cabo la instalación, sino también por el conjunto de elementos que se incorporan a la instalación y que son esenciales para convertir la energía solar en energía eléctrica.

**[Portugal]**

**IRC - Menos-Valias - Dedução de Prejuízos**

— *Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte no Processo n.º 1544/06, de 20 de dezembro de 2012*

— *Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte no Processo n.º 1747/06, de 20 de dezembro de 2012*

Nos Acórdãos em referência, o Tribunal Central Administrativo Norte veio pronunciar-se sobre o reconhecimento gastos ao abrigo do art.º 23.º do Código do IRC. Em ambos os Acórdãos discutia-se a legalidade de determinadas correções levadas a cabo pela Administração Tributária em que esta desconsiderou como gastos determinadas menos-valias obtidas com a alienação de partes sociais com fundamento no facto de o preço de alienação não corresponder ao preço de mercado.

O Tribunal Central Administrativo Norte veio entender que um custo preenche o critério da «indispensabilidade» previsto pelo art.º 23.º do Código do IRC para o seu reconhecimento fiscal pelo simples fato de estar ligado à atividade empresarial. Mais esclareceu o Tribunal Central Administrativo Norte que não cabe à Administração Tributária ou aos Tribunais apreciar a decisão empresarial, a oportunidade ou o mérito do negócio que deram origem à menos-valia - «o direito fiscal tem de reconhecer ao dono do negócio o direito ao erro de gestão».

Assim, decidiu o Tribunal Central Administrativo Norte que são ilegais as correções efetuadas, uma vez que não pode a Administração Tributária desconsiderar gastos com base em apreciações discricionárias relativas à oportunidade da transação que lhes deu origem. A Administração Tributária apenas poderá desconsiderar gastos, nos termos do art.º 23º do Código do IRC, suportada numa apreciação objetiva sobre se os gastos em causa estão ligados à atividade empresarial do sujeito passivo ou não.

**IVA - Diretiva 77/388. CEE - Dedução do imposto pago a montante**

*Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 16 de fevereiro de 2012*

O STA apresentou junto do TJUE um pedido de decisão prejudicial que tinha por objeto a interpretação dos artigos 17.º, n.ºs 2 e 5 e 19.º da Sexta Diretiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de maio de 1977, que regulam o direito à dedução do IVA e o cálculo do pro rata, respetivamente.

A questão colocada pelo STA era a de se saber se os referidos artigos deviam «ser interpretados no sentido de que se opõem a que um Estado-Membro, quando autoriza os sujeitos passivos mistos a efetuar a dedução prevista nas referidas disposições, com base na afetação da totalidade ou parte dos bens e serviços, calcule o montante dedutível, para os setores em que esses sujeitos passivos apenas efetuem operações tributáveis, incluindo as «subvenções» não tributáveis no denominador da fração que serve para determinar o pro rata de dedução».

O TJUE, no Acórdão em referência, pronunciou-se no sentido de que as disposições legais em causa devem ser interpretadas no sentido supra descrito, reconhecendo que estando o sujeito passivo autorizado a efetuar a dedução segundo o método da afetação real, não lhe são aplicáveis as regras do art.º 19º da Diretiva (relativas à dedução segundo o método do pro rata), não se encontrando assim limitado o direito à dedução pela inclusão do montante correspondente às «subvenções» não tributáveis no denominador da fração.

**IRC - Menos-valias com a dissolução e liquidação de sociedades**

*Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul - Processo N.º 05097/11, de 31 de janeiro de 2012*

No Acórdão em referência, colocava-se a questão de saber se a dedutibilidade do gasto correspondente a uma menos-valia decorrente da extinção de uma sociedade em que o sujeito passivo tem uma participação social podia ter sido aferida à luz do art.º 23.º do Código do IRC, que estabelece que apenas são dedutíveis para efeitos fiscais os gastos comprovadamente forem indispensáveis para a realização dos proveitos ou ganhos sujeitos a imposto.

Esclareceu o Tribunal Central Administrativo Sul, no Acórdão em referência, que a indispensabilidade a que se refere a supra mencionada disposição legal não se respeita à necessidade, ou sequer à conveniência, do gasto, sob pena de uma intolerável intromissão da Administração Tributária na autonomia e na liberdade de gestão do contribuinte.

**Cláusula Geral Antiabuso**

*Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul - Processo N.º 05104/11, de 14 de fevereiro de 2012*

No Acórdão em referência, o Tribunal Central Administrativo Sul vem aplicar cláusula geral antiabuso, prevista no art.º 32º, n.º 2 da LGT, afirmando que «Preenche todos os pressupostos da cláusula antiabuso, a contribuinte que fez interpor entre si e o cliente final, uma sociedade por si detida na sua maior parte, sem atividade comercial típica e normal e nem património ou qualquer estrutura física, em que os atos praticados não tiveram em vista gerar qualquer lucro para si, enquanto ente autónomo, tendo apenas praticado atos formais de intermediação, que permitiram beneficiar a contribuinte, face ao regime legal de isenção aplicável na zona franca da Madeira em que a mesma se encontrava sediada, tendo por estas operações obtido exatamente o mesmo resultado económico como se tais operações fossem diretamente, por si realizadas».

Afirma pois o Tribunal que, no caso em apreço, a transformação dos juros de capital aplicado, em lucros distribuídos, operada através da interposição de uma empresa participada isenta de IRC, produz um efeito de poupança fiscal que é proibida pela cláusula geral antiabuso, prevista no 32º, n.º 2 da LGT .

### 3 · DOCTRINA ADMINISTRATIVA (RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL)

#### Autoliquidación complementaria. Reintegro de una devolución

#### *Resolución de 28 de noviembre de 2011 (00/2549/2009)*

Sostiene el TEAC que en el caso de autoliquidaciones complementarias con resultado de reintegro de cantidades cuya devolución no procedía, no cabe la exigencia de los recargos por extemporaneidad del artículo 27 de la LGT. En cambio, deberán liquidarse intereses de demora de conformidad con el artículo 26 de la LGT (criterio ya expresado por el Tribunal en resolución de 19 de noviembre de 1998, vigente la antigua LGT).

#### Ley General Tributaria. Principio de calificación

#### *Resolución de 1 de diciembre de 2011 (00/1567/2010)*

A juicio del TEAC, el principio de calificación es una facultad que la Ley atribuye a la Administración y que no puede ser invocada por los contribuyentes para modificar la calificación dada por ellos mismos a sus propios contratos. A este entendimiento conduce el principio de buena fe e interdicción del abuso del derecho (artículo 7 del Código Civil), que impide que la libertad de la que se dispone para configurar los contratos celebrados y las cláusulas en ellos incluidas sea usada en perjuicio de terceros, mediante denominaciones falsas, oscuras o equívocas (artículo 1288 del Código Civil).

El TEAC señala que la voluntad de las partes plasmada en el acuerdo analizado fue la de concluir el negocio mediante la fórmula de cuenta en participación, no pudiendo posteriormente el interesado mantener una calificación distinta de este negocio. Este mismo criterio de que el principio de calificación solo puede invocarse por la Administración fue ya manifestado por el TEAC en su resolución de 25 de junio de 2009 (RG 3123/2008).

#### IVA. Períodos de liquidación. Alcance del recurso extraordinario para la unificación de doctrina

#### *Resolución de 13 de diciembre de 2011 (00/10229/2009)*

Tras acordar el TEAR la anulación de unas liquidaciones del IVA por haber sido practicadas atendiendo a un período de liquidación anual, no previsto en la normativa reguladora del IVA, el Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la AEAT interpuso recurso de alzada ordinario, al entender que en su pronunciamiento el TEAR debió prever la posibilidad de dictar un nuevo acuerdo en sustitución del anulado. Este recurso fue desestimado por el TEAC en resolución de 29 de junio de 2010, ante lo cual el Director General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda interpuso recurso extraordinario para la unificación de doctrina, que fue estimado parcialmente en resolución de 24 de noviembre de 2010, acordando el TEAC unificar la doctrina en el sentido de que «en el caso de que se anule una liquidación anual del Impuesto sobre el Valor Añadido por considerarse que hubieran debido practicarse tantas liquidaciones como períodos de liquidación fueron objeto de comprobación, procederá la práctica de las nuevas liquidaciones».

En este contexto, el Inspector Regional de la Dependencia de Inspección Regional competente dicta un acto de ejecución de la resolución del TEAC de 29 de junio de 2010, practicando nuevas liquidaciones.

La resolución ahora comentada anula este acto de ejecución, al entender que «nos encontramos en el supuesto que examinamos ante un acto firme (en tanto no ha sido objeto de recurso contencioso-administrativo, promovido, previa declaración de lesividad, por la Administración tributaria), por lo que debe respetarse la eficacia y validez del mismo, sin que pueda otorgarse eficacia retroactiva al recurso extraordinario para la unificación de doctrina que, si bien vincula a toda la Administración tributaria, lo hace a partir de su adopción».



#### 4 · CONSULTAS DE LA DGT

**Impuesto sobre Sociedades. Aportación no dineraria especial por socio no residente en España**

*Consulta de 14 de septiembre de 2011 (V2055-11)*

La DGT confirma que tanto los socios residentes en España como los socios residentes en la Unión Europea que realicen aportaciones no dinerarias especiales que cumplan los requisitos del artículo 94 del TRLIS podrán acogerse al régimen fiscal especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS.

**Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Reducción por irregularidad en rendimientos del trabajo**

*Consulta de 16 de septiembre de 2011 (V2083-11)*

Como consecuencia de su adhesión en 2009 a un convenio colectivo de eficacia limitada de la empresa donde trabajaba, el consultante ha percibido en noviembre de 2009 «revisiones económicas» (sic) correspondientes a los años 2006, 2007, 2008 y los meses de 2009 anteriores a la fecha de adhesión. Se consulta sobre la aplicación de la reducción del 40% establecida en el artículo 18.2 de la Ley del IRPF a estas cantidades.

Al no corresponderse los rendimientos objeto de consulta con ninguno de los supuestos reglamentariamente reconocidos como notoriamente irregulares, el asunto se reconduce a la posible existencia de un período de generación superior a dos años. Al respecto, la DGT considera que, *«si bien el Convenio resulta aplicable al consultante desde el momento de su adhesión al mismo, la retroactividad de las revisiones salariales que conforme a los hechos conlleva la adhesión, unido a la exigibilidad conjunta de esas revisiones correspondientes a años anteriores y su extensión temporal a lo largo de un período que abarca más de dos años (2006, 2007 y 2008) nos lleva a concluir que a las mismas (las correspondientes a los años anteriores al de su percepción) les resulta aplicable la reducción del 40 por 100 que el artículo 18.2 de la Ley del Impuesto establece para los rendimientos íntegros del trabajo con un período de generación superior a dos años y que no se obtienen de forma periódica o recurrente»*.

**Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Compensación satisfecha a los accionistas titulares de derechos de asignación gratuita por los derechos no ejercitados ni transmitidos en el mercado**

*Consulta de 19 de septiembre de 2011 (V2111-11)*

Se plantea cuál debe ser la calificación a efectos del IRPF de la compensación satisfecha a los accionistas titulares de derechos de asignación gratuita, derivados de una ampliación de capital con cargo a reservas, por los derechos no ejercitados ni transmitidos en el mercado.

Reiterando la doctrina expuesta en las consultas V2206-10 y V0848-10, la DGT considera que esta compensación tiene por objeto garantizar a los accionistas la percepción de una determinada remuneración con independencia de la valoración en el mercado de los derechos de asignación y de que los derechos adquiridos finalmente se ejerciten o no, por lo que no procede aplicar el tratamiento propio de la transmisión de los derechos de suscripción, sino el correspondiente a los rendimientos obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 25.1.a) de la Ley del IRPF.

Esta calificación comporta el sometimiento a retención de las cantidades satisfechas a los titulares de los derechos de asignación.

**Impuesto sobre Sociedades. Retención en los arrendamientos de negocio de producción de la energía fotovoltaica**

*Consulta de 19 de septiembre de 2011 (V2139-11)*

Una entidad es titular de una finca y unas instalaciones fotovoltaicas. Por razones burocráticas son otras entidades, vinculadas a la entidad consultante, las que poseen las autorizaciones administrativas para la producción de energía fotovoltaica. En consecuencia, la entidad consultante viene prestando a las titulares de tales autorizaciones los servicios de *«arrendamiento de terreno por la cesión de uso, el servicio de mantenimiento de la actividad de producción (arrendamiento de servicios) y el servicio de arrendamiento de las placas solares»*.

Se consulta si las cuotas por estos servicios deben someterse a retención.

La DGT no entra a considerar si la actividad realizada debe calificarse como arrendamiento de negocio o no, limitándose a indicar que, dándose las siguientes circunstancias simultáneamente, las rentas correspondientes no estarían sujetas a retención:

(i) Por un lado, que estemos ante un arrendamiento de empresa, industria o negocio y no de local de negocio.

Al respecto, el TS en su sentencia número 137/2000, de 21 de febrero, establece la distinción entre ambos arrendamientos en estos términos: «*La doctrina de esta Sala relativa a la distinción entre los arrendamientos de local de negocio y los de industria es absolutamente diáfana, destacando que mientras en los primeros se cede el elemento inmobiliario, es decir, un espacio construido y apto para que en él se explote el negocio, en los segundos el objeto contractual está determinado por una doble composición integradora, por un lado el local, como soporte material, y por otro, el negocio o empresa instalada y que se desarrolla en el mismo, con los elementos necesarios para su explotación, conformando un todo patrimonial*».

En consecuencia, el contrato de arrendamiento de negocio ha de entenderse como aquel arrendamiento cuyo objeto es una unidad patrimonial que tiene vida propia, que se encuentra en condiciones de funcionamiento cuando se arrienda y va a seguir siendo explotado de la misma forma y manera por el arrendatario durante su vigencia.

(ii) En segundo lugar, es preciso que la actividad de arrendamiento de negocio constituya, para la sociedad arrendadora, una actividad económica en el desarrollo de su objeto social.

El arrendamiento es normalmente en sí mismo una operación realizada con continuidad en el tiempo, circunstancia que no determina por sí misma la realización de una actividad habitual o la realización de una actividad empresarial. Será necesario, a estos efectos, que la sociedad arrendadora cuente con una estructura organizativa propia que resulte adecuada y suficiente para el desarrollo de la actividad.

En definitiva, esta circunstancia se dará cuando el sujeto pasivo desarrolle la actividad de arrendamiento de industria de forma continuada en cumplimiento de su objeto social, con la consiguiente organización de recursos humanos y medios materiales exigidos por el volumen de contratación en este ámbito de negocios.

**Impuesto sobre Sociedades. Deducción para evitar la doble imposición jurídica internacional**

*Consulta de 21 de septiembre de 2011 (V2178-11)*

La consultante es una agencia de publicidad que ha realizado trabajos para una sociedad domiciliada en el Principado de Andorra. La consultante ha soportado una retención del 10% en concepto del impuesto sobre la renta de no residentes andorrano.

Considera la DGT que, en su caso, el impuesto andorrano podrá ser objeto de deducción en los términos establecidos en el artículo 31 del TRLIS, pues dicho artículo no condiciona la deducción a la procedencia de la renta, es decir, a si se ha obtenido o no a través de un paraíso fiscal. Asimismo, se indica que para determinar el límite de esta deducción (el importe de la cuota íntegra que en España correspondería pagar si las rentas se hubiesen obtenido en territorio español), deberá computarse no solo el ingreso procedente del extranjero, sino también los gastos asociados a dicho ingreso.

**Impuesto sobre Sociedades. Aportación no dineraria especial y posterior dación en pago**

*Consulta de 23 de septiembre de 2011 (V2227-11)*

La entidad mercantil E, participada íntegramente por la entidad consultante, es una sociedad *holding* que tiene el 89% del capital de una sociedad operativa con domicilio y residencia fiscal en Polonia, ostentando la entidad consultante directamente el resto del capital (11%) de la no residente.

Una sociedad S, dedicada a la promoción inmobiliaria, pretende participar en el proyecto inmobiliario inversor en Polonia, tomando una participación en la entidad E mediante la aportación no dineraria de una parte de sus inmuebles. El destino previsible de los inmuebles aportados por la entidad S a la entidad E sería su dación en pago a una entidad acreedora de la entidad consultante.

Dado que la entidad E mantiene deudas vencidas con su matriz (la entidad consultante), estas se cancelarían total o parcialmente por el importe de los inmuebles adjudicados por parte de la entidad E a la entidad financiera C en pago de la deuda que mantiene la entidad consultante con la entidad financiera.

En definitiva, los motivos por los que esta operación se realiza son dos:

- (i) Dar entrada a la entidad S para que participe en el proyecto inmobiliario inversor en Polonia.
- (ii) La extinción por compensación de los créditos y débitos recíprocos que mantienen la consultante y la entidad E.

Entiende la DGT que la aportación no dineraria llevada a cabo por S es una aportación no dineraria especial que no cumple los requisitos para poder aplicar el régimen especial previsto en el capítulo VIII del título VII del TRLIS, puesto que, al no permanecer los inmuebles aportados en sede de la entidad que recibe la aportación (E), se considera que no se pretende llevar a cabo ninguna operación de reestructuración o racionalización de sus actividades, por lo que no puede considerarse que la operación tenga motivos económicos válidos.

**Impuesto sobre Sociedades. Régimen de exención del artículo 21 del TRLIS. Aportación de filial extranjera a un holding de nueva constitución**

*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 los artículos 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. No deducibilidad de la pérdida sufrida por la adquisición de bonos a un valor inferior a su valor de mercado para salvaguardar su reputación frente a sus clientes**

*Consulta de 3 de octubre de 2011 (V2335-11)*

La pérdida registrada por una gestora por comprar a un fondo que ella misma gestiona bonos de renta fija emitidos por un banco islandés por su valor nominal, a pesar de que su valor de mercado es muy inferior, no es fiscalmente deducible. Salvaguardar la reputación y evitar cualquier exigencia de responsabilidad de su mala gestión no justifica que la gestora tuviese que asumir las referidas pérdidas. Por tanto, la pérdida obedece a una liberalidad no deducible.

**Impuesto sobre Sociedades. Exención de plusvalías en transmisiones de sociedades extranjeras**

*Consulta de 28 de octubre de 2011 (V2581-11)*

A lo largo de un ejercicio fiscal se transmite la totalidad de la participación en una sociedad no residente, si bien, ante la imposibilidad de colocar la participación en su totalidad de una sola vez, se fracciona la transmisión, ejecutándose a través de sucesivas operaciones de venta, de tal forma que en las últimas ventas el porcentaje de participación poseído es inferior al 5%. Se pregunta sobre la aplicación de la exención del artículo 21 del TRLIS a estas últimas ventas.

La DGT concluye que el requisito de participación mínima se entendería únicamente cumplido en el momento de la transmisión del primer paquete accionarial, pero no en las transmisiones posteriores, dado que en el momento de realizarse estas últimas ya no se posee el porcentaje de participación mínimo exigido por la Ley. En consecuencia, solo la primera transmisión (en la cual sí se mantenía más de un 5% del capital social) podrá beneficiarse del régimen de exención.

Entiende la DGT que no puede trasladarse a este supuesto lo establecido en el artículo 42 del TRLIS, que establece que, a efectos de la deducción por reinversión, el cómputo de la participación transmitida se referirá al período impositivo, por cuanto no se admite la analogía en el ámbito del hecho imponible, exenciones y demás beneficios e incentivos fiscales.

**Impuesto sobre Sociedades. Operaciones de reestructuración. Fusión inversa transnacional**

*Consulta de 3 de noviembre de 2011 (V2624-11)*

La entidad consultante y la entidad C son dos entidades participadas por un mismo accionista, la entidad no residente luxemburguesa M. Las tres entidades están considerando realizar una fusión transfronteriza por absorción en cuya virtud la entidad consultante absorbería a la entidad C y a la entidad M.

La DGT hace depender la aplicación del régimen fiscal especial a la fusión de la exención o no de la transmisión por M de las participaciones en la consultante bajo el Convenio para evitar la doble imposición con Luxemburgo.

Entiende la DGT que la operación que se pretende realizar genera una renta en España por cuanto la entidad M transmite las participaciones en la entidad consultante, cuyo patrimonio está constituido en parte por inmuebles. Si la sociedad es inmobiliaria en el sentido del artículo 13.1 del Convenio para evitar la doble imposición suscrito con Luxemburgo, o no resulta de aplicación este Convenio, la operación en principio generaría una renta para M y aunque «esta renta no se encuentra incluida entre aquellas que no se integran en la base imponible del transmitente por aplicación del artículo 84 del TRLIS [sin hacer referencia alguna al artículo 89.4 del TRLIS]», «debe entenderse que dicha renta no debería integrarse en la base imponible de la entidad transmitente a efectos del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, sino que quedará diferida su tributación en territorio español hasta el momento en que la entidad consultante transmita las participaciones que posee en la entidad M, siempre que proceda la aplicación del régimen fiscal especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS».

No obstante, considera el centro directivo que no resultaría de aplicación este régimen fiscal especial puesto que «la fusión de la entidad consultante con la entidad M, tendría como finalidad

*conseguir una ventaja fiscal al margen de las razones económicas señaladas por el consultante, como es eludir la tributación que se producía en España atribuible a las rentas que generaría la mencionada operación de fusión. En consecuencia el régimen especial previsto en el capítulo VIII del Título VII del TRLIS no ampararía la fusión de la sociedad M, sin perjuicio de que la fusión entre la consultante y la sociedad C pueda ampararse en el régimen fiscal especial».*

En cambio, si el Convenio para evitar la doble imposición con Luxemburgo resulta de aplicación y la sociedad no es inmobiliaria en el sentido del artículo 13.1, entiende la DGT que en ese caso sí podría apreciarse la existencia de motivos económicos válidos y, consiguientemente, podría aplicarse el régimen fiscal especial.

## UNIÓN EUROPEA\*

### 1 · LEGISLACIÓN

**Política económica y fiscal. Gobernanza económica**

*Tratado de Estabilidad de Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria aprobado por el Consejo Europeo el 30 de enero de 2012*

El Tratado se firmó en marzo por todos los Estados miembros, excepto Reino Unido y República Checa, y está pendiente de ratificación. El Tratado establece un «pacto fiscal» que tiene por objeto reforzar y mejorar el pilar económico de la Unión Económica y Monetaria, mediante la adopción de un conjunto de normas destinadas a promover la disciplina presupuestaria, la coordinación de sus políticas económicas y la gobernanza de la zona del euro.

### 2 · JURISPRUDENCIA

**Mercado interior de la electricidad. Obligaciones de servicio público**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 21 de diciembre de 2011 en el asunto Enel Produzione SpA c. Autorità per l'energia elettrica e il gas (as. C-242/10)*

El Tribunal establece que la normativa italiana que obliga a los productores de energía eléctrica titulares de instalaciones esenciales a presentar ofertas en los mercados nacionales de electricidad en las condiciones establecidas por la sociedad gestora de la red de transporte y de distribución es conforme con la Directiva 2003/54/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, por tratarse de una medida proporcionada y adecuada para conseguir los objetivos de reducción del precio de la electricidad en interés del consumidor final y garantizar la seguridad de la red eléctrica.

**Política social. Sustitución de trabajadores**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 26 de enero de 2012 en el asunto Bianca Küçük y Land Nordrhein-Westfalen (as. C-586/10)*

El Tribunal de Justicia señala que la necesidad de sustitución temporal de un trabajador —en especial en caso de sustitución a causa de un permiso de maternidad o de un permiso parental— que prevé el Derecho alemán puede constituir una razón objetiva en el sentido de la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada que justifique tanto la duración determinada de los contratos concluidos con el personal sustituto como la renovación de estos contratos.

**Contratos con consumidores. Nulidad de contratos con cláusulas abusivas**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 15 de marzo de 2012 en el asunto Jana Perenico-vá y Vladislav Perenic (as. C-453/10)*

El Tribunal de Justicia declara que la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores no se opone a que un Estado miembro establezca una normativa nacional que permita declarar la nulidad de un contrato (y no de las cláusulas abusivas)

entre un profesional y un consumidor que contenga una o varias cláusulas abusivas cuando ello garantice una mejor protección del consumidor.

**Unión aduanera.  
Condonación de  
deuda**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 22 de marzo de 2012 en el asunto Portugal/ Transportes e Navegação, SA (as. C-506/09p)*

El Tribunal de Justicia confirma la sentencia del Tribunal General en la que se establecía que la falta de diligencia de las autoridades aduaneras nacionales a la hora de determinar la garantía para cubrir los derechos aduaneros derivados de un determinado conjunto de operaciones de tránsito, puede dar lugar a una situación especial que justifique la condonación de la deuda aduanera.

**Contratos públicos.  
Ofertas  
anormalmente bajas**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 29 de marzo de 2012 en el asunto Sag Elv Slovensko A.S. y otros/Urad pre Verejné Obstarávanie (as. C-599/10)*

El Tribunal de Justicia señala que la Directiva 2004/18/CE sobre contratos públicos obliga al poder adjudicador a verificar la composición de las ofertas anormalmente bajas y solicitar a los candidatos que aporten las justificaciones necesarias para demostrar que esas ofertas son serias. Por el contrario, según el Tribunal, la Directiva no contiene ninguna disposición que indique expresamente qué debe hacerse cuando el poder adjudicador comprueba, en un procedimiento de licitación restringido, que la oferta es imprecisa o no se ajusta a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones.

**Protección jurídica  
de programas de  
ordenador. Reventa  
de licencias de uso**

*Conclusiones del Abogado General Bot de 24 de abril de 2012 en el asunto Axel W. Bierbach c. Oracle International Corp (as. C-128/11)*

Según el Abogado General, la Directiva 2009/24/CE sobre la protección jurídica de programas de ordenador, debe interpretarse en el sentido de que el derecho de distribución de la copia de un programa de ordenador se agota si el titular del derecho que autorizó la descarga de Internet de esa copia en un soporte de datos otorgó igualmente a título oneroso un derecho de uso de dicha copia sin límite temporal. No obstante lo anterior, la Directiva debe interpretarse en el sentido de que, en caso de reventa del derecho de uso de la copia de un programa de ordenador, el segundo adquirente no puede invocar el agotamiento del derecho de distribución de dicha copia para reproducir el programa creando una nueva copia, a pesar de que el primer adquirente haya borrado la suya o ya no la utilice.

---

\* 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).