

CRÓNICA LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Unión Europea, España y Portugal

ADMINISTRATIVO*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

**Ley de Presupuestos
Generales del Estado
para 2012:
modificaciones de la
legislación sectorial**

Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 (BOE de 30 de junio de 2012)

La Ley de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 (en adelante, «LPGE2012») introduce una serie de modificaciones relevantes en determinadas normas administrativas sectoriales.

Así, la LPGE2012 modifica la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas:

(i) Se premia la denuncia de la posible existencia de bienes y derechos de titularidad pública mediante el pago del 10% de su valor. Este se calcula sobre el importe líquido de su venta siempre que se incluyan en el Patrimonio del Estado. Si los bienes no se vendiesen, el denunciante podrá reclamar el abono del premio una vez transcurrido un plazo de cinco años, contado desde la incorporación de estos bienes al patrimonio público, siempre que no se encuentre pendiente un procedimiento administrativo o judicial del que pudiera derivarse la revocación de la titularidad sobre el inmueble incorporado.

(ii) Se produce la equiparación del concurso respecto de la subasta para la enajenación de bienes inmuebles. La Ley limita la utilización del primero a los bienes que el Consejo de Ministros califique como adecuados para la enajenación mediante dicho procedimiento, debido a su conexión con las directrices de políticas públicas específicas.

(iii) La adquisición podrá realizarse mediante concurso público o mediante el procedimiento de licitación restringida regulado en la disposición adicional 15.^ª 4, salvo que se acuerde la adquisición directa por las peculiaridades de la necesidad a satisfacer, por las condiciones del mercado inmobiliario, por la urgencia de la adquisición resultante de acontecimientos imprevisibles o por la especial idoneidad del bien.

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

(iv) Los expedientes de enajenación, permuta o cesión gratuita de bienes del Patrimonio del Estado podrán tramitarse aun cuando los bienes se mantengan afectados a un uso o a un servicio público durante su instrucción, siempre que se proceda a su desafectación antes de dictar la resolución o acto aprobatorio de la correspondiente operación patrimonial.

(v) Se crea un nuevo sistema de licitación competitiva entre operadores preseleccionados para la adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles. Se trata de un procedimiento basado en la formación de una bolsa permanente de ofertas y la realización de procesos restringidos de selección entre las incorporadas al sistema.

La implementación de este sistema se acordará por Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Una vez publicada, los interesados podrán presentar ofertas indicativas de modo gratuito, y solo se admitirá una oferta por inmueble.

En cuanto a la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, las modificaciones que incorpora la LPGE2012 son las siguientes:

(i) Se establece la posibilidad de que la generación de crédito de la Seguridad Social tenga validez desde el momento del reconocimiento del derecho, sin necesidad de que el ingreso haya tenido lugar o de que exista un compromiso firme de aportación del ingreso generador del crédito.

(ii) Se incrementan los supuestos de créditos ampliables de entre los incluidos en los presupuestos de la Seguridad Social.

(iii) La financiación de las ampliaciones de crédito en el presupuesto de las entidades de la Seguridad Social y de los créditos extraordinarios podrá realizarse con cargo al remanente de tesorería.

(iv) Se dispone la posibilidad de que el Ministro de Economía y Competitividad autorice a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera la realización de operaciones pasivas de préstamo a un plazo no superior a tres meses. Estas operaciones no tendrán carácter presupuestario, con la excepción de los rendimientos o gastos que deriven de ellos, que se aplicarán a los Presupuestos Generales del Estado.

(v) Se autoriza a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera para que tramite la adhesión a mercados secundarios de valores (tales como AIAF Mercado de Renta Fija), siempre que resulte necesario para poder utilizar los valores negociados en operaciones de adquisición temporal de activos.

Asimismo, la LPGE2012 modifica el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, de forma que:

(i) Se incrementan los porcentajes de los rendimientos recaudatorios de los impuestos estatales atribuidos a las entidades locales que no hayan sido cedidos a las comunidades autónomas.

(ii) Se incrementan los porcentajes de los rendimientos de la recaudación de impuestos ya cedida a las provincias y entes asimilados.

La LPGE2012, con efectos de 1 de enero de 2013 en lo que se refiere a los impuestos especiales sobre hidrocarburos, también modifica la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía y se modifican determinadas normas tributarias. Concretamente:

(i) Se varía la fórmula por la que se determina la cuantía de la cesión parcial de la recaudación líquida por los tipos estatales del Impuesto sobre Hidrocarburos.

(ii) Se permite a las Comunidades Autónomas asumir competencias normativas sobre el tipo de gravamen autonómico aplicable a determinados productos incluidos en la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, en relación con el Impuesto sobre Hidrocarburos.

Además, la LPGE2012 modifica el artículo 1 del Real Decreto-ley 9/2010, de 28 de mayo, por el que se autoriza a la Administración General del Estado el otorgamiento de avales en determinadas operaciones de financiación en el marco del Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera de los Estados miembros de la zona del euro. Tras la modificación, se le autoriza a otorgar avales, hasta el importe máximo del compromiso establecido para España en los acuerdos reguladores de la «Facilidad Europea de Estabilización Financiera», y conforme a las características en ellos especificadas, en garantía de las obligaciones económicas exigibles, derivadas de las emisiones de instrumentos financieros, de la concertación de operaciones de préstamo y crédito, así como de cualesquiera otras operaciones de financiación que se realicen en el marco de la «Facilidad Europea de Estabilización Financiera».

Reestructura y resolución de entidades de crédito

Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (BOE de 31 de agosto de 2012)

El objetivo principal del Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (en lo sucesivo, el «RD-I 24/2012») es dar adecuado cumplimiento a las medidas previstas en distintos documentos o instrumentos elaborados aplicables al programa de asistencia a nuestro país para la recapitalización del sector financiero: el *Memorandum de Entendimiento*, acordado el 20 de julio de 2012 por España en el seno del Eurogrupo; la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y empresas de inversión y de modificación de la Directivas 77/91/CEE y 82/891/CE del Consejo, las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE y 2011/35/CE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 (cfr. 6.6.2012, COM (2012) 280 final); y, finalmente, los *Elementos fundamentales para el Régimen de Resolución Efectivo de Instituciones Financieras* («Key Attributes»), aprobados por la Junta de Estabilidad Financiera (FSB) en octubre de 2011.

Esta implementación exigía, entre otras cuestiones, clarificar y mejorar la independencia operacional y la coordinación de las autoridades de resolución, y poner a su disposición un amplio abanico de facultades (*powers*) para que su intervención en las entidades de crédito en dificultades fuera ágil y efectiva.

Por eso el RD-I 24/2012 aborda el régimen jurídico y el haz de facultades de intervención del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), sustituyendo las previsiones del Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.

Según el artículo 50 del RD-I 24/2012, el FROB es una entidad de Derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad jurídica, a la que, sin embargo, no se le aplican las previsiones contenidas en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, ni le serán de aplicación las normas generales que regulan el régimen presupuestario, económico-financiero, contable y de control de los organismos públicos dependientes o vinculados a la Administración General del Estado, ni la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, si bien sí queda sometida a control parlamentario, del Tribunal de Cuentas y de la Intervención General del Estado.

El objetivo del FROB es la gestión de los procesos de reestructuración y resolución de las entidades de crédito, sin perjuicio de que intervenga también en los procesos de actuación temprana, en los que es el Banco de España el que asume el protagonismo.

Para alcanzar sus fines, se ha dotado al FROB de una serie de facultades, también contempladas por el FSB y ya recogidas en la propuesta de Directiva comunitaria actualmente en tramitación. Estas facultades son de doble naturaleza: mercantil y administrativa.

Las facultades de naturaleza administrativa vienen enumeradas de forma general en el artículo 62 del RD-I 24/2012, aunque también pueden encontrarse algunas mencionadas en otros preceptos de este texto legal (artículos 35, 41, 68, etc.). Son, básicamente, las siguientes:

- (i) Determinar el valor económico de la entidad o de sus correspondientes activos y pasivos, con los objetivos y metodologías fijados en el artículo 5 del propio RD-I 24/2012.

(ii) Requerir a cualquier persona cualquier información necesaria para preparar y adoptar o aplicar una medida o instrumento de reestructuración o de resolución.

(iii) Ordenar la transmisión de las acciones, cuotas participativas o aportaciones al capital social o, con carácter general, instrumentos representativos del capital o equivalente de la entidad o convertibles en ellos, cualesquiera que sean sus titulares, así como de los activos y pasivos de la entidad.

(iv) Obligar a una entidad de crédito a transmitir a una sociedad de gestión de activos determinadas categorías de activos especialmente dañados o cuya permanencia en el balance de la entidad se considere perjudicial para su viabilidad, a fin de dar de baja del balance dichos activos y permitir la gestión independiente de su realización.

(v) Realizar operaciones de aumento o reducción de capital, y de emisión y amortización total o parcial de obligaciones, cuotas participativas y cualesquiera otros valores o instrumentos financieros, así como las modificaciones estatutarias relacionadas con estas operaciones, pudiendo determinar la exclusión del derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital, o emisión de cuotas participativas.

(vi) Realizar acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada.

(vii) Determinar los instrumentos en que se concreten las medidas de reestructuración o resolución, incluyendo, en particular, las que supongan modificaciones estructurales de la entidad, las de su disolución y liquidación.

A este respecto, decidirá sobre la venta de títulos o de todo o parte de los activos y pasivos de la entidad, en condiciones de mercado, y a través de un procedimiento transparente que no ponga en juego la estabilidad del mercado financiero, tal como se detalla en el artículo 26 del RD-I 24/2012.

(viii) Disponer de forma inmediata, previo informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el traslado de los valores depositados en la entidad a otra entidad habilitada para desarrollar esta actividad, incluso si tales activos se encuentran depositados en terceras entidades a nombre de la entidad que presta el servicio de depósito. A estos efectos, el FROB adoptará las medidas necesarias para facilitar el acceso de la entidad a la que vayan a cederse los depósitos de los valores o su custodia a la documentación y registros contables e informáticos necesarios para hacer efectiva la cesión.

(ix) Ejercitar, en relación con la transmisión de valores, instrumentos financieros, activos o pasivos de la entidad, todas o alguna de las facultades siguientes: obligar a la entidad y al adquirente a facilitar la información y asistencia necesarias y requerir a cualquier entidad del grupo al que pertenezca la entidad a que proporcione al adquirente los servicios operativos necesarios para permitirle operar de manera efectiva el negocio transmitido.

(x) Suspender cualquier obligación de pago o entrega (salvo los depósitos abiertos en la entidad) que se derive de cualquier contrato celebrado por la entidad de crédito por un plazo máximo que se inicia con la publicación del ejercicio de esta facultad hasta las cinco de la tarde del día hábil siguiente.

(xi) Impedir o limitar la ejecución de garantías sobre cualquiera de los activos de la entidad por el período de tiempo que el FROB considere necesario para alcanzar los objetivos de la resolución.

(xii) Suspender el derecho de las contrapartes a declarar el vencimiento o resolución anticipada o a instar la ejecución o compensación de cualesquiera derechos u obligaciones relacionados con las operaciones financieras y determinados acuerdos de compensación contractual (concretamente a los que se refiere la sección 2.^a del capítulo II del título I del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública), como consecuencia de la adopción de cualquier medida de resolución, reestructuración o actuación temprana, por un plazo máximo que se inicia con la publicación del ejercicio de esta facultad también hasta las cinco de la tarde del día hábil siguiente.

Por lo que se refiere a la impugnación de los actos y decisiones producto del ejercicio de facultades administrativas, el RD-I 24/2012 señala que «pondrán fin a la vía administrativa», son inmediatamente ejecutivos desde su adopción, no necesitan ser notificados a los interesados, ni necesitan tampoco acuerdo societario alguno, ni publicación en ningún diario oficial, y no están sujetos a ninguna aprobación, ratificación, consentimiento o cualquier otro trámite o requisito.

El examen de su legalidad en vía judicial competecerá a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Ahora bien, ha de señalarse una serie de especialidades relevantes en el ámbito jurisdiccional:

- El FROB podrá ser demandado en los recursos que se interpongan contra actos de otra entidad (*i. e.*, la aprobación por el Banco de España de los planes de actuación temprana, de reestructuración y de resolución). En ese caso la actuación procesal y eventual responsabilidad del FROB quedará circunscrita al ámbito de competencias que le son propias (artículo 70 del RD-I 24/2012).
- En caso de que se hubiera interpuesto recurso contencioso-administrativo contra un acto del FROB y también se hubiera impugnado una decisión de naturaleza mercantil del mismo Fondo, el pleito mercantil se suspenderá hasta la resolución del recurso contencioso-administrativo, siempre y cuando el acto administrativo impugnado diera cobertura a las decisiones de naturaleza mercantil discutidas (artículo 69.3 del RD-I 24/2012).
- Existen también especialidades procesales de impugnación contra la actividad del FROB en materia de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada:
 - (i) Este tipo de actos solo pueden ser recurridos por:
 - Los accionistas o socios de la entidad de crédito emisora de los instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada que representen al menos un 5% del capital social y, en su caso, la entidad íntegramente participada a través de la cual se haya instrumentado la emisión.
 - Los titulares de valores incluidos en el ámbito de aplicación de la acción de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada.
 - El comisario o representante del sindicato o asamblea que agrupe a los titulares de los valores de una determinada emisión afectada por la acción, siempre que esté facultado para ello en virtud de los términos y condiciones de dicha emisión y de las reglas que regulen el funcionamiento de dicho sindicato o asamblea (artículo 71.1 del RD-I 24/2012).
 - (ii) Según el artículo 71.2 del RD-I 24/2012, el auto por el que, en su caso, se acuerde la adopción de medidas cautelares deberá publicarse en el *BOE*, y la entidad de crédito, el Banco de España y el FROB darán la misma publicidad a dicho auto que a la acción de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada.
 - (iii) También existen especialidades en lo que se refiere a los efectos de la sentencia que recaiga. Según los apartados tercero y cuarto del artículo 71 del RD-I 24/2012, en el caso de que el recurso contencioso-administrativo interpuesto por titulares de valores o por el comisario o representante del sindicato o asamblea que los agrupe sea estimado, el fallo únicamente tendrá efectos con respecto a la emisión o emisiones en las que hubieran invertido.

La entidad de crédito y el FROB darán la misma publicidad a la sentencia que a la acción de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada.

Finalmente, el RD-I 24/2012 incluye especialidades relevantes en la ejecución de las sentencias que recaigan en este tipo de procedimientos: El FROB puede alegar ante la autoridad judicial las causas que determinen la imposibilidad material de ejecutar una sentencia que declare contraria a Derecho alguna de las decisiones o alguno de los actos de naturaleza administrativa. El juez o tribunal apreciará la concurrencia o no de dichas causas y fijará, en su caso, la indemnización que deba satisfacerse.

Para considerar la existencia de imposibilidad material, se deberán tener en cuenta el volumen especialmente significativo o la complejidad de las operaciones afectadas o que pudieran verse afectadas, la existencia de perjuicios que, de ejecutarse la sentencia en sus estrictos términos, se derivarían para la entidad y para la estabilidad del sistema financiero y la existencia de derechos o intereses legítimos de otros accionistas, socios, obligacionistas, cuotapartícipes, acreedores o cualesquiera otros terceros, amparados por el ordenamiento jurídico.

Por su parte, el inciso final del artículo 72.1. señala que «*el importe de la citada indemnización alcanzará, como máximo, la diferencia entre el daño efectivamente sufrido por el recurrente y la pérdida que habría soportado en caso de que, en el momento de adoptarse la correspondiente decisión o acuerdo, se hubiera producido la liquidación de la entidad en el marco de un procedimiento concursal*».

Finalmente, se prevén incluso restricciones relativas a los procedimientos judiciales, tales como la imposibilidad de incoación de procedimientos de insolvencia ordinarios respecto de una entidad objeto de resolución o de una entidad respecto a la cual se ha considerado que se ajusta a las condiciones de resolución (disposición adicional 5.^a del RD-I 24/2012).

Liberalización del comercio y de determinados servicios

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)

El Gobierno ha dictado este Real Decreto-ley para reducir las cargas administrativas que dificultan el comercio y para dinamizar el sector, permitiendo un régimen más flexible de aperturas de establecimientos. Se pretende con ello impulsar la economía al fomentar el crecimiento del sector comercial minorista.

Esta norma se aplica, salvo contadas excepciones, a las actividades comerciales minoristas y a la prestación de determinados servicios enumerados en su anexo, que se realicen a través de establecimientos permanentes, situados en el territorio nacional, y cuya superficie útil de exposición y venta al público no sea superior a 300 metros cuadrados.

La novedad esencial es que para el inicio y el desarrollo de estas actividades no podrá exigirse por parte de ninguna Administración pública la obtención de licencia previa de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, ni otras de clase similar o análogas que sujeten a previa autorización el ejercicio de la actividad comercial a desarrollar o la posibilidad misma de la apertura del establecimiento. Esto no significa que estas actividades comerciales se realicen sin control alguno, muy al contrario, el cambio consiste en que a partir de ahora el control se realizará *a posteriori*.

Finalmente, hay que señalar que este Real Decreto-ley también prevé un nuevo mecanismo de apoyo a la exportación. A través de esta norma se pretenden desarrollar las capacidades del Ministerio de Defensa en materia de gestión de programas de material de defensa con destino a la exportación.

Dinamización de la actividad comercial en la Comunidad de Madrid

Ley 2/2012, de 12 de junio, de dinamización de la actividad comercial en la Comunidad de Madrid (BOCM de 15 de junio de 2012)

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Madrid se ha dictado esta Ley con el fin de estimular y dinamizar el ejercicio de la actividad comercial minorista y de determinados servicios. Para ello se implantan esencialmente dos medidas:

(i) La eliminación de las hasta ahora preceptivas licencias urbanísticas para la ejecución de obras y el ejercicio de actividades, de tal forma que podrán iniciarse con la simple presentación de una declaración responsable en la que se manifieste que se cumplen todos los requisitos exigidos por la normativa vigente para la ejecución de ese acto, el proyecto técnico correspondiente y la liquidación de la tasa municipal que proceda.

(ii) La instauración de la plena libertad de apertura de los establecimientos comerciales, de modo que serán los comerciantes los que determinen con plena libertad los días festivos de apertura en los que ejercerán su actividad.

[Portugal]**Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso***Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho (DR 119, SÉRIE I, 21 de junho de 2012)*

O presente diploma visa estabelecer, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 14.º da Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro – Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso –, os procedimentos necessários à aplicação da mesma e à operacionalização da prestação de informação.

Procede ao esclarecimento de alguns dos conceitos previstos na LCPA, nomeadamente os conceitos de dirigente, gestor e responsável pela contabilidade, os quais se revelam centrais com vista à delimitação de responsabilidade sempre que se verifique a violação da LCPA. Também a expressão «em qualquer momento» utilizada no artigo 7.º da LCPA vem clarificada, assim como o que se deve entender por receita com caráter pontual ou extraordinário, para efeitos do disposto no artigo 8.º da LCPA.

São excluídos dos pagamentos em atraso os pagamentos que tenham sido objeto de impugnação judicial e as situações de impossibilidade de cumprimento por ato imputável ao credor.

No âmbito dos fundos disponíveis, mais concretamente no que diz respeito às transferências ainda não efetuadas decorrentes de programas e projetos do Quadro de Referência Estratégico Nacional – e de outros programas estruturais –, esclarece-se que estas transferências englobam os pedidos submetidos nas plataformas eletrónicas dos respetivos programas, desde que a entidade beneficiária não tenha tido, nos últimos seis meses, uma taxa de correção dos pedidos de pagamento submetidos igual ou superior a 10 %.

O presente diploma torna claro que os saldos transitados do ano anterior, cuja utilização tenha sido autorizada nos termos da lei, integram os fundos disponíveis.

Ao mesmo tempo, prevê-se, ainda, a simplificação do processo de assunção de compromissos decorrentes de despesas urgentes e imprevisíveis e das despesas realizadas mediante utilização do fundo de maneiio. No primeiro caso, a assunção do compromisso pode ser efetuada após a realização da despesa, enquanto que no segundo tal assunção ocorre no momento da reconstituição do fundo de maneiio, não existindo a necessidade de se proceder individualmente ao compromisso de cada uma das faturas pagas pelo fundo de maneiio.

De forma a agilizar o processo decisório, e tendo presente as especificidades dos municípios, permite-se que a assunção dos compromissos plurianuais seja efetuada aquando da aprovação dos planos plurianuais de investimento.

No plano da regulamentação dos planos de liquidação dos pagamentos em atraso estabelece-se o prazo máximo de duração de 5 anos, permitindo-se que este prazo possa, em situações excecionais, ter uma duração de 10 anos. Neste âmbito, para além da necessidade de as entidades disporem de informação atualizada dos planos de liquidação dos pagamentos e do registo das condições de cedência e respetiva modalidade nos casos de cedência dos montantes a pagar a entidades financeiras, estabelece-se a obrigatoriedade de as entidades apresentarem juntamente com os documentos de prestação de contas um mapa atualizado dos planos de liquidação de pagamentos e acordos de pagamento.

Até à implementação dos sistemas informáticos, o cumprimento do disposto no n.º 3 do artigo 5.º da LCPA far-se-á mediante inserção manual do número de compromisso na ordem de compra, nota de encomenda, ou documento equivalente.

Regime excecional e temporário de liberação das cauções prestadas no âmbito de contratos de empreitada de obras públicas*Decreto-Lei n.º 190/2012, de 22 de agosto (DR 162, SÉRIE I, 22 de agosto de 2012)*

O Decreto-Lei n.º 190/2012, de 22 de agosto, estabelece um regime excecional e temporário de liberação das cauções prestadas para garantia da execução de contratos de empreitada de obras públicas e do exato e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais que deles decorrem para o adjudicatário ou cocontratante (doravante, «empreiteiro»), tendo entrado em vigor no dia 27 de agosto de 2012.

O regime aprovado visa, através da adoção de medidas de caráter excecional, permitir às empresas um maior desafogo financeiro para o desempenho das suas atividades em outras obras, aplicando-se aos contratos de empreitada de obras públicas celebrados ao abrigo do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, e aos contratos de empreitada de obras públicas celebrados ou a celebrar ao abrigo do Código dos Contratos Públicos (doravante, «CCP») até 1 de julho de 2016, não sendo, contudo, aplicável às Regiões Autónomas.

O dono da obra pode autorizar a liberação das cauções que tenham sido prestadas no âmbito dos contratos de empreitada de obras públicas, decorrido um ano contado da data de receção provisória da obra.

A liberação da caução é feita faseadamente, durante um período de cinco anos, a contar da data da receção provisória da obra, nos seguintes termos:

- (i) No 1.º ano após a receção provisória da obra, 30% da caução total da obra;
- (ii) No 2.º ano após a receção provisória da obra, 30% da caução total da obra;
- (iii) No 3.º ano após a receção provisória da obra, 15% da caução total da obra;
- (iv) No 4.º ano após a receção provisória da obra, 15% da caução total da obra;
- (v) No 5.º ano após a receção provisória da obra, 10% da caução total da obra.

Para o cômputo do período previsto para a liberação das cauções, nos contratos celebrados ao abrigo do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, cujo prazo de garantia esteja em curso à data da entrada em vigor do presente decreto-lei, são considerados os anos completos já decorridos desde a receção provisória da obra até àquela data, liberando-se a caução correspondente aos anos entretanto decorridos, sendo o restante liberado nos termos previstos no Decreto-Lei n.º 190/2012, de 22 de agosto.

Nos contratos celebrados ao abrigo do CCP, cujo prazo de garantia esteja em curso à data da entrada em vigor do presente decreto-lei e em que já tenha tido lugar a liberação parcial da caução, é considerado o montante já liberto, procedendo-se ao acerto necessário para respeitar as percentagens previstas relativas aos anos completos já decorridos.

Decorrido o prazo de um ano sobre a receção provisória da obra, o empreiteiro pode requerer a liberação da caução ao dono da obra, através de carta registada com aviso de receção, solicitando, para o efeito, a realização de uma vistoria a todos os trabalhos da empreitada.

O dono da obra ordena a realização da vistoria, que tem lugar nos 30 dias subsequentes à receção do pedido, convocando o empreiteiro, por meio de carta registada com aviso de receção, com a antecedência mínima de 5 dias em relação à data prevista para a realização da vistoria. Se o empreiteiro não comparecer, a vistoria tem lugar na presença de duas testemunhas, que assinam o auto respetivo.

A decisão de liberação da caução é comunicada ao empreiteiro, através de carta registada com aviso de receção ou correio eletrónico com recibo de leitura, no prazo de 30 dias contados da data da realização da vistoria.

A liberação da caução considera-se autorizada se o dono da obra não ordenar a realização da vistoria ou não comunicar a sua decisão nos prazos previstos no presente diploma.

Para efeitos de liberação da caução, é suficiente a exibição pelo empreiteiro, perante a entidade emissora da mesma, da comunicação do dono da obra ou, na ausência desta, de prova do pedido formulado junto do dono da obra ou do auto de vistoria, sem prejuízo do direito de verificação da respetiva conformidade dos documentos.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

Sobre la constitucionalidad de las tasas judiciales

Sentencia 103/2012 del Pleno del Tribunal Constitucional, de 9 de mayo (BOE de 5 de junio de 2012)

En esta sentencia, el Pleno del Tribunal Constitucional (TC) resuelve una cuestión interna de inconstitucionalidad elevada por la Sala Segunda del TC en 2011. El Tribunal se plantea si vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva un precepto legal que supedita la tramitación de recursos presentados por personas jurídicas con ánimo de lucro sujetas al Impuesto sobre Sociedades y que superen una determinada facturación anual al abono de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden civil.

El Tribunal, recordando su doctrina señalada en la STC 20/2012, de 16 de febrero, que desestimó una cuestión de inconstitucionalidad similar, referida a las tasas judiciales por acceso a la jurisdicción, señala que no resulta desproporcionado someter la tramitación de un recurso legalmente previsto al abono de una tasa, en la medida en que con esta se persiga un fin lícito y no suponga un obstáculo desproporcionado al acceso al recurso judicial.

El Pleno tiene en cuenta cuáles son las personas a las que se impone la tasa (las personas jurídicas con ánimo de lucro que superen una determinada facturación) y la cuantía, y concluye que no se limita de manera desproporcionada el derecho fundamental. En consecuencia, desestima su propia cuestión.

Obligaciones del concesionario de autopistas: entre otras, remediar graves problemas de congestión

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de abril de 2012

La Sala considera improcedente la pretensión de la recurrente, concesionaria de una autopista, consistente en una reclamación de indemnización por un supuesto incumplimiento contractual de la Administración contratante.

En concreto, la recurrente solicitaba una indemnización por las inversiones e incrementos de costes de explotación que había soportado como consecuencia de la implantación de un sistema de cobro de peaje, introducido por indicación de la Administración y con el fin de resolver graves problemas de congestión que, a su juicio, no le eran imputables y eran ajenas al ámbito de su concesión.

El Tribunal Supremo (TS) aprecia, sin embargo, que el problema de congestión y la necesidad de la concesionaria de remediarlo se encuentra comprendido dentro del principio de riesgo y ventura que rige en materia de contratación administrativa. Por ello, las medidas aplicadas por la recurrente, cuyo coste reclama a la Administración, no son más que una consecuencia de las obligaciones del concesionario de conservar la vía y todos sus servicios en perfectas condiciones de utilización, así como de facilitar el servicio en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad.

La modificación de tarifas previstas en el Real Decreto 1565/2010 (producción de energía eléctrica en régimen especial) es conforme a Derecho al no tener un efecto retroactivo prohibido ni vulnerar los principios de seguridad jurídica y confianza legítima

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de mayo de 2012)

El TS desestima en esta sentencia el recurso contencioso-administrativo directo interpuesto contra el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, declarando, consecuentemente, su conformidad a Derecho. En efecto, el Tribunal entiende que la supresión de la tarifa regulada para las instalaciones de generación de energía mediante tecnología fotovoltaica una vez transcurridos los primeros 25 años no constituye una vulneración del ordenamiento jurídico. Para ello hace uso de los argumentos plasmados en la sentencia de esta misma Sala, de 12 de abril de 2012, al ser análogas las pretensiones de los recurrentes en ambos recursos.

En primer lugar, el Alto Tribunal descarta que el Real Decreto vulnere la prohibición de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, puesto que las disposiciones del Real Decreto que pretendían ser anuladas solo tendrán plena eficacia en el futuro.

Además, alegaba la recurrente que el Real Decreto infringía los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, no obstante. El Tribunal rechaza igualmente esta pretensión al entender que el sector regulatorio de las energías renovables requiere de ajustes sucesivos que lo adapten a las nuevas características de la actividad, así como a las evoluciones de las circunstancias económicas generales. De esta forma, considera que no se puede pretender la petrificación de este sistema normativo en pleno desarrollo basándose en los mencionados principios. A mayor abundamiento, señala que la limitación de la tarifa regulada era previsible para los operadores económicos del sector, al ser esta tarifa un simple incentivo o estímulo para el desarrollo del sector y al haberse cumplido con creces el objetivo de potencia instalada que se fijó en el Plan de Energías Renovables 2005-2010.

La recurrente invoca también la vulneración del principio de no discriminación entre tecnologías regulado en el artículo 28 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. El Tribunal rebate esta pretensión señalando que cada una de las tecnologías de régimen especial, entre las que se encuentra la tecnología fotovoltaica, presenta sus propios rasgos, tanto tecnológicos como económicos, que justifican sobradamente un tratamiento diferenciado y no necesariamente homogéneo, de lo que se deduce que dicha vulneración no se ha producido.

Inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid por las actividades desarrolladas por Fórum Filatélico, S.A.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de enero de 2012

El TS confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid de 13 de noviembre de 2009, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden 1535/07 de la Consejería de Economía y Consumo de la Comunidad de Madrid, que inadmitió la solicitud de responsabilidad patrimonial, así como contra la Resolución de 24 de enero de 2008 que desestimó el recurso de reposición interpuesto frente a la anterior.

Los recurrentes interponen el presente recurso de casación sobre la base de una supuesta indefensión que se les habría producido como consecuencia de la indebida denegación del recibimiento del pleito a prueba. El TS entiende que esta indefensión no se ha producido, ya que la demanda se caracterizaba por una descripción genérica de los hechos objeto de prueba que impedía alcanzar el mínimo exigible para identificarlos de forma concreta.

Adicionalmente, el Alto Tribunal entiende, igual que la sentencia de instancia, que no recae sobre la Comunidad de Madrid la obligación de vigilancia de las actividades de Fórum Filatélico, S.A., ya que la primera no tiene atribuidas por la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, funciones de control sobre la actividad material de la entidad, ni podía controlar una posible actividad delictiva desarrollada más allá del estricto marco económico definido en ella. En definitiva, el TS considera que la Comunidad de Madrid no ostenta posición alguna de garante respecto del buen fin de las inversiones realizadas en dicha entidad por los particulares y, en conclusión, no incurrió en responsabilidad patrimonial alguna si se vieron en cualquier forma defraudadas las expectativas de los recurrentes.

A la vista de todo lo anterior, el TS considera que no existe indefensión alguna de los recurrentes y declara no haber lugar al recurso de casación.

Necesidad de aportar el dictamen pericial junto con la demanda

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de abril de 2012

Los recurrentes en casación aducen numerosos motivos de impugnación, pero nos centraremos solo en el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales por el que denunciaban la inadmisión en la instancia de una prueba pericial presentada en momento posterior a la demanda.

Tras traer a colación en este caso la doctrina constitucional sobre el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, el Alto Tribunal aplica su reciente e interesante doctrina en materia probatoria, que dispone que la regulación de la prueba en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) se integra con la regulación de la prueba en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA). Por ello, según lo dispuesto en los artículos 336 y siguientes de la LEC, los dictámenes periciales de parte deben aportarse con el escrito de demanda, salvo que se justifique la imposibilidad de hacerlo en este momento procesal.

Por todo lo expuesto, el TS rechaza la existencia de infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, dado que, ni se justificó la indefensión material requerida por la doctrina constitucional, ni se justificó la imposibilidad de aportar el dictamen con la demanda, requisito de legalidad ordinaria.

Falta de responsabilidad administrativa por daños acaecidos durante la ejecución de la ampliación del metro de Madrid

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de febrero de 2012

La Sala estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de Madrid que desestimó una reclamación de responsabilidad patrimonial por daños causados por la ampliación de la línea 1 del metro de Madrid.

El TSJ de Madrid se había pronunciado en un caso semejante y había declarado la procedencia de indemnizar los daños a la inquilina de un local comercial del mismo edificio en el que se produjeron los daños que reclamaba. A pesar de este hecho, en el caso de autos, el TSJ desestimó el recurso al considerar insuficientemente acreditada la relación de causalidad del daño reclamado.

El TS, sin embargo, considera que, a pesar de los límites que impone el artículo 222.4 de la LEC, no pueden desconocerse los hechos que una sentencia firme anterior ha considerado como suficientemente acreditados. Con base en la jurisprudencia del TC (entre otras, SSTC 77/83 y 231/06), la Sala considera que ignorar esas sentencias previas supondría vulnerar (i) el mandato constitucional contenido en el artículo 118 CE que obliga a las resoluciones judiciales a ser invariables, intangibles e inmodificables y, por ende, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; y (iii) el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, al ser el mismo órgano jurisdiccional el que resuelve.

En definitiva, la Sala realiza así una especie de extensión del instituto de la cosa juzgada con base en preceptos de alcance más amplio, pero añade dos requisitos: (i) que en ambos procesos los hechos en cuestión constituyan el «*fundamento básico*» de la pretensión; y (ii) que la parte que tiene interés jurídico en refutarlos hubiera sido parte en el primer proceso, para evitar su indefensión.

Efectos de una sentencia del TJUE dictada en recurso por incumplimiento en el ámbito normativo interno

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2012 (recurso de casación n.º 7113/2010)

Esta sentencia casa la sentencia dictada por el TSJ de Galicia que confirmó la procedencia de la revisión de oficio por la Xunta de Galicia de un contrato de concesión de servicio público. La Sala de instancia se basó en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 9 de marzo de 2006, que condenó al Reino de España por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, al considerar que la Ley gallega 4/1999, de 9 de abril, de declaración de servicio público de titularidad de la Xunta de Galicia del transporte público marítimo de viajeros en la ría de Vigo (de la que traía causa el mencionado contrato de concesión) infringía el Reglamento (CEE) 3577/1992 del Consejo, de 7 de diciembre, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo).

El TS casa la sentencia de instancia y recuerda que una sentencia del TJUE dictada en el marco de un recurso por incumplimiento (artículos 226 a 229 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea —actuales artículos 258 a 261 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea—) no puede conllevar la nulidad de una Ley dictada por uno de los Estados miembros ni afectar de manera inmediata a su validez y vigencia (función que, en España, está reservada a la exclusiva competencia del Tribunal Constitucional). Y ello es así porque no existe una relación de jerarquía entre una Ley nacional y el ordenamiento de la Unión Europea, sino una relación de prevalencia a la hora de aplicación de una u otra norma.

Consecuentemente, la Xunta no actuó conforme a Derecho al considerar que el contrato de concesión carecía de cobertura jurídica y, por ello, resultaba nulo de pleno Derecho. Por el contrario, dado que la sentencia del TJUE no afectaba a la validez de la Ley 4/1999 y de los actos dictados a su amparo, lo que debió hacer la Comunidad Autónoma en el ejercicio de su obligación de «*adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal*» es derogar dicha Ley (como, de hecho, así hizo a través de la disposición derogatoria de la Ley 2/2008, de 6 de mayo) e iniciar, en su caso, el correspondiente expediente de resolución contractual por imposibilidad sobrevenida de seguir ejecutando el contrato, solución que conlleva unas consecuencias para el contratista distintas a las de la declaración de nulidad del contrato.

ARBITRAJE*

1 · JURISPRUDENCIA

El rechazo a la posibilidad de presentar la acción de anulación «el día de gracia» —cuando el plazo de dos meses para interponerla vencía un domingo— vulnera el derecho del recurrente en amparo a disponer en su integridad del plazo para ejercitar la acción de anulación

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala de lo Civil, de 16 de abril de 2012

La sentencia del Tribunal Constitucional que se analiza versa sobre una sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya en la que se declaró la caducidad de la acción de anulación ejercitada por el demandante de amparo el «día de gracia», esto es, el día siguiente a su vencimiento, que finalizaba un domingo.

La Audiencia entendió que, en la medida en que el plazo para interponer la acción de anulación es un plazo civil (establecido en el artículo 41.4 de la LA), el transcurso del plazo «*produce de forma irremediable la caducidad de los derechos y acciones cuyo ejercicio está sometido a dicho plazo*». Por tanto, no sería posible «beneficiarse» del plazo «de gracia» establecido en el artículo 135 LEC para la presentación de escritos de término. A juicio de la Audiencia, este artículo es de aplicación a los plazos procesales que no son los que corresponden a la acción de anulación.

Pues bien, el demandante de amparo denunció que la sentencia había vulnerado su derecho a una tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso la jurisdicción. Y ello sobre la base de que la decisión de inadmisión le habría impedido ejercer su derecho a disponer del plazo en su integridad, por una interpretación «*excesivamente rigorista y desproporcionada*» de la ley.

El Ministerio Fiscal, por su parte, solicitó en sus alegaciones que se otorgara el amparo. A su juicio, la distinción entre plazos civiles y plazos procesales en la que se funda la sentencia carecería de justificación razonable y, efectivamente, resultaría excesivamente rigorista y desproporcionada. Por ello, también en opinión del Ministerio, la sentencia vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en su vertiente de derecho de acceso la jurisdicción.

El Tribunal Constitucional inicia su análisis en la sentencia que se analiza recordando que, en efecto, el derecho a obtener un pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo de unas pretensiones (deducidas de manera oportuna) se satisface también con una decisión de inadmisión, siempre que su causa esté fundada legalmente. Y, ciertamente, entre estas causas legales está la caducidad de la acción por transcurso del plazo previsto para su ejercicio.

Además, el Tribunal Constitucional reitera en su resolución que el cómputo de los plazos sustantivos y procesales y, especialmente, la caducidad de la acción son cuestiones «*de simple legalidad ordinaria*» que, por tanto, debe decidir la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, para el Tribunal Constitucional la cuestión adquiere relevancia constitucional cuando la decisión judicial, como la que nos ocupa, es consecuencia de «*la utilización de un criterio interpretativo rigorista, excesivamente formalista, desproporcionado en relación con los fines que trata de proteger y los intereses que sacrifica*».

Así, el Tribunal entiende que en este caso se vulneró el derecho de acceso a la jurisdicción porque las normas que establecen plazos para la realización de trámites procesales suponen «*el reconocimiento del derecho a disponer del correspondiente plazo en su totalidad*». Por ello, una decisión que no permite disponer del plazo en su totalidad (sobre la base de una interpretación

* Esta sección de Arbitraje ha sido coordinada por Álvaro López de Argumedo y Miguel Virgós Soriano, y en su elaboración han participado José María Fernández de la Mela, Simón Navarro González, Katharine Menéndez de la Cuesta Lamas, Pablo Martínez Llorente, Juliana de Ureña, José Ángel Rueda, Patricia Ugalde Revilla, Beatriz Hernández-Gil Quiroga, Constanza Balmaseda Serrat-Valera, Katerina Kátanas González y Laura Machuca Menéndez, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

rigorista) atenta contra el derecho de acceso a la jurisdicción. Es decir, la vulneración se produce cuando el resultado final de la interpretación judicial es una reducción del correspondiente plazo legal para ejercitar un derecho.

En conclusión, según el Tribunal Constitucional, en la medida en que la Audiencia Provincial consideró que la acción de anulación no podía presentarse el día de gracia, rechazando así la aplicación del beneficio concedido en el artículo 135 LEC, la Audiencia redujo el plazo legal de acceso a la jurisdicción del recurrente (que, en este caso, finalizaba un domingo), y ello es incompatible con el derecho del recurrente a disponer del plazo en su integridad.

Sobre la base de lo anterior, el Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo interpuesto al entender que la sentencia había vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y declaró su nulidad, con retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a que fuera dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirma la validez de los convenios arbitrales firmados por sociedades estatales extranjeras a pesar de que estos no cumplan con los requisitos exigidos por su ley nacional y resalta la importancia de los principios generales del Derecho que consagran el respeto a los actos propios y la buena fe en el ámbito internacional

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal, de 13 de marzo de 2012

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el pasado 13 de marzo una acción de anulación formulada por una sociedad estatal venezolana frente a un laudo dictado en un arbitraje administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en Madrid promovido por una sociedad alemana.

De acuerdo con los escasos datos que contiene la sentencia sobre el procedimiento arbitral, la controversia traía causa de un contrato cuyo objeto era el mantenimiento de dos submarinos de la flota venezolana y que incluía un convenio arbitral para la resolución de cualquier disputa.

No obstante, la demandante objetó desde un primer momento a la jurisdicción del tribunal arbitral, alegando que el convenio era inválido bajo la ley venezolana, que exigía una autorización previa por parte del Ministerio de Defensa y, en cualquier caso, que la materia no sería arbitrable al afectar a la seguridad nacional de Venezuela. Estas excepciones planteadas por la demandante, que fueron desestimadas por el tribunal arbitral, son reproducidas nuevamente en la demanda de anulación frente al laudo arbitral, articuladas como motivos de anulación previstos en el artículo 41 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

En la sentencia, la Sala analiza los argumentos expuestos por la demandante y los rechaza al considerar que carecen de virtualidad para fundar una acción de anulación de un laudo internacional.

En concreto, el Tribunal concluye que el convenio arbitral es perfectamente válido conforme a derecho español y que resulta aplicable según lo dispuesto en el artículo 9.6 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que —con la clara intención de favorecer la eficacia de las cláusulas de sometimiento a arbitraje— enumera hasta tres normativas, con carácter alternativo, para enjuiciar la validez de los convenios arbitrales.

Además, la Sala recuerda a la sociedad estatal venezolana que el artículo 2.2 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje recoge expresamente que «*cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral*» y apunta que, en el orden internacional, cobran especial importancia los principios generales del derecho que consagran el respeto debido a los actos propios y la buena fe.

La sentencia reprocha a la demandante que, después de haber firmado el convenio arbitral, la misma sociedad alegue que este es inválido bajo su derecho nacional. El Tribunal señala expresamente que el comportamiento de la sociedad venezolana ha sido «*de todo punto ajeno a las más rudimentarias exigencias del principio de buena fe y del viejo aforismo «pacta sunt servanda»*», lo que lleva a la Sala a hacer expresa declaración de temeridad procesal en el pronunciamiento en costas.

Alcance del orden público como motivo de anulación del laudo

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal, de 23 de mayo de 2012

La sentencia, que desestima una acción de anulación frente a un laudo dictado en un arbitraje administrado por la Corte de Arbitraje de Madrid, formula en relación con el concepto de orden público como motivo de anulación las siguientes precisiones:

(i) En primer lugar, la sentencia indica que por orden público no debe entenderse el conjunto de normas sustantivas y procesales aplicables a la controversia, como la demandante aduce con fundamento en el artículo 34.3 de la Ley de Arbitraje, sino el «conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico (Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, nº 54/1989 (RTC 1989, 54) de 23-2). En su consecuencia, a los efectos previstos en el art. 41.1.f) de la Ley de Arbitraje, ha de estimarse que contrario al orden público será aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma. Y, por supuesto, la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3 de la Constitución. Quedan fuera de este concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión». La sentencia maneja por ello un concepto de orden público más restringido que el definido por el Tribunal Constitucional en su sentencia 132/1991, de 17 de junio (RTC 1991, 132), en la que el orden público se extiende también a otros principios fundamentales del ordenamiento jurídico distintos de los garantizados por la constitución.

(ii) En segundo lugar, la sentencia enfatiza el diferente objeto y alcance de la acción de anulación y del recurso de apelación. En particular, la sentencia señala que la pretensión de anulación del laudo por vulneración del orden público no puede servir como cauce para revisar «la decisión de fondo, sustantiva y fáctica, efectuada por el árbitro de derecho designado en su momento, so pena de desnaturalizar por completo la acción de nulidad del Laudo arbitral referida en el artículo 40 de la Ley de Arbitraje». En este sentido, la sentencia indica que la parte demandante podría haber conservado su derecho al recurso de apelación si no hubiera suscrito «libre y voluntariamente el convenio arbitral que sometió la solución de la controversia a un árbitro».

La Audiencia Provincial de Ciudad Real anula un laudo dictado en un arbitraje administrado por el Ilustre Colegio de Abogados de Ciudad Real como consecuencia de la falta de pronunciamiento el árbitro respecto de la prueba testifical propuesta por la demandante, lo que vulnera el orden público procesal

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 2.ª) de 30 de enero de 2012

Las partes sometieron sus controversias a arbitraje institucional ante el Ilustre Colegio de Abogados de Ciudad Real. Según dispone el artículo 4.1.n) del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, los colegios de abogados están facultados para «resolver las discrepancias que puedan surgir en relación con la actuación profesional de los colegiados y la percepción de sus honorarios, mediante laudo al que previamente se sometan de modo expreso las partes interesadas».

Resueltas sus controversias en el procedimiento arbitral, la demandante presentó una acción de anulación contra el laudo amparándose en los siguientes motivos: (i) la falta de notificación de la designación del árbitro (artículo 41.1.b) de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje («LA»); y (ii) la vulneración del derecho de defensa e igualdad debido a la inexistencia de pronunciamiento del árbitro respecto a la prueba testifical propuesta (artículo 24 de la Constitución, y artículos 24 y 33 LA).

El primer motivo fue desestimado. Razona la Sala que cuando las partes se someten a un arbitraje institucional han de atenerse a lo dispuesto en los reglamentos de esa institución. En definitiva, entiende la Audiencia Provincial que, al someterse a un arbitraje administrado por una institución, las partes limitan su propia libertad para diseñar el procedimiento arbitral, pues acuerdan seguir las particularidades reglamentarias de la institución. Por tanto, sostiene que, en este caso, queda excluido el régimen de elección de los árbitros por las partes, resultando así lógico que el arbitraje recayera sobre un miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Ciudad Real, máxime cuando no se concreta ninguna posible causa de recusación.

En cuanto al segundo motivo de anulación alegado, la Audiencia aprecia que «la inexistencia de pronunciamiento alguno del árbitro respecto de la prueba testifical propuesta por la demandante»

implica una vulneración del derecho de defensa y de igualdad de las partes, «*pues en definitiva la potestad de los árbitros de decidir sobre la admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas propuestas presupone la necesidad de realizar tal actividad de decisión*». A la vista de lo anterior, la Sala entiende que se vulneró el orden público procesal, lo que justifica la anulación del laudo.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid anula un laudo dictado en un arbitraje administrado por la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España por vulneración del derecho de defensa y contradicción, por no haber recibido una de las partes traslado de determinados escritos y documentos presentados por la contraparte

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal, de 4 de julio de 2012

La sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de julio de 2012 anuló un laudo dictado en el seno de un arbitraje administrado por la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, por vulneración de los derechos de defensa y contradicción del solicitante de la nulidad.

La acción de anulación se asentó sobre cuatro motivos: (i) falta de imparcialidad de la institución arbitral designada; (ii) falta de motivación del laudo; (iii) imposibilidad de acreditar los hechos debatidos, por obrar la documentación en poder exclusivo de la contraparte; y (iv) vulneración del derecho de defensa y contradicción, por no haber recibido el solicitante de la nulidad traslado de determinados escritos y documentos presentados por su contraparte en el procedimiento arbitral.

El Tribunal Superior de Justicia desestimó los tres primeros motivos de anulación invocados y estimó el cuarto de ellos. Tras el examen del expediente arbitral, el Tribunal comprobó que el defecto denunciado por el solicitante de la nulidad efectivamente había tenido lugar («*se dejaron de comunicar al demandante en el procedimiento arbitral escritos de alegaciones y documentación referida a diligencias aportadas por la demandada*») con la consiguiente infracción de sus derechos de defensa y contradicción, consagrados en el artículo 24 de la Constitución Española. Sobre esa base, el Tribunal declaró la nulidad del laudo y ordenó que se repusiesen las actuaciones al trámite anterior al que originó la indefensión.

2 · DECISIONES

Condena a un Estado por violación de la «cláusula paraguas» basada en un incumplimiento contractual

Laudo del Tribunal Arbitral del caso CIADI n.º ARB /07/29 (SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Paraguay) de 10 de febrero de 2012

- A) El Tribunal Arbitral constituido en el marco del Convenio CIADI ha condenado a la República de Paraguay a pagar 39 millones de dólares más intereses a la empresa suiza *SGS Société Générale de Surveillance S.A.* («SGS») por violación de la llamada «cláusula paraguas» (observancia de obligaciones contraídas con respecto a las inversiones) recogida en el artículo 11 del Acuerdo entre la República del Paraguay y la Confederación Suiza sobre la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, de 31 de enero de 1992 (el «APPRI»).
- B) *SGS* y el Ministerio de Hacienda de Paraguay suscribieron en mayo de 1996 un contrato de prestación de servicios de inspección de preembarque de importaciones por el que *SGS* se comprometió a suministrar servicios de inspección de preembarque a favor del Gobierno de Paraguay (el «Contrato»). El Contrato tenía una duración de tres años a contar desde julio de 1996 pero en febrero de 1999 el entonces presidente de Paraguay decidió no continuar con el Contrato. *SGS* solicitó en noviembre de 2007 un arbitraje ante el CIADI, alegando la titularidad de créditos pendientes de pago por Paraguay.
- C) *SGS* alegó que Paraguay había incumplido el APPRI en relación con: (i) la observancia de compromisos basados en el incumplimiento de sus obligaciones de pago (artículo 11 del APPRI); (ii) medidas indebidas y discriminatorias (artículo 4.1. del APPRI) y (iii) tratamiento justo y equitativo (artículo 4.2 del APPRI).
- D) El Tribunal resolvió que Paraguay, al incumplir las obligaciones que asumió frente a *SGS*, no respetó la «cláusula paraguas» (artículo 11 del APPRI) y concluyó que no era necesario resolver las reclamaciones (ii) y (iii) en tanto que derivaban de los mismos hechos y no modificarían el importe de la indemnización. El artículo 11 del APPRI establece que «*cada*

Parte Contratante respetará en todo momento las obligaciones contraídas con respeto de las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante».

E) Entre las consideraciones del Tribunal, que rechazó todas las objeciones de Paraguay, destacan las siguientes:

(i) El Tribunal Arbitral rechazó el argumento de Paraguay de que para que un incumplimiento contractual constituya una violación de la «cláusula paraguas» es necesario que concurra un abuso de poder «soberano» o que se ejerza una indebida interferencia gubernamental. El Tribunal señala que, atendiendo al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos del artículo 11 del APPRI, como requiere la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 31 (1), un compromiso contractual es una «obligación» con respecto a la inversión. El Tribunal rechazó considerar incluidos en ese artículo 11 otros requisitos adicionales, como exigir que la conducta del Estado implique actos de soberanía. Por lo tanto, consideró innecesario analizar la naturaleza de los actos de Paraguay, pues, de acuerdo con el tenor literal del artículo 11 del APPRI, un incumplimiento contractual por parte de Paraguay con respecto a la inversión de un inversionista suizo constituye ya una violación de dicho precepto.

En definitiva, el Tribunal hace una lectura amplia de la «cláusula paraguas» y concluye que si Paraguay no respetó sus obligaciones contractuales, violó también el artículo 11 del APPRI.

(ii) Por otra parte, el Tribunal Arbitral rechazó también el argumento de Paraguay de que la cláusula de elección de foro del Contrato a favor de los tribunales nacionales de Paraguay, privaba al Tribunal de jurisdicción sobre las reclamaciones al amparo del artículo 11 del APPRI. El Tribunal estableció la diferencia entre una reclamación bajo el Contrato (que debería ser sometida a los tribunales de Paraguay) y una reclamación bajo el APPRI (*que no*). Argumenta el Tribunal que una vez que había decidido que tenía jurisdicción para decidir si el artículo 11 había sido infringido, estaba obligado a decidir sobre la cuestión, con independencia de la cláusula de elección de foro. Para el Tribunal, declinar su competencia pondría al Tribunal en riesgo de incumplir su mandato con arreglo al APPRI y al Convenio CIADI.

Como conclusión, conviene destacar que el Tribunal se aparta de la decisión del caso *BIVAC c. Paraguay* (Caso CIADI No. ARB/07/9, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, de 29 de mayo de 2009), donde se admitió que la cláusula de elección de foro debía prevalecer en tanto que el contrato era posterior al tratado. Asimismo, el laudo comentado también se aparta de la decisión del caso *SGS c. Pakistán* (Caso CIADI No. ARB/01/13, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, de 6 de agosto de 2003), en el que el Tribunal concluyó que la «cláusula paraguas» no extiende su aplicación a las reclamaciones por incumplimiento contractual, así como del caso *SGS v. Filipinas* (Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre jurisdicción, de 29 de enero de 2004).

Miembros del Tribunal Arbitral: Dr. Stanimir A. Alexandrov, Presidente (Bulgaria); Sr. Donald Francis Donovan (Estados Unidos de América) y Dr. Pablo García Mexía (España).

COMPETENCIA*

1 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

El Tribunal General de la Unión Europea confirma la multa de más de 151 millones de euros impuesta a Telefónica por abuso de posición de dominio

Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012 en el asunto Telefónica, S.A. y Telefónica de España, S.A. c. Comisión Europea (as. T-336/07)

El Tribunal General («TG») ha confirmado la multa de 151.875.000 euros impuesta por la Comisión Europea a Telefónica por abuso de posición de dominio, en forma de estrechamiento de márgenes, en los mercados mayoristas de banda ancha regional y nacional.

El TG considera que el criterio para valorar la existencia de abuso por estrechamiento de márgenes consiste en determinar si un competidor en el mercado descendente que cuente con la misma estructura de costes que el operador verticalmente integrado sería capaz de ofrecer servicios en dicho mercado descendente, sin incurrir en pérdidas, si tuviese que pagar el precio de acceso ascendente cobrado por la empresa dominante a sus competidores.

Telefónica alegó que su actuación estaba autorizada por la regulación y las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y que, por tanto, no podía ser considerada como una infracción de las normas de competencia. El TG considera que la existencia de instrumentos regulatorios no afecta en absoluto a la competencia atribuida a la Comisión Europea, que puede intervenir en la fase ulterior para completar el marco regulador adoptado por el legislador.

El TG considera que las tasas multilaterales de intercambio aplicadas por MasterCard son contrarias al artículo 101 TFUE

Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 24 de mayo de 2012 en el asunto MasterCard c. Comisión (as. T-111/08)

El TG confirma que el acuerdo fijación de las tasas multilaterales de intercambio («TMI») para operaciones transfronterizas de pago con tarjeta de crédito en el seno de MasterCard constituye un acuerdo de una asociación de empresas contrario al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»). En primer lugar, el TG rechaza que dicho acuerdo pueda ser considerado como objetivamente necesario para el funcionamiento del sistema MasterCard. Adicionalmente, el TG considera que la hipotética reducción de las ventajas concedidas a los titulares de tarjetas o de la rentabilidad de la actividad de emisión de tarjetas que resultaría de la eliminación de las TMI no afectaría a la viabilidad del sistema. Finalmente, el TG afirma que las TMI tenían potencialidad de fijar precios y podían producir efectos restrictivos de la competencia dado el insuficiente poder de los comerciantes y la escasa presión de otros instrumentos de pago alternativos.

[España]

La AN respalda la posibilidad de que la CNC modifique un Plan de Actuaciones

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 29 de marzo de 2012

De acuerdo con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia («CNC»), de 28 de octubre de 2010, por la que se autorizó la operación de concentración entre Telecinco y Cuatro, la CNC podría introducir las modificaciones que considerare oportunas en relación con el Plan de Actuaciones con el objeto de dar adecuado cumplimiento a los compromisos a los

* Esta sección ha sido coordinada por Alfonso Gutiérrez, y en su elaboración han participado Tomás Arranz, Carmen Virgós y Marta Sánchez, del Grupo de Coordinación de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea, Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid).

que se condicionó dicha autorización. De acuerdo con lo anterior, con fecha 23 de febrero de 2011, la Dirección de Investigación modificó el Plan de Actuaciones y aprobó una nueva versión que fue validada por el Consejo de la CNC.

La Audiencia Nacional («AN») rechaza el recurso interpuesto por Mediaset España al confirmar la modificación del Plan de Actuaciones, y recuerda que los compromisos no deben ser interpretados siguiendo su tenor literal, sino de forma conjunta, coherente y coordinada. La modificación supone una concreción de los compromisos con el objeto de que sirvan a la finalidad que la ley les otorga: evitar la creación de obstáculos a la libre competencia.

El Tribunal Supremo admite por primera vez la responsabilidad de la matriz por las infracciones cometidas por sus filiales

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2012

Por primera vez, el Tribunal Supremo («TS») ha admitido la posibilidad de que la conducta de una empresa sea automáticamente atribuida a su matriz, es decir, sin necesidad de probar la participación directa de la matriz en la conducta. De esta forma, el TS reconoce por primera vez la jurisprudencia de los tribunales europeos en relación con la responsabilidad matriz-filial en materia de Derecho de la competencia.

La interpretación que realiza el TS va más allá de la jurisprudencia europea. Mientras que en el ámbito comunitario es posible la imputación directa de la matriz cuando dicha entidad posee el 100% de los derechos de voto de su filial, los criterios utilizados por el TS para atribuir dicha responsabilidad son menos exigentes. De esta forma, de acuerdo con el TS, se presumirá que la dirección económica de la filial es ejercida por la dominante, entre otras situaciones, cuando la matriz posea la mayoría de los derechos de voto o tenga la facultad de nombrar a la mayoría de miembros del órgano de administración de la filial. En el caso concreto, el TS también considera un indicio del control el hecho de que la matriz hubiera actuado como interlocutor en el procedimiento ante la Comisión Europea.

El TS avala la selección de hechos distintos a los contenidos en el pliego de concreción de hechos al realizar una nueva calificación

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de enero de 2012

El extinto Tribunal de Defensa de la Competencia («TDC») impuso a Iberdrola una multa por abuso de posición de dominio, emitiendo para ello un auto de nueva calificación de hechos que suponía una selección de hechos distinta de la contenida en el pliego de concreción de hechos.

El TS confirmó la nueva calificación de hechos realizada por el TDC, rechazando que el artículo 43 de la Ley 16/1989, de 16 de julio, de Defensa de la Competencia solo permitiese modificaciones del tipo sancionador, sino que al acordar otra calificación el TDC podía incluir una selección distinta de hechos. No obstante, el TS subordina tal posibilidad a que se den las siguientes condiciones: (i) que se trate de las mismas conductas investigadas, por lo que los hechos ahora delimitados como constitutivos se encontraban en el expediente sancionador y (ii) que no se produzca indefensión material.

2 · DECISIONES EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

[Unión Europea]

La Comisión Europea aprueba la adquisición de Motorola por parte de Google

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

La Comisión Europea ha aprobado la adquisición de Motorola Mobility Holdings por Google Inc. El mercado de producto afectado por la operación es, de acuerdo con la definición de la Comisión, el de los sistemas operativos para *smartphones* y *tablets*, excluyendo los sistemas operativos para ordenadores y móviles básicos. Pese a que Google defendió que no podía atribuírsele ninguna cuota en este mercado, debido a que Android es un sistema operativo libre, la Comisión rechaza este argumento al entender que Google posee derechos de propiedad intelectual sobre el sistema, es responsable de desarrollar nuevas versiones y debe aprobar la implementación de alguna de sus aplicaciones.

En relación con los efectos verticales de la operación, la Comisión considera que, pese a que sería posible que Google favoreciese el acceso de Motorola a Android y negase el acceso a otros fabricantes, Google no tiene incentivos para llevar a cabo dichas actuaciones, dado que ello empeoraría las relaciones con los competidores de Motorola, que actualmente tienen un peso relativo mucho mayor en los ingresos de Google. Finalmente, en relación con el uso de las patentes de Motorola, la Comisión recuerda que Google está vinculado por los compromisos FRAND asumidos por la adquirida, lo que disminuye el riesgo de que la operación conlleve efectos anticompetitivos.

[España]

El Consejo de Ministros ejerce por primera vez su potestad de intervención en materia de control de concentraciones

Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012, Antena 3/La Sexta

El Consejo de Ministros ha ejercido por primera vez desde que entró en vigor la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia («LDC») su potestad para intervenir en el procedimiento de control de concentraciones.

La operación de concentración entre Antena 3 y La Sexta fue notificada a la CNC el 15 de marzo de 2012. Con fecha 21 de marzo, el Consejo de la CNC acordó el inicio de la segunda fase, procediendo a aprobar la concentración con condiciones el 13 de julio. Tras las declaraciones de las empresas partícipes en la concentración sobre la inviabilidad de la operación bajo las condiciones impuestas por la CNC, el Consejo de Ministros intervino para modificar dichas condiciones. El Consejo de Ministros motivó su intervención en la necesidad de alcanzar sus objetivos de regulación sectorial tanto en el ámbito de las comunicaciones electrónicas como en el sector audiovisual.

Las nuevas condiciones impuestas por el Consejo de Ministros están alineadas con las impuestas en el precedente Telecinco/Cuatro, en un afán de introducir unas condiciones de mercado simétricas que permitan asegurar la existencia de limitaciones y condicionantes similares para todos los operadores.

3 · DECISIONES EN MATERIA DE EXPEDIENTES SANCIONADORES

[España]

El Consejo impone una sanción de 200.000 euros a MEDIAPRO por suministrar información incompleta y engañosa

Resolución del Consejo de la CNC, de 31 de julio de 2012, Expte. SNC/26/12, MEDIAPRO

El Consejo de la CNC ha impuesto una multa de 200.000 euros a Mediapro por considerar que ha incumplido el deber de colaboración establecido en el artículo 39.1 LDC, al haber suministrado a la Dirección de Investigación de la CNC información incompleta y engañosa en el marco del expediente de vigilancia de la Resolución sancionadora correspondiente al Expediente S/0006/07, AVS/Mediapro, Sogecable y Clubs de Fútbol de 1.ª y 2.ª división. En el marco del citado procedimiento de vigilancia, la CNC solicitó a Mediapro que aportara determinados contratos de adquisición de derechos audiovisuales con clubes de fútbol. De acuerdo con la resolución, Mediapro cumplió con la obligación de facilitar dichos contratos únicamente de manera parcial, puesto que omitió uno de los contratos suscritos con el Real Madrid C.F. Adicionalmente, el Consejo de la CNC señala en su resolución que Mediapro dispuso de varias oportunidades para subsanar su incumplimiento debido a los múltiples requerimientos enviados por la CNC y que, por tanto, la actuación podría incluso tratarse como dolosa.

La ocultación de la utilización de cuentas de correo webmail para fines profesionales en el marco de una investigación constituye una obstrucción a la labor inspectora de la CNC

Resolución del Consejo de la CNC, de 20 de julio de 2012, Expt. SNC/20/12, FLORENCIO BARRERA E HIJOS

El Consejo de la CNC ha estimado que la sociedad FLORENCIO BARRERA E HIJOS obstruyó la labor inspectora de la CNC al negar reiteradamente, en el marco de una inspección en el domicilio de la sociedad, la utilización de ciertas cuentas de correo webmail con fines profesionales. El expediente sancionador contra la empresa fue incoado tras encontrar la CNC en una inspección a una asociación empresarial correos electrónicos enviados desde las citadas direcciones.

La sanción impuesta por la CNC asciende al 1% del volumen de negocios de la empresa infractora. Debido a que la sociedad investigada no tenía actividad económica en el momento en que se impuso la multa ni en el ejercicio fiscal anterior, la multa ha sido calculada en base al volumen de negocios de otras dos sociedades activas en el mercado objeto de la investigación en las que se da una coincidencia de titulares con respecto a la sociedad investigada, por lo que la CNC entiende que actuaron como una «unidad económica».

COMUNICACIÓN, TECNOLOGÍA Y OCIO*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Reglamento por el que se introduce un enfoque común para garantizar que los usuarios de las redes públicas de comunicaciones móviles que se desplazan dentro de la Unión Europea no tengan que abonar precios excesivos por los servicios de itinerancia

Reglamento (UE) núm. 531/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión (DOUE L 172, de 30 de junio de 2012)

El Reglamento relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión introduce un enfoque común para garantizar que los usuarios de las redes públicas de comunicaciones móviles que se desplazan dentro de la Unión no tengan que abonar unos precios excesivos por los servicios de itinerancia en la Unión cuando efectúen y reciban llamadas, envíen y reciban mensajes SMS y al utilizar los servicios de comunicaciones de datos por conmutación de paquetes. El objetivo marcado por este Reglamento es el funcionamiento satisfactorio del mercado interior, la consecución de un elevado nivel de protección de los consumidores, el favorecimiento de la competencia, la transparencia en el mercado y el ofrecimiento de incentivos a favor de la innovación.

En particular, se establecen normas para permitir la venta de servicios regulados de itinerancia separadamente de los servicios de comunicaciones móviles nacionales y se fijan las condiciones para el acceso mayorista a las redes públicas de comunicaciones móviles a efectos de la prestación de servicios regulados de itinerancia. Se fijan asimismo unas normas transitorias en relación con las tarifas que pueden aplicar los proveedores de itinerancia a la prestación de servicios regulados de itinerancia para llamadas de voz y mensajes SMS que se originen y terminen dentro de la Unión y para los servicios de comunicaciones de datos por conmutación de paquetes utilizados por los clientes itinerantes en una red de comunicaciones móviles en la Unión. También se establecen normas destinadas a incrementar la transparencia de los precios y mejorar el suministro de información sobre las tarifas a los usuarios de los servicios de itinerancia.

La itinerancia está definida por el Reglamento como «*el uso por un cliente itinerante de un dispositivo móvil para efectuar o recibir llamadas dentro de la Unión, o para enviar o recibir mensajes SMS dentro de la Unión o para usar comunicaciones de datos por conmutación de paquetes, cuando se encuentra en un Estado miembro distinto de aquel en que está ubicada la red del proveedor nacional, en virtud de acuerdos celebrados entre el operador de la red de origen y el operador de la red visitada*».

* Esta sección de Comunicación, Tecnología y Ocio ha sido coordinada por Agustín González. Para su elaboración ha contado con la colaboración de Cecilia Álvarez, José Soria, Álvaro Bourkaib, Miguel de la Iglesia, Reyes Bermejo, Rosana Segado y María Covadonga Perlado, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

Cabe mencionar la imposición por parte del Reglamento de la obligación de facilitar automáticamente al cliente información básica personalizada sobre las tarifas de itinerancia aplicables a la realización o recepción de llamadas y al envío de mensajes SMS por dicho cliente en el Estado miembro visitado, mediante un servicio de mensajes sin demoras injustificadas y de manera gratuita, cuando este entre en un Estado miembro distinto del de su proveedor nacional. La empresa proveedora de la itinerancia deberá incluir asimismo un número de teléfono gratuito para obtener información pormenorizada adicional.

Además, los proveedores de itinerancia deberán otorgar a todos sus clientes itinerantes la oportunidad de optar voluntaria y gratuitamente por un mecanismo que facilite información sobre el consumo acumulado, expresado en volumen o en la divisa en que se facture a dichos clientes por los servicios itinerantes de datos regulados, y que garantice que, si no media el consentimiento previo del cliente, el gasto acumulado en servicios itinerantes de datos regulados a lo largo de un período establecido, con exclusión de los mensajes MMS facturados por unidades, no rebase un límite financiero determinado.

Se facilita la subcontratación, entre entidades de un mismo grupo, de servicios que conllevan acceso a datos personales

Documento de Trabajo 02/2012 relativo a las normas corporativas vinculantes entre encargados del tratamiento pertenecientes a un mismo grupo de empresas

El pasado 6 de junio, el Grupo del Artículo 29 —integrado fundamentalmente por las Autoridades de Control de Protección de Datos de todos los Estados miembros— adoptó el Documento de Trabajo 02/2012 relativo a las normas corporativas vinculantes entre encargados del tratamiento pertenecientes a un mismo grupo de empresas.

El objetivo de estas *Binding Corporate Rules* es facilitar la subcontratación, entre entidades de un mismo grupo, de servicios que conllevan acceso a datos personales (por ejemplo, servicios de *hosting* o *backup*).

Constituyen, por tanto, una alternativa a la suscripción de cláusulas contractuales tipo (de la Comisión Europea o de la Agencia Española de Protección de Datos —la «AEPD» —) para la obtención de la autorización de la AEPD respecto de transferencias internacionales intragrupo fuera del Espacio Económico Europeo entre encargados de tratamiento.

[España]

Se flexibilizan los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos

Ley 6/2012, de 1 de agosto, por la que se modifica la Ley 7/2010 General de la Comunicación Audiovisual, para flexibilizar los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos (BOE de 2 de agosto de 2012)

La Ley 7/2010 General de la Comunicación Audiovisual establece que las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales podrán acordar la prestación del servicio público de comunicación audiovisual con el objeto de emitir en abierto canales generalistas o temáticos.

Mediante la Ley objeto de comentario, se pretende dotar a las Comunidades Autónomas de mayor flexibilidad en la prestación del servicio de comunicación audiovisual. En este sentido, la modificación prevé que las Comunidades Autónomas puedan decidir sobre la modalidad de prestación del servicio público de comunicación, pudiendo optar por su gestión directa o indirecta o a través de distintas fórmulas, entre las que se incluye la colaboración público-privada.

En línea con la flexibilización en la prestación del servicio, se permite que los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual de ámbito autonómico establezcan acuerdos con terceros para la producción o edición conjunta de contenidos con el objeto de mejorar la eficiencia de su actividad.

Por último, y con el fin de garantizar el cumplimiento de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, se establecen una serie de obligaciones para los prestadores de titularidad pública del servicio público de comunicación audiovisual, entre las que cabe destacar la fijación de un límite máximo de gasto para el ejercicio económico

o la obligación de presentar un informe anual en el que se ponga de manifiesto que la gestión se adecua a los principios de la citada Ley Orgánica.

Convalidado el Real Decreto-ley que modifica el régimen de administración de RTVE y el acceso de las radios a los eventos deportivos

Votación del Congreso de los Diputados, de 17 de mayo de 2012 (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados)

El Congreso de los Diputados ha convalidado el Real Decreto-ley 15/2012, de 20 de abril, de modificación del régimen de administración de la Corporación RTVE. Esta norma, aprobada por el Consejo de Ministros el día 20 de abril de 2012, modifica la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal. En particular, el Real Decreto-ley modifica el método de designación de los miembros del Consejo de Administración y del presidente de la Corporación RTVE de tal modo que, si en la primera votación no se logra una mayoría de 2 tercios en la Cámara correspondiente, la votación se repetirá transcurridas 24 horas, en cuyo caso bastará con una mayoría absoluta de la Cámara que corresponda para la designación de los consejeros o el Presidente. Adicionalmente, el Real Decreto-ley reduce el número de consejeros de la Corporación RTVE de 12 a 9 y elimina la remuneración fija de los consejeros, a excepción del presidente. Al modificarse el régimen retributivo, se elimina también la obligación de dedicación exclusiva de los consejeros.

Además, el Real Decreto-ley modifica la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, para garantizar a las radios el libre acceso a los estadios y recintos al objeto de retransmitir en directo acontecimientos deportivos a cambio de una contraprestación económica equivalente a los gastos ocasionados (mantenimiento de los espacios de los recintos y demás servicios necesarios para garantizar el derecho a comunicar información). La cuantía de la compensación económica será fijada mediante acuerdo de las partes. En caso de discrepancia sobre dicha cuantía, corresponderá a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolver el conflicto mediante resolución vinculante, a solicitud de alguna de las partes y previa audiencia de ellas.

Aprobado el Plan de impulso de la TDT y de la innovación tecnológica

Plan de impulso de la TDT y de la innovación tecnológica (Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012)

El Consejo de Ministros ha aprobado el plan de impulso de la televisión digital terrestre y de la innovación tecnológica, con el que se pretende adelantar la implantación de la telefonía móvil de 4G en un año, así como fomentar la televisión de alta definición y promocionar la innovación y el desarrollo de la industria de fabricación de equipos y tecnologías asociadas a la TDT.

Entre las medidas concretas que contiene el plan cabe destacar las siguientes: (i) se fija el mes de enero de 2014 como objetivo para la liberación del dividendo digital; (ii) se reducen las frecuencias asignadas para prestar el servicio de televisión, si bien se garantiza la emisión del mismo número de canales que existen en la actualidad; (iii) se impulsa la oferta de emisiones de televisión de alta definición; y (iv) se fija un calendario para llevar a cabo las actuaciones necesarias derivadas del Plan.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

El Abogado General concluye que la autoridad de protección de datos austriaca no cumple con el criterio de total independencia que exige la Directiva de protección de datos

Conclusiones del Abogado General en el asunto C-614/10, Comisión Europea contra la República de Austria, de 3 de julio de 2012

A raíz del recurso interpuesto por la Comisión Europea contra la República de Austria, el Abogado General concluye que esta última ha incumplido la exigencia de que su autoridad de control en materia de protección de datos (el «DSK») ejerza sus funciones con total independencia, tal y como establece la Directiva 95/46/CE. Esta conclusión se debe a que el administrador del DSK es necesariamente un funcionario federal, a la integración de la oficina del DSK en la Cancillería federal y al derecho de información respecto del DSK que se concede al Canciller federal.

[España]**Primer recurso de amparo vinculado a la vulneración del derecho a la protección de datos***Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 21 de mayo de 2012*

El Tribunal Constitucional ha otorgado, por primera vez, amparo constitucional solicitado por una entidad bancaria, reconociendo su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) en conexión con la vulneración del derecho fundamental a la protección de los datos personales (art. 18.4 CE).

El origen de este recurso se encuentra en agosto de 2010, fecha en la que la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España («ADICAE»), con la finalidad de interponer contra una entidad bancaria una demanda colectiva en ejercicio de la acción de cesación, presentó escrito de petición de diligencias preliminares —las cuales fueron estimadas por el Juzgado— a través del cual se solicitaba que el Juzgado requiriese a la entidad bancaria para la entrega a ADICAE de listados con los datos personales de los clientes personas físicas que, en toda España, desde 2007 hasta 2010, hubieran contratado con dicha entidad bancaria determinados productos financieros.

El Tribunal afirma que ordenar la cesión a un tercero de datos protegidos mediante derechos fundamentales para una finalidad distinta de aquella que motivó su recogida y tenencia (por la entidad bancaria) requería (i) no solo una cobertura legal formal, que residiría en el art. 256.1.6 LEC, (ii) sino también una resolución judicial especialmente motivada donde se justificara su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en relación con un fin constitucionalmente legítimo.

El Tribunal Constitucional confirma, por tanto, que la vulneración material del artículo 18.4 CE implica la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la entidad bancaria demandante de amparo al no haber obtenido del juez una respuesta fundada y proporcionada, y declara la nulidad de los autos.

Admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a la modificación del régimen de administración de RTVE*Providencia del Pleno del Tribunal Constitucional, de 3 de julio de 2012 (BOE de 10 de julio de 2012)*

El Pleno del Tribunal Constitucional ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados contra el artículo 1 del Real Decreto-ley 15/2012, de 20 de abril, de modificación del régimen de administración de la Corporación RTVE (cuya convalidación por el Congreso de los Diputados se ha reseñado en este mismo número de la revista). En concreto, el artículo recurrido es el referido a la modificación del procedimiento de elección por las Cortes de los miembros del Consejo de Administración y del presidente de la Corporación RTVE.

El mero consentimiento no legitima la cesión de datos, sino que ha de ser inequívoco*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 23 de enero de 2012*

El TS confirma una sentencia en la que se sanciona a una empresa por la cesión de los datos de sus trabajadores —sin su previo consentimiento— a una entidad dedicada a servicios de gestión médica. Pese a que los trabajadores sí habían prestado su consentimiento a la realización de determinadas cesiones de sus datos, el TS recuerda que dicho consentimiento ha de ser inequívoco, que significa que no admite duda o equivocación, esto es, que no puede interpretarse en varios sentidos. En el presente caso, la información proporcionada a los trabajadores no era lo suficientemente explícita como para obtener un consentimiento inequívoco para la cesión de datos cuestionada.

La cesión de datos a jueces no requiere el consentimiento previo de los titulares de los datos*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 27 de febrero de 2012*

El TS confirma una sentencia en la que se considera ajustada a derecho la aportación de un Acuerdo de inicio de procedimiento sancionador, para su unión a un recurso de apelación civil, sin haber solicitado el consentimiento previo del denunciado para la cesión de sus datos al juzgado. El Tribunal invoca el artículo 11.2.d) de la LOPD, que excluye la exigencia de consentimiento en caso de que la comunicación de datos tenga como destinatario —entre otros— a jueces o tribunales.

Nulidad de un despido por obtención de pruebas a través de un GPS instalado sin consentimiento

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 21 de junio de 2012

El Tribunal confirma con su decisión una sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que declara nulo el despido de un trabajador que realizaba actividades de caza durante su incapacidad temporal.

El motivo por el cual se declara nulo el despido reside en la obtención fraudulenta de las pruebas, ya que los datos recogidos en la carta de despido habían sido obtenidos mediante la instalación de un GPS por un detective particular en su vehículo particular. El Tribunal confirma la sentencia de instancia reconociendo la vulneración del derecho a la intimidad del trabajador en relación con sus derechos a la libertad de circulación y a la tutela judicial efectiva.

Reducción de multa por aplicación del principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 1 de marzo de 2012

La Audiencia Nacional estima parcialmente el recurso interpuesto contra una resolución de la AEPD a través de la cual se imponía una sanción de 30.000 euros a una entidad financiera, por un tratamiento de datos sin consentimiento del denunciante, al asociarlos a la deuda de otra persona con igual nombre y apellidos. El denunciante, que ni era deudor de la entidad ni había mantenido relación contractual alguna con esta, recibió diversos requerimientos de pago en su domicilio. La Audiencia, pese a confirmar que la resolución de la AEPD es razonable, justificada y acomodada a la Ley, aplica el principio de eficacia retroactiva de las normas sancionadoras más favorables (Ley 2/2011 de Economía Sostenible) fijando la sanción en 20.000 euros.

Publicación de datos personales amparada en los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de abril de 2012

La Audiencia Nacional estima un recurso interpuesto contra una resolución de la AEPD por la que se sanciona a una empresa por la publicación en su página web de datos identificativos de profesores de una universidad pública, así como enlaces a vídeos de juicios en los que estos habían participado, con el objeto de informar de las actividades de peritación desarrollada por estos, que, a su juicio, era ilegal y desleal. La AEPD resolvió imponiendo a la sociedad una sanción de 6.000 euros, por entender que se trataba de un tratamiento de datos sin consentimiento.

La Audiencia considera que la empresa actuaba amparada por los derechos a la libertad de expresión e información, los cuales, en el presente caso, prevalecen sobre el derecho a la protección de datos personales de los afectados. En la ponderación de derechos efectuada, la Audiencia entendió como factores decisivos el que los titulares fueran funcionarios públicos, el interés general de la información publicada y la proporcionalidad y congruencia del fin buscado con la vulneración de los derechos de los titulares, siendo irrelevante el que los datos no se hubieran obtenido de una fuente accesible al público.

La mera captación de imágenes en un estudio fotográfico no concede al fotógrafo el derecho a difundirlas públicamente

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 18 de mayo de 2012

La Audiencia Nacional desestima el recurso interpuesto por el titular de un estudio fotográfico al considerar que el consentimiento otorgado para la captación de una imagen no incluye la exposición o difusión, pública o privada, de dicha imagen.

Derecho a indemnización por accesos ilegítimos a una historia clínica

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 8 de febrero de 2012

El Tribunal desestima el recurso de apelación interpuesto por la Administración sanitaria, confirmando el derecho de los reclamantes a percibir una indemnización en un asunto sobre responsabilidad patrimonial por vulneración a la protección de datos.

En el caso de autos, se entienden vulnerados el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales de una paciente (fallecida) a causa de los ilegítimos accesos—casi indiscriminados—de profesionales no implicados en el diagnóstico y tratamiento de la paciente a su historial clínico informatizado, en el que obraban fotografías suyas—en un estado impactante—tomadas sin autorización. Según el Tribunal, aunque sea difícil delimitar el ámbito de restricción del libre

acceso de los profesionales a historias clínicas, técnicamente es posible y ha de hacerse. La indemnización otorgada a los familiares de la fallecida ascendió a 125.000 euros.

3 · DECISIONES DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

[Unión Europea]

El Supervisor Europeo de Protección de Datos valora una de las propuestas de revisión de la legislación europea bancaria

Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre las propuestas de la Comisión a favor de una Directiva relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y del Reglamento sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión

El Supervisor Europeo de Protección de Datos («SEPD») ha emitido un dictamen sobre una de las propuestas de Directiva y de Reglamento en materia de revisión de la legislación europea bancaria, haciendo una serie de recomendaciones para salvaguardar el derecho a la protección de los datos personales. Entre ellas, destaca la necesidad de que las regulaciones propuestas:

- (i) incluyan una referencia a la legislación aplicable en materia de protección de datos personales (Directiva 95/46 CE y Reglamento (CE) n.º 45/2001);
- (ii) clarifiquen si los acuerdos para la transferencia de datos fuera de la Unión Europea (cuyo objeto es que las autoridades puedan acceder a la información de las entidades de crédito para su supervisión) deben cumplir con las condiciones establecidas por la legislación europea para las transferencias de datos personales a terceros países, así como añadir medidas de evaluación caso por caso de la necesidad de dichas transferencias;
- (iii) amplíen la prohibición de divulgar información confidencial para que, además de las entidades de crédito, las personas físicas tampoco puedan ser identificadas;
- (iv) modifiquen la publicación obligatoria de las sanciones impuestas a entidades de crédito y a las personas responsables de la infracción, de forma que se decida caso por caso la necesidad y proporcionalidad de la publicación y que se establezcan las garantías adecuadas (como el derecho de oposición) y la supresión de los datos tras un periodo razonable de tiempo; y
- (v) garanticen la confidencialidad de los denunciantes y los derechos de acceso de las personas denunciadas en los mecanismos de notificación de incumplimientos.

[España]

Agencia Española de Protección de Datos. Sanción por publicar en una red social un parte médico sin consentimiento de su titular

Resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 16 de febrero de 2012

La AEPD impone una sanción de 2.000 euros a un establecimiento por la publicación en su perfil de una red social (por parte de un trabajador que nunca pudo ser identificado) del parte médico de una tercera trabajadora, sin su previo consentimiento y ante la ausencia de cobertura legal que amparase dicho tratamiento.

Agencia Española de Protección de Datos. 200.000 euros de multa por envío masivo de SMS comerciales

Resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 30 de marzo de 2012

La AEPD sanciona con dos multas de 50.000 y 150.000 euros respectivamente a una empresa comercializadora de servicios de *marketing* móvil por el envío masivo de comunicaciones comerciales sin cumplir con los requisitos legales de consentimiento previo y garantía de oposición.

La primera infracción consiste en el envío por SMS de una invitación para participar en un concurso tanto a personas que no han contratado ningún servicio con esta entidad y no han prestado su consentimiento para la recepción de comunicaciones comerciales como a personas que,

habiendo contratado los servicios, no han manifestado su deseo de recibir comunicaciones comerciales sobre concursos.

Por otra parte, la segunda infracción consiste en no ofrecer un derecho de oposición (o baja) y, en algunos casos en que sí se ofrece, no garantizar un medio de ejercicio gratuito, puesto que se pone a disposición del destinatario un número de teléfono de tarificación adicional («902»).

Agencia Española de Protección de Datos. Sanción a empresa de recobro por efectuar llamadas al centro de trabajo del deudor y a sus familiares

Resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 17 de mayo de 2012

La AEPD sanciona a una empresa de recobro con una multa de 50.000 euros por infracción grave del deber de secreto o confidencialidad, al efectuar llamadas al centro de trabajo del deudor y llamadas a sus familiares, comunicándoles la información sobre la existencia de la deuda.

ENERGÍA*

1 · LEGISLACIÓN

Normativa estatal

— *Resolución de 26 de julio de 2012, de la Comisión Nacional de Energía, sobre la solicitud de certificación de ENAGAS como gestor de la red de transporte de gas (BOE de 17 agosto de 2012)*

— *Resolución de 24 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba la modificación de los procedimientos de operación del Sistema Eléctrico Peninsular (SEP) P.O.-3.1; P.O.-3.2; P.O.-9 y P.O.-14.4 y los procedimientos de operación de los Sistemas eléctricos Insulares y Extrapeninsulares (SEIE) P.O. SEIE-1 P.O. SEIE-2.2; P.O. SEIE-3.1; P.O. SEIE-7.1; P.O. SEIE-7.2; P.O. SEIE-8.2; P.O. SEIE-9 y P.O. SEIE-2.3 para su adaptación a la nueva normativa eléctrica (BOE de 10 de agosto de 2012)*

— *Resolución de 23 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueban las reglas de funcionamiento del mercado diario e intradiario de producción de energía eléctrica (BOE de 2 de agosto de 2012)*

— *Resolución de 20 de julio 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 30 de julio de 2012)*

— *Resolución de 19 de julio de 2012, de la Comisión Nacional de Energía, sobre la solicitud de certificación de Red Eléctrica de España, SAU, como gestor de la red de transporte de electricidad (BOE de 21 agosto de 2012).*

— *Circular 5/2012, de 12 de julio, de la Comisión Nacional de Energía, que regula los procedimientos de constitución, gestión y reparto del fondo de pagos compensatorios del mecanismo de fomento del uso de biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte (BOE de 18 agosto de 2012)*

— *Circular 4/2012, de 12 de julio, de la Comisión Nacional de Energía que regula la gestión del mecanismo de fomento del uso de biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte (BOE de 17 agosto de 2012)*

* Esta sección de Derecho de la Energía ha sido elaborada por María José Descalzo Benito e Ignacio Álvarez Couso, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

- Circular 3/2012, de 12 de julio, de la Comisión Nacional de Energía, sobre la petición de información del ejercicio 2011 a remitir por las empresas distribuidoras de energía eléctrica a la Comisión Nacional de Energía para el cálculo del incremento de actividad de distribución y supervisión de la misma (BOE de 25 de agosto de 2012)
- Orden IET/1453/2012, de 29 de junio, por la que se revoca parcialmente la Orden ITC/1785/2009, de 3 de julio, por la que se acuerda como fecha de cese definitivo de la explotación de la central nuclear de Santa María de Garoña el día 6 de julio de 2013, y se autoriza su explotación hasta dicha fecha (BOE de 3 de julio de 2012)
- Resolución de 28 de junio de 2012, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se establece el coste de producción de energía eléctrica y las tarifas de último recurso a aplicar a partir del 1 de julio de 2012 (BOE de 29 de junio de 2012)
- Resolución de 28 de junio 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 29 de junio de 2012)
- Resolución de 28 de junio de 2012, de la Comisión Nacional de Energía, por la que se aprueba el «información memorandum» y el contrato tipo para la asignación coordinada de la capacidad de interconexión de gas natural entre España y Portugal, disponible en el periodo comprendido entre octubre de 2012 y septiembre de 2013 (BOE de 7 julio de 2012)
- Resolución de 21 de junio de 2012, de la Comisión Nacional de Energía, por la que se establecen y publican a los efectos de lo dispuesto en el artículo 34 y en la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, las relaciones de operadores principales en los sectores energéticos (BOE de 21 de agosto de 2012)
- Resolución de 21 de junio de 2012, de la Comisión Nacional de Energía, por la que se establecen y publican, a los efectos de lo dispuesto en la disposición adicional tercera del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, las relaciones de operadores dominantes en los sectores energéticos. (BOE de 17 de agosto de 2012)
- Resolución de 13 de junio de 2012, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se corrige la parte expositiva de la Resolución de 30 de mayo de 2012, 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 segundo 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 por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (BOE de 18 de junio de 2012)
- Circular 2/2012, de 8 de junio, de la Comisión Nacional de Energía, por la que se establece la metodología para la asignación coordinada de capacidad de interconexión de gas natural entre España y Portugal (BOE de 28 junio de 2012)
- Resolución de 31 de mayo de 2012, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se establece el importe definitivo pendiente de cobro a 31 de diciembre de 2011, de conformidad con lo establecido en la Orden ITC/694/2008, de 7 de marzo, del derecho de cobro adjudicado en la subasta de 12 de junio de 2008, del déficit reconocido ex ante en la liquidación de las actividades (BOE de 1 de junio de 2012)
- Resolución de 30 de mayo 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 segundo 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 por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (BOE de 1 de junio de 2012)
- Resolución de 29 de mayo de 2012, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se establecen las características de la decimonovena subasta CESUR (BOE de 1 de junio de 2012)
- Resolución de 9 de mayo de 2012, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueban la fecha de la subasta, el horizonte temporal y el número de contratos ofrecidos por el sistema eléctrico español en la subasta de contratos financieros relativos a la interconexión

entre España y Portugal, a celebrar en junio del año 2012, según la Orden ITC/4112/2005 por la que se establece el régimen aplicable para la realización de intercambios intracomunitarios e internacionales de energía eléctrica (BOE de 30 de mayo de 2012)

— *Resolución de 27 de abril 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, del derecho de cobro correspondiente a la financiación del déficit de ingresos de las liquidaciones de las actividades reguladas del ejercicio 2005 (BOE de 17 de mayo de 2012)*

— *Resolución de 19 de abril de 2012, de la Comisión Nacional de Energía, por la que se modifica la de 26 de febrero de 2004, modificada por la de 7 de abril de 2006, modificada por la de 22 de diciembre de 2009, por la que se establece la aplicación del procedimiento para la presentación de la autoliquidación y las condiciones para el pago de las tasas establecidas en la disposición adicional duodécima.2, segundo y tercero, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, en relación con el sector eléctrico y de hidrocarburos gaseosos (BOE de 19 de julio de 2012)*

Normativa autonómica. Baleares

— *Decreto Ley 7/2012, de 15 de junio. Adopta medidas urgentes para favorecer la reactivación económica y, en concreto, facilitar la construcción de infraestructuras energéticas renovables y la eficiencia energética y simplificar los procedimientos administrativos relacionados con el acceso a las actividades productivas privadas (BOIB de 21 de junio de 2012)*

2 · JURISPRUDENCIA

Energía eléctrica. Suministro de último recurso. Traspaso de clientes

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de julio de 2012

Declara nula la disposición adicional sexta de la Orden ITC/1659/2009 por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica, que establecía la retribución del operador del mercado en el ejercicio 2009.

La pretensión anulatoria, estimada por el TS, se fundamenta, sustancialmente, en la alegación de que el sistema de financiación del Operador del Mercado que fija la citada Orden ITC/1659/2009, a cargo exclusivamente de los sujetos generadores de electricidad, es contrario a lo establecido en el artículo 16.9 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, e infringe los principios de legalidad y de jerarquía normativa enunciados en el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que se desvía claramente del mandato legal y excluye del deber de financiar que incumbe a todos los agentes que participan en el mercado de producción de energía eléctrica (y no solo a los productores-vendedores) a los agentes adquirentes de energía.

Energía eléctrica. Peajes de acceso a las redes de transporte y distribución

Autos del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 y 12 de marzo de 2012

Los mencionados autos declaran que, de modo cautelar y en tanto se dicten las correspondientes sentencias, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo ha de complementar la fijación de los peajes de acceso establecidos por la Orden IET/3586/2011 que establece los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2012 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial hasta el punto en que con ellos se sufraguen en su integridad los costes de las actividades reguladas correspondientes a las dos partidas analizadas en los fundamentos jurídicos de estas resoluciones.

Las órdenes ministeriales que, con carácter trimestral, establecen los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica están sujetas, de acuerdo con la legislación vigente, a una serie de criterios objetivos para la fijación de tales peajes que no son disponibles por quien dicte las citadas órdenes. Pues bien, de una primera aproximación (no definitiva, al tratarse de un incidente cautelar), el TS deduce que el Ministerio persiste en condicionar la revisión de los peajes al resultado de las subastas CESUR. Este mecanismo, que permite al Gobierno alterar los peajes en la proporción exacta para que la tarifa final que pagan los con-

Energía eléctrica. Retribución de las instalaciones fotovoltaicas

sumidores quede inalterada, ignora la existencia de partidas que obligatoriamente deben sumarse para el cálculo de los peajes. Por ello, como ya ha considerado en el pasado el TS, este criterio distorsiona el modelo de retribución establecido en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico y sus normas de desarrollo y, por tanto, se considera no conforme a derecho en tanto no se lleve a cabo una reforma normativa que lo permita.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 12 de abril de 2012

Desestimación del recurso interpuesto contra el Real Decreto 1565/2010 de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. En concreto, se considera ajustado a derecho el artículo 1.10 de dicho Real Decreto, que suprime, a partir del año 30, el derecho al cobro de la tarifa regulada en el Real Decreto 661/2007 por las instalaciones fotovoltaicas productoras de energía eléctrica.

De conformidad con la argumentación de la sentencia, dicha supresión no puede considerarse una medida de carácter retroactiva (menos de la retroactividad prohibida) en tanto despliega sus efectos a los 30 años de su entrada en vigor. Asimismo, el TS considera que los titulares de las instalaciones de producción de energía fotovoltaica acogidos al Real Decreto 661/2007 no tienen el derecho a ser mantenidos de modo indefinido en las mismas condiciones económicas originariamente establecidas por aquella norma antes de su modificación por el Real Decreto 1565/2010. Además, el alto tribunal considera que los titulares de instalaciones en régimen especial, al optar por un sistema remuneratorio regulado, eliminan la práctica totalidad del riesgo empresarial inherente a todo negocio y que, consecuentemente, deben asumir el riesgo de cambio regulatorio como contrapartida siempre que se respeten unos mínimos de rentabilidad. Por todo ello, el TS considera que el Real Decreto 1565/2010 en su conjunto, y el artículo 1.10 en particular, no son contrarios a los principios de seguridad jurídica y expectativas legítimas, ya que estos principios no impiden las modificaciones normativas a partir de un cambio del entorno y las circunstancias (técnicas y económicas) que en su día motivaron el impulso legislativo original.

INMOBILIARIO Y URBANISMO*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Protección de deudores hipotecarios

Resolución de 10 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, de protección de deudores hipotecarios

La resolución publica 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, desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2012 de Medidas Urgentes de Protección de Deudores Hipotecarios sin Recursos.

* 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, Antonio Stefel, Iván Abad y Rafael Jiménez, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Valencia, Bilbao).

- Baleares. Urbanismo** *Ley 7/2012, de 13 de junio, de medidas urgentes para la ordenación urbanística sostenible (BOIB de 23 de junio de 2012)*
- Esta Ley proviene del Decreto Ley 2/2012, de 17 de febrero, que define los conceptos de suelo urbano y urbanizable, posibilita clasificar como urbanos determinados suelos que no cuentan con todos los servicios urbanísticos básicos y regula la cesión de suelo libre de cargas y la reserva de suelo destinado a viviendas de protección pública.
- Asimismo, amplía los usos permitidos por la Ley 6/1997, de 8 de julio, del suelo rústico y agiliza los procedimientos previstos en la Ley 11/2006, de 14 de septiembre, de evaluaciones de impacto ambiental y evaluaciones ambientales estratégicas, cambiando, en algunos casos, el sentido del silencio. Véanse otras modificaciones en el comentario al Decreto Ley 2/2012, que se incluyó en esta misma sección en el número 32 de la revista.
- Cantabria. Ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo** *Ley 3/2012, de 21 de junio, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria (BOC de 29 de junio de 2012)*
- Modifica la Ley 2/2001, de 25 de junio, y amplía los usos y, por ende, las autorizaciones y licencias que se pueden conceder en suelo rústico (actividades artesanales, culturales, de ocio, turismo rural y construcción de viviendas unifamiliares aisladas).
- Galicia. Vivienda** *Ley 8/2012, de 29 de julio, de vivienda de Galicia (DOG de 24 de julio de 2012)*
- Deroga la Ley 18/2008, de 29 de diciembre, de vivienda, y modifica la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural. Entre otros, regula las exigencias técnicas de calidad de la edificación, el libro del edificio, la fianza, la licencia de primera ocupación y la declaración de obra nueva.
- Madrid. Presupuestos 2012: racionalización del gasto público e impulso de la actividad económica** *Ley 4/2012, de 4 de julio, de modificación de la Ley de presupuestos generales de la Comunidad de Madrid para el año 2012, y de medidas urgentes de racionalización del gasto público e impulso y agilización de la actividad económica (BOCM de 9 de julio de 2012)*
- Modifica el artículo 31 de la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo, permitiendo declarar de alcance regional los proyectos que implanten actividades que generen empleo o riqueza en la región.
- Madrid. Dinamización de la actividad comercial** *Ley 2/2012, de 12 de junio, de dinamización de la actividad comercial en la Comunidad de Madrid (BOCM de 15 de junio de 2012)*
- Simplifica la actuación administrativa de los Ayuntamientos, en relación con el comercio minorista, para lo que prevé la sustitución las licencias de obras y actividad por una declaración responsable. Esta modificación se articula mediante la incorporación de una segunda disposición adicional a la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo.
- País Vasco. Servicios de mercado interior** *Ley 7/2012, de 23 de abril, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior (BOPV de 30 de abril de 2012)*
- Entre otras disposiciones, modifica la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, con el fin de eliminar la licencia de apertura, manteniéndola tan solo para aquellos supuestos en los que concurren razones de orden, seguridad o salud pública, e incorporar el régimen de comunicación previa y declaración responsable.
- País Vasco. Estándares urbanísticos** *Decreto 123/2012, de 3 de julio, de estándares urbanísticos (BOPV de 23 de julio de 2012)*
- Desarrolla la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, diferenciando los estándares urbanísticos según se actúe en suelo urbano no consolidado o urbanizable. Define expresiones legales como «actuación de dotación», edificabilidad «previamente materializada» o «atribuida por la ordenación urbanística». Deroga parte del Decreto 105/2008, de 3 de junio.

Comunidad Valenciana. Actuaciones territoriales estratégicas

Ley 1/2012, de 10 mayo, de la Generalitat, de medidas urgentes de impulso a la implantación de actuaciones territoriales estratégicas (DOCV de 14 de mayo de 2012)

Esta Ley proviene del Decreto Ley 2/2011, de 4 de noviembre. Cabe destacar lo siguiente: (i) regula las actuaciones estratégicas; (ii) faculta al urbanizador para solicitar la suspensión de un programa de actuación integrada por un máximo de 4 años; (iii) reduce las garantías a prestar por el urbanizador del 20% al 5%, ampliable hasta un 10%; y (iv) permite subdividir en unidades de ejecución y, por tanto, en fases de ejecución los grandes sectores provenientes de reclasificaciones. Para mayor detalle, véase el comentario al Decreto Ley 2/2011, que se incluyó en esta misma sección en el número 31 de la revista.

Comunidad Valenciana. Iniciativa empresarial y emprendedores, microempresas y pymes

Ley 2/2012, de 14 de junio, de la Generalitat, de medidas urgentes de apoyo a la iniciativa empresarial y los emprendedores, microempresas y pequeñas y medianas empresas (pymes) de la Comunidad Valenciana (DOCV de 20 de junio de 2012)

Esta Ley proviene del Decreto Ley 2/2012, de 13 de enero. En relación con los emprendedores y las micro, pequeñas y medianas empresas, prevé la tramitación conjunta de los expedientes de obras y actividad y sustituye la licencia comercial y de apertura de los establecimientos con aforo no superior a 500 personas por una declaración responsable.

Comunidad Valenciana. Ordenación del territorio, urbanismo y paisaje

Anteproyecto de Ley, de la Generalitat, de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunitat Valenciana

La reforma trata de simplificar los procedimientos de planeamiento y el urbanístico, insertarlos en la tramitación ambiental y crear una única norma autonómica en materia de suelo y urbanismo. Para ello, refunde y deroga la Ley 4/2004, de 30 de junio, de ordenación del territorio y protección del paisaje, la Ley 10/2004, de 9 de diciembre, de suelo no urbanizable, la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística valenciana, la Ley 9/2006, de 5 de diciembre, de campos de golf, el Decreto 67/2006, de 12 de mayo, que aprueba el reglamento de ordenación y gestión territorial y urbanística y el Decreto 120/2006, de 11 de agosto, que aprueba el reglamento del paisaje. Incorpora además las novedades introducidas por la Ley 1/2012, de 10 de mayo, y la Ley 2/2012, de 14 de junio, analizadas *supra*.

Cabe destacar lo siguiente: (i) sustituye el plan general por el «plan general estructural» y el «plan de ordenación pormenorizada»; (ii) elimina la intervención autonómica en la aprobación de los planes municipales al canalizarse esta a través del órgano ambiental autonómico; (iii) amplía a 15 años el plazo de prescripción de la acción de restauración de la legalidad urbanística; (iv) en determinados casos, sustituye la licencia urbanística por la comunicación previa y declaración responsable; y (v) mantiene la figura del empresario constructor y la contratación de la obra civil a través del concurso público.

2 · JURISPRUDENCIA

El carácter reglado de la clasificación del suelo no urbanizable protegido

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de abril de 2012

El TS sostiene que no resulta aplicable la doctrina del *ius variandi* cuando lo que se discute es si el suelo tiene el carácter de no urbanizable o rústico de especial protección por contraposición al suelo urbanizable o rústico común, porque el suelo rústico de especial protección tiene un carácter reglado y no discrecional.

Primacía de la «realidad existente» sobre las previsiones futuras de reurbanización

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de mayo de 2012

Se analiza en esta sentencia la posible ilegalidad de la categorización del suelo como urbano no consolidado de unos terrenos que se encontraban plenamente consolidados por la edificación conforme a la realidad física preexistente al planeamiento que prevé la reurbanización.

El TS concluye que se debe dar preferencia a la «*realidad existente*» sobre las previsiones futuras de reurbanización o reforma interior contempladas en el planeamiento urbanístico. En consecuencia, sostiene que no resulta admisible que unos terrenos que cuentan, no solo con los servicios exigibles para su consideración como suelo urbano, sino también con otros servicios tales como los de pavimentación de calzada, encintado de aceras y alumbrado público, y que están plenamente consolidados por la edificación, pierdan la consideración de suelo urbano consolidado, pasando a tener la de suelo urbano no consolidado, por la sola circunstancia de que el nuevo planeamiento contemple para ellos una determinada transformación urbanística.

En suma, no procede devaluar el estatuto jurídico de los propietarios de suelo urbano no consolidado exigiéndoles el cumplimiento de las cargas y obligaciones establecidas para los propietarios del suelo no consolidado.

Imposibilidad de alzar la suspensión de la aprobación de un Plan General fundamentando motivos distintos a los advertidos como elementos de suspensión de la aprobación *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de mayo de 2012*

La sentencia resuelve el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid por el que se aprobaba definitivamente el levantamiento del aplazamiento de la aprobación definitiva de la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Alcorcón Distrito Norte y se aprobaban definitivamente los ámbitos del Distrito Norte del referido Plan General.

El Tribunal Superior de Justicia sostiene que si el Ayuntamiento desistió de su voluntad de revisar el Plan General bajo las determinaciones del aplazamiento y se sometió en su nuevo ejercicio de la potestad planificadora a las determinaciones de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, en ningún caso se podía por la Comunidad Autónoma alzar un aplazamiento fundamentado en motivos distintos a los motivos advertidos como elementos de suspensión.

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

Régimen de liberación de hipoteca en situaciones de propiedad horizontal *Resolución de la DGRN de 30 de mayo de 2012*

Se pretende inscribir en el Registro de la Propiedad una escritura por la que dos sociedades manifiestan que, existiendo un crédito hipotecario entre ellas sobre una finca determinada, se ha llevado a cabo la división de la finca en régimen de propiedad horizontal, que no se ha distribuido el crédito entre las unidades formadas y que han acordado la liberación de la responsabilidad hipotecaria sobre una finca concreta procedente de la división horizontal por haberse producido el pago de parte del crédito. El registrador deniega su inscripción argumentando que es imprescindible el consentimiento de los titulares de las fincas restantes en que se ha dividido el edificio y que, de producirse la cancelación de la hipoteca sobre la finca señalada, la totalidad del edificio dejaría de estar sujeta al gravamen hipotecario, lo que no cabe aun con el consentimiento de todos los propietarios.

La DGRN desestima el recurso, aunque considera el defecto como subsanable, al considerar que el pago parcial del crédito no puede tener eficacia cancelatoria sin el consentimiento de los demás afectados, puesto que, en caso contrario, podría concentrarse el gravamen de manera desproporcionada y arbitraria sobre alguna finca, como se deriva del juego de la solidaridad de los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria. Además, afirma que, al no estar distribuida la hipoteca entre las distintas fincas resultantes de la división, sino constituida sobre el total de la finca original, no es posible liberar a una de ellas de la hipoteca sin el consentimiento de los adquirentes de las demás fincas.

La anotación de prohibición de enajenación únicamente restringe el acceso al Registro a los actos traslativos de dominio

Resolución de la DGRN de 9 de junio de 2012

Se pretende inscribir en el Registro de la Propiedad escritura de hipoteca sobre tres fincas respecto de las cuales constan anotaciones de prohibición de enajenación ordenadas en procedimiento judicial. Acreedor y deudor acuerdan, en el supuesto de que la deuda no fuese satisfecha una vez vencida, la imposibilidad de proceder a la ejecución de la garantía mientras no queden resueltas las anotaciones de prohibición referidas. El registrador deniega la inscripción por considerar que la constitución de hipoteca es un acto de disposición de dominio y que puede suponer una potencial enajenación, lo cual contradice el sentido de la anotación de prohibición que consta en el Registro de la Propiedad.

La DGRN estima el recurso argumentando que el objeto de la anotación preventiva ordenada en mandamiento judicial es la prohibición de enajenación y no la prohibición de disponer con carácter general, por lo que debe interpretarse que solo queda restringido el acceso al Registro a los actos traslativos de dominio de las fincas afectadas por las anotaciones, pero no a aquellos actos que no impliquen enajenación, como la constitución de derechos reales a favor de terceros.

El contrato de suministro determina suficientemente las obligaciones que de él se derivan

Resolución de la DGRN de 20 de junio de 2012

Se pretende inscribir en el Registro de la Propiedad una escritura por la que se formaliza un negocio jurídico a través del cual una sociedad se compromete a suministrar determinados productos a otras dos sociedades que se obligan a satisfacer las cantidades correspondientes. Además, una de las sociedades perceptoras de los suministros constituyó, a favor de la sociedad suministradora, hipoteca de máximo sobre varias fincas de su propiedad, en garantía de las obligaciones referidas. El registrador suspende la inscripción argumentando que las obligaciones futuras que se garantizan mediante hipoteca no están suficientemente determinadas, contraviniendo el contenido de los artículos 12 y 142 de la Ley Hipotecaria.

La DGRN estima parcialmente el recurso al considerar suficientemente determinadas las obligaciones garantizadas, puesto que son las que se derivan del contrato de suministro básico y este goza de entidad suficiente para producir la determinación de las obligaciones que se derivan de él. Por ello, entiende cumplido lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Hipotecaria al identificarse la obligación futura, el contrato de suministro básico del que surge y el plazo de duración, por lo que procede revocar la nota calificadora en este aspecto. Sin embargo, desestima el recurso en cuanto a la cláusula de ejecución extrajudicial que contiene la hipoteca, al considerar que la constancia registral de la utilización de este procedimiento no es inscribible en el Registro, pues no se recoge en la escritura que, previamente, habría de constar por nota marginal la existencia y cuantía de la obligación futura, como establece el artículo 235.1 del Reglamento Hipotecario.

LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Reforma laboral

Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 7 de julio de 2012)

La Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral procede de la tramitación parlamentaria como ley ordinaria del Real Decreto-ley 3/2012. El contenido es similar, aunque se introducen novedades relevantes, entre las que destacan las siguientes:

- (i) Ampliación del periodo de acumulación de los permisos retribuidos de formación profesional de tres a cinco años.
- (ii) Incremento del porcentaje de horas a distribuir de manera irregular a lo largo del año. En defecto de lo previsto en el convenio colectivo o acuerdo colectivo, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año hasta el 10% de las horas.
- (iii) Preferencia en el derecho a la movilidad geográfica de los trabajadores con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de rehabilitación, físico o psicológico relacionado con su discapacidad, siempre que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en donde sea más accesible dicho tratamiento.
- (iv) Definición de causa económica a efectos de la suspensión del contrato, reducción de jornada, inaplicación de condiciones de convenio y despido colectivo, en el sentido de exigir disminución de ingresos ordinarios, en comparación con los mismos trimestres del año anterior.
- (v) Exclusión de los servicios prestados durante el 31 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012 para el cómputo de veinticuatro meses en un periodo de treinta, que conllevan la conversión de los contratos temporales en indefinidos.
- (vi) Reducción a un año del régimen de ultractividad de los convenios colectivos. Para los convenios colectivos ya denunciados a la fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2012, el plazo de un año se computa desde la entrada en vigor de la ley.
- (vii) En materia de despido colectivo, son varias las medidas introducidas. Por una parte, se hace referencia a un futuro reglamento que establece la documentación a aportar al inicio del periodo de consultas. Por otra parte, empresa y representantes de los trabajadores pueden acordar la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación y arbitraje. En cuanto a la impugnación de despidos colectivos, se reconoce legitimación activa al empresario para interponer demanda con la finalidad de que se declare ajustado a derecho. El empresario podrá interponer la demanda en el plazo de veinte días desde la finalización del plazo del que disponen los representantes de los trabajadores para impugnar el despido y siempre que estos no lo hubieran hecho.
- (viii) En cuanto a la aportación económica al Tesoro por despidos colectivos de trabajadores con cincuenta o más años de edad en empresas que hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores, se precisa que la empresa o grupo de empresa debe contar con cien trabajadores. Las empresas que, cumpliendo con estos requisitos, hubieran efectuado despidos colectivos autorizados por la autoridad laboral antes del 12 de febrero de 2012 deberán efectuar aportaciones económicas si las extinciones hubieran afectado a cien trabajadores.

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

(ix) El despido individual por causas objetivas fundado en faltas de asistencia al trabajo, justificadas pero intermitentes, exige que se alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos. Se exige, además, que las faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcancen el 5% de las jornadas hábiles.

(x) Las indemnizaciones por despidos producidos desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012 y hasta la entrada en vigor de la ley, están exentas de tributación en la cuantía que habría correspondido si se hubieran declarado improcedentes. Además, a efectos de exención, el empresario puede haber reconocido la improcedencia en el momento de la comunicación del despido o antes del acto de conciliación y no debe tratarse de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes y sistemas colectivos de bajas incentivadas. En cuanto a las indemnizaciones por despidos disciplinarios producidos tras la entrada en vigor de la Ley 3/2012, estarán exentas si se pactan en el acto de conciliación y su cuantía no excede la indemnización de despido improcedente.

Por otro lado, las indemnizaciones por despido o cese a consecuencia de los expedientes de regulación de empleo en tramitación a 12 de febrero de 2012, y que hubieran sido aprobados a partir del 8 de marzo de 2009, estarán exentas en la cuantía que no supere cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

(xi) Se establece la nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social. En cuanto a las cláusulas de jubilación obligatoria previstas en convenios colectivos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, se prevé la nulidad de la cláusula al finalizar la vigencia inicial de los convenios, si ésta se produce tras la entrada en vigor de la Ley. Si la vigencia inicial del convenio expira antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2012, esta última determina la nulidad de la cláusula.

Prórroga del programa de cualificación profesional para las personas que hayan agotado la protección por desempleo

Real Decreto-ley 23/2012, de 24 de agosto, por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo (BOE de 25 de agosto de 2012)

El Real Decreto-ley 23/2012, de 24 de agosto, tiene efectos desde el 16 de agosto. Este Real Decreto-ley prorroga el programa de cualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.

Dicho programa, introducido por el Real Decreto-ley 1/2011, ha sido prorrogado dos veces. Con esta prórroga, se busca introducir mejoras en su diseño; en concreto, enmendar las deficiencias del plan de inserción en el empleo y vincular el otorgamiento de ayudas a las situaciones de mayor necesidad.

En caso de que el solicitante cumpla los requisitos previstos tendrá derecho a:

- (i) Realizar un itinerario individualizado y personalizado de inserción.
- (ii) Participar en medidas de políticas activas de empleo destinadas a la recualificación y reinserción profesional.
- (iii) Recibir ayuda económica de acompañamiento del 75% del IPREM mensual, hasta un máximo de seis meses. Si la persona tiene a cargo a tres miembros de la unidad familiar, la ayuda será equivalente al 85% del IPREM.

El plazo para solicitar la inclusión en el programa es de dos meses desde la finalización de la prestación o subsidio por desempleo. En este plazo, el solicitante debe realizar acciones de búsqueda activa de empleo durante un periodo mínimo de treinta días que deberán acreditarse en el momento de presentar la solicitud.

La financiación de la prórroga de la ayuda para la recualificación profesional de las personas que agoten la protección por desempleo se realizará con cargo al presupuesto de gastos del Servicio Público de Empleo Estatal. No obstante, esta medida no podrá afectar al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad

Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE de 14 de julio de 2012)

Con carácter general, el Real Decreto-ley 20/2012 exige a las Administraciones Públicas la adopción de una serie de medidas con el objetivo de reducir el gasto e incrementar la eficiencia. En este sentido, se adoptan, entre otras, las siguientes medidas:

- (i) Aumento de la jornada de trabajo del sector público estatal, supresión de los días adicionales de libre disposición, de los días adicionales de vacaciones por antigüedad y de tres de los seis días de libre disposición ordinarios, así como reducción de los créditos y permisos sindicales.
- (ii) Incompatibilidad de pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y percepciones similares que perciben determinados ex altos cargos.
- (iii) Supresión de la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012.
- (iv) Posibilidad, con carácter excepcional, de suprimir o modificar los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral del sector público.
- (v) Modificación del régimen retributivo del personal incluido en el Régimen General de la Seguridad Social, y la prestación económica en la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, organismos y entidades dependientes de ellas y órganos constitucionales.
- (vi) Determinación de las unidades electorales y unificación de las unidades electorales en el exterior, con el fin de evitar la excesiva fragmentación existente, causante de un elevado número de órganos de representación.

En cuanto a las medidas introducidas en materia de Seguridad Social, destacan las siguientes:

- (i) Modificación del régimen de recargos, mediante la cual se pretende favorecer la aplicación del procedimiento para el aplazamiento del pago de cuotas.
- (ii) Regulación de las bases de cotización de los trabajadores por cuenta ajena y los conceptos incluidos a efectos del gravamen del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En relación con esta última medida, debemos destacar la eliminación, entre otras, de la «retribución en especie concedida voluntariamente» del elenco de conceptos excluidos de la base de cotización.

Y, en relación con las medidas introducidas en materia de empleo, se busca proteger las situaciones de pérdida de empleo, así como impulsar la activación de los desempleados para su rápido retorno al empleo. Otro objetivo es la racionalización del sistema de prestaciones en su totalidad, buscando mayor equidad. Para ello, en materia de prestaciones por desempleo, la cuantía se fija en el 50% de la base reguladora a partir del séptimo mes, aplicable a los nuevos perceptores. En materia de subsidios por desempleo, se refuerza la vinculación entre el derecho de acceso a los subsidios y el patrimonio personal de los beneficiarios, se elimina el subsidio especial para mayores de 45 años y se racionaliza el subsidio para mayores de 52 años.

Por último, se modifica el régimen de reclamación al Estado del abono de los salarios de tramitación en los casos de despido declarado nulo o improcedente por sentencia judicial firme.

Atribución de nuevas facultades de Inspección a los Directores Territoriales de Trabajo y de Seguridad Social

Orden ESS/1784/2012, de 2 de agosto, por la que se atribuyen funciones operativas a los Directores Territoriales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 11 de agosto de 2012)

Esta orden se enmarca dentro del desarrollo del Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social 2012-2013, aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 27 de abril. La principal novedad consiste en atribuir facultades de inspección a los Directores Territoriales de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social de las Comunidades Autónomas pluriprovinciales.

La orden amplía las funciones de los Directores Territoriales de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. Esta ampliación consiste en la asunción de facultades de organización, ejecu-

ción y seguimiento de operaciones y de actuaciones sobre sujetos, situaciones o sectores de actividad en las siguientes materias: (i) afloramiento del empleo irregular, (ii) lucha contra el fraude en prestaciones del Sistema de Seguridad Social, (iii) incumplimiento de las obligaciones de cotización a la Seguridad Social, y (iv) la aplicación y obtención indebida de bonificaciones o reducciones de cuota u otros incentivos.

Límites a la retribución de los directivos de las entidades financieras que hayan recibido ayudas públicas

Orden ECC/1762/2012, de 3 de agosto, por la que se desarrolla el artículo 5 del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, en materia de remuneraciones en las entidades que reciban apoyo financiero público para su saneamiento o reestructuración (BOE de 8 de agosto de 2012)

La Orden ECC/1762/2012 concreta los límites de las retribuciones de consejeros y directivos de las entidades de crédito. Establece diferencias entre las entidades que se encuentran participadas mayoritariamente por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria («FROB») y las que han recibido apoyo financiero del mismo.

De esta forma, la retribución fija bruta anual de los directivos, presidentes ejecutivos, consejeros delegados o cargos similares de las entidades participadas mayoritariamente por el FROB, no podrá ser superior a 300.000 euros. En las entidades que reciban apoyo financiero del FROB, el límite máximo se fija en 600.000 euros.

En cuanto a la retribución variable de los directivos y consejeros de entidades que reciban apoyo financiero del FROB, esta no podrá superar el 60% de la retribución fija anual. Su percepción se difiere tres años a partir del devengo y se condiciona a la obtención de resultados. Solo se permitirá alcanzar el 100% de la retribución en el caso de directivos contratados con posterioridad a la ayuda y previa autorización del Banco de España.

Para el cálculo de los límites, computarán el total de las retribuciones percibidas de las distintas entidades pertenecientes al grupo en que se encuentre integrada la entidad participada o apoyada por el FROB.

Esta orden incluye un régimen especial para los procesos de integración de varias entidades. Los directivos y administradores que no provengan de la entidad participada mayoritariamente o apoyada por el FROB no quedarán afectados por las restricciones establecidas en esta orden. En cuanto a los directivos provenientes de entidades que requieran apoyo financiero, el Ministerio de Economía y Competitividad, a propuesta del Banco de España, y a la vista del plan de retribuciones presentado por la entidad, podrá modificar los criterios y límites fijados en la presente orden ministerial.

Modificación de los criterios para la concesión de subvenciones públicas a la formación profesional para el empleo

Orden ESS/1726/2012, de 2 de agosto, que modifica la Orden TAS/718/2008, de 7 de marzo, por la que se desarrolla el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, regulador del subsistema de formación profesional para el empleo, en materia de formación de oferta y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas destinadas a su financiación (BOE de 4 de agosto de 2012)

El objetivo principal de esta orden ministerial es adecuar la Orden TAS/718/2008 a los cambios introducidos por la Ley 3/2012 en el subsistema de formación profesional para el empleo y en materia de formación de oferta. También tiene el objetivo de reforzar los principios de eficacia y eficiencia en dicho sistema.

Las modificaciones se centran en los siguientes aspectos:

- (i) Las siguientes entidades serán beneficiarias de las subvenciones destinadas a la financiación de los planes de formación dirigidos prioritariamente a los trabajadores ocupados: organizaciones empresariales y sindicales más representativas, las representativas en el correspondiente sector de actividad, los entes paritarios creados o amparados en el marco de la negociación colectiva sectorial estatal y los centros y entidades de formación debidamente acreditados e inscritos, referidos en el artículo 24, apartados 2 y 3, del Real Decreto 395/2007.

[Portugal]**Coordenação entre sistemas de Segurança Social dentro da União Europeia**

Regulamento (EU) n.º 465/2012, de 22 de maio (Jornal Oficial da União Europeia L 149, de 8 junho 2012)

Entrou em vigor no passado dia 28 de junho de 2012, o Regulamento (EU) n.º 465/2012, de 22 de maio de 2012, que altera o Regulamento (CE) n.º 883/2004, de 29 de abril de 2004 relativo à coordenação entre sistemas de segurança social dentro da União Europeia, e também o Regulamento (CE) n.º 987/2009, de 16 de setembro de 2009 que estabelece as modalidades de aplicação do Regulamento n.º 883/2004.

As principais alterações ao Regulamento (CE) n.º 883/2004, de 29 de abril de 2004 incluem (i) a clarificação de que não se aplica a legislação do Estado-Membro de origem, em caso de destacamento de pessoa para outro Estado-Membro em substituição de pessoa que se encontre ela própria destacada; e ainda (ii) a limitação da aplicação da lei do Estado-Membro de residência apenas a pessoa que desenvolve a sua atividade por conta de outrem, em dois ou mais Estados-Membros, e realiza uma parte substancial dessa atividade económica no Estado-Membro de residência, deixando de relevar o facto de o trabalhador desenvolver a sua atividade para várias empresas ou empregadores com sede ou domicílio em diferentes Estados-Membros.

Quanto às alterações ao Regulamento (CE) n.º 987/2009, de 16 de setembro de 2009, destacamos (i) a introdução do conceito de «sede ou centro de atividades» para efeitos da determinação da legislação aplicável; e (ii) o reforço do dever de informação dos interessados quanto à legislação que lhes é aplicável, clarificando-se que o respetivo atestado é entregue à pessoa interessada.

Revisões ao Código do Trabalho

Lei n.º 23/2012, de 25 de junho (DR 121, SÉRIE I, 25 de junho de 2012) e Lei n.º 47/2012, de 29 de agosto (DR 167, SÉRIE I, DE 29 de agosto de 2012)

A Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, procede à terceira alteração ao Código do Trabalho, aprovada pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro. As alterações constantes deste diploma entraram em vigor em de 1 de agosto de 2012 e enquadram-se no âmbito do *Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego*, assinado pelo Governo e pelos parceiros sociais (com exceção da CGTP) no dia 18 de janeiro de 2012, bem como no âmbito dos compromissos assumidos perante a troika no Memorando de Entendimento de 17 de maio de 2011.

Destacamos as seguintes novidades:

(i) Banco de horas individual e banco de horas grupal

Estabelece-se a possibilidade de aplicação de um regime de banco de horas individual, desde que contratualmente acordado entre o trabalhador e o empregador. Por outro lado, regula-se também a possibilidade de o empregador aplicar o regime do banco de horas a uma secção, equipa ou unidade económica (mesmo que não se tenha verificado aceitação), desde que se encontrem reunidos determinados requisitos.

Procede-se ainda à alteração do regime de compensação do trabalho prestado ao abrigo do regime de banco de horas.

(ii) Intervalo de descanso:

Modifica-se o regime do intervalo de descanso, estabelecendo-se que, caso o período de trabalho diário seja superior a dez horas, o trabalhador poderá prestar até seis horas de trabalho consecutivo.

(iii) Trabalho suplementar

É eliminado o descanso compensatório por trabalho suplementar prestado em dia útil, dia de descanso semanal complementar ou dia feriado. Por seu turno, serão nulas todas as cláusulas constantes de contrato de trabalho e todas as disposições constantes de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho que disponham sobre esta matéria.

São também reduzidos para metade os acréscimos remuneratórios devidos pela prestação de trabalho complementar e o acréscimo de retribuição devido por trabalho normal prestado em dia feriado para empresa não obrigada a fechar nesse dia e da duração do descanso compensatório pelo qual o trabalhador poderá optar em alternativa.

Na sequência desta redução, são suspensas durante dois anos cláusulas de contrato de trabalho e disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho que estabeleçam acréscimos remuneratórios superiores aos referidos no parágrafo anterior. Os valores serão reduzidos para metade (mas nunca para valor inferior ao limite legal) se as cláusulas e disposições não forem revistas até ao final desse prazo.

(iv) Feriados

Com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2013, são eliminados os seguintes feriados: Corpo de Deus, 5 de outubro, 1 de novembro e 1 de dezembro. Esta medida produz efeitos a partir do dia 1 de Janeiro de 2013.

(v) Férias

É eliminada a majoração de até três dias de férias por assiduidade a partir de 1 de janeiro de 2013. Esta medida terá caráter imperativo sobre as disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e cláusulas de contrato individual de trabalho que sejam posteriores a 1 de dezembro de 2003 e anteriores à entrada em vigor da presente lei, as quais sofrerão uma redução em quantidade equivalente até três dias.

Desde que o empregador informe os trabalhadores até 15 de dezembro do ano anterior, terá a possibilidade de encerrar a empresa para férias dos trabalhadores nos dias de «ponte».

Estabelece-se ainda que, sempre que os dias de descanso do trabalhador coincidam com dias úteis, serão considerados como dias de férias, em substituição daqueles os sábados e domingos que não sejam feriados.

(vi) Faltas

Existindo falta injustificada a um ou meio período de trabalho diário imediatamente anterior ou posterior a dia de descanso ou feriado, a totalidade desse período será considerada como período de ausência para efeitos de perda da retribuição.

(vii) Fiscalização das condições de trabalho

Com vista a simplificar e desburocratizar os procedimentos administrativos, deixa de ser obrigatório enviar à ACT:

- Regulamento interno da empresa (que passa a produzir efeitos após a respetiva publicação no local de trabalho);
- Mapas de horário de trabalho;
- Acordos de isenção de horário de trabalho;
- Comunicação de início de atividade.

É previsto o deferimento tácito de requerimentos de redução ou exclusão de intervalo de descanso caso a Autoridade das Condições de Trabalho não se pronuncie no prazo de 30 dias.

(viii) Cessação do contrato de trabalho

Despedimento por extinção do posto de trabalho:

A definição do ou dos critérios a adotar na determinação do posto de trabalho a extinguir, em caso de pluralidade de postos de conteúdo funcional idêntico, fica a cargo do empregador, sendo eliminada a obrigatoriedade de critérios de menor antiguidade.

Por seu turno, a demonstração da impossibilidade da subsistência da relação de trabalho é agora aferida pela observância dos referidos critérios (que devem ser «relevantes e não

discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção dos postos de trabalho»), sendo eliminada a exigência de inexistência de posto de trabalho compatível com a categoria profissional do trabalhador.

Despedimento por inadaptação:

Irá agora ser possível recorrer a esta modalidade de despedimento nos casos em que não se verifiquem modificações no posto de trabalho. De todo o modo, esta modalidade é sujeita à verificação cumulativa dos seguintes requisitos: (i) modificação substancial da prestação do trabalhador com previsível carácter definitivo; (ii) prestação de informação circunstanciada ao trabalhador sobre modificação e pronúncia por parte deste; (iii) comunicação escrita ao trabalhador de ordens e instruções com vista à correção da situação; (iv) formação profissional e (v) período de adaptação de 30 dias no posto de trabalho;

No caso de trabalhadores afetos a cargo de complexidade técnica ou de direção que não cumpram objetivos previamente acordados por escrito (e definidos após a entrada em vigor da presente lei), é necessária a observância do requisito de demonstração da impossibilidade da subsistência da relação de trabalho semelhante ao regime de despedimento por extinção de posto de trabalho, acima referido);

Nos termos deste novo regime, confere-se ao trabalhador a possibilidade de, em sede de procedimento, juntar documentos e solicitar a realização de diligências probatórias e obrigatoriedade de cumprimento por parte do empregador.

(ix) *Compensação por cessação do contrato de trabalho:*

São alteradas as regras de cálculo de compensação por cessação de contrato de trabalho nos seguintes termos:

- a) Para os contratos de trabalho (sem termo) celebrados antes de 1 de novembro de 2011 a compensação é calculada do seguinte modo:
 - Até 31 de outubro de 2012, o montante corresponde a um mês de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade;
 - A partir de 31 de outubro de 2012, o montante corresponde à aplicação das regras previstas para os contratos celebrados a partir de 1 de novembro de 2011, adiante descritas.
 - O montante da compensação não poderá ser inferior a três meses de retribuição base e diuturnidades, ficando, porém, sujeito aos seguintes limites máximos:
 - O montante da compensação apurada a 31 de outubro de 2012 se igual ou superior a 12 vezes a retribuição base mensal e diuturnidades do trabalhador ou a 240 vezes a retribuição mínima mensal garantida (ou seja, em 2012, $240 \times \text{€ } 485 = \text{€ } 116.400$);
 - O limite de 12 vezes a retribuição base mensal e diuturnidades do trabalhador ou 240 vezes a retribuição mínima mensal garantida se o montante da compensação apurada a 31 de outubro de 2012 for inferior àqueles valores.
- b) Para os contratos de trabalho a termo (incluindo os que sejam objeto de renovação extraordinária) e para os contratos de trabalho temporário celebrados antes de 1 de novembro de 2011, a compensação por caducidade é calculada do seguinte modo:
 - Até 31 de outubro de 2012 (ou até à data da renovação extraordinária caso seja anterior a esta data), o montante corresponde a três ou dois dias de retribuição base e diuturnidades por cada mês de duração, consoante a duração total do contrato não exceda ou seja superior a seis meses, respetivamente;
 - A partir de 31 de outubro de 2012, o montante corresponde à aplicação das regras previstas para os contratos celebrados a partir de 1 de novembro de 2011, descritas de seguida.

- c) Para os contratos de trabalho celebrados após 1 de novembro de 2011 (sem diferenciação), a compensação corresponde a 20 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade (a fração de ano é calculada proporcionalmente), com os seguintes limites:
- O valor da retribuição base mensal e diuturnidades a considerar não pode ser superior a 20 vezes a retribuição mínima mensal garantida (ou seja, em 2012, $20 \times \text{€ } 485 = \text{€ } 9.700$);
 - O montante global não pode ser superior a 12 vezes a retribuição base mensal e diuturnidades do trabalhador ou, para os trabalhadores que auferem uma retribuição mensal superior a 20 vezes a retribuição mínima mensal garantida, a 240 vezes o valor da retribuição mínima.

(x) Outras alterações

São ainda reformados os regimes de «lay-off», de comissão de serviço, de contratos de trabalho de muito curta duração e dos instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho.

A Lei n.º 47/2012, de 29 de agosto, procede à quarta alteração ao Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, por forma a adequá-lo à Lei n.º 85/2009, de 27 de agosto, que estabelece o regime da escolaridade obrigatória para as crianças e jovens que se encontram em idade escolar.

As alterações constantes deste diploma entraram em vigor no passado dia 3 de setembro de 2012.

**Segurança Social -
alterações ao
rendimento social de
inserção e outras
prestações sociais**

Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27 de junho (DR 123, SÉRIE I, 27 de junho de 2012)

O Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27 de junho, que entrou em vigor no passado dia 1 de julho de 2012, procede à alteração da legislação em vigor referente a:

- a) proteção social na eventualidade de doença;
- b) proteção na parentalidade no âmbito da eventualidade de maternidade, paternidade e adoção;
- c) estatuto das pensões de sobrevivência aplicável no âmbito do regime de proteção social convergente;
- d) proteção na eventualidade de morte;
- e) rendimento social de inserção;
- f) proteção na eventualidade de encargos familiares;
- g) regras para a verificação das condições de recursos de prestações sociais dos subsistemas de proteção familiar e de solidariedade; e
- h) regulamentação da prova anual da situação escolar no âmbito das prestações por encargos familiares.

Destas alterações destacamos as seguintes novidades:

No que respeita à *Proteção Social na Doença*, verificam-se alterações nas regras de contabilização do prazo de garantia de 6 meses civis, cujo cumprimento é necessário para a atribuição do subsídio de doença, contando agora, se necessário for, o mês em que ocorre o evento, desde que no mesmo exista registo de remunerações.

Foram ainda alteradas as regras de cálculo da remuneração de referência, caso os beneficiários não apresentem seis meses de remunerações registadas no período que precede o segundo mês anterior ao mês em que teve início a situação de incapacidade temporária, contando agora o total de remunerações registadas desde o início do período de referência até ao dia que antecede a incapacidade temporária para o trabalho.

O montante diário do subsídio corresponde agora a:

- 55% da remuneração de referência - durante período de incapacidade temporária igual ou inferior a 30 dias;
- 60% da remuneração de referência - durante período de incapacidade temporária superior a 30 dias e igual ou inferior a 90 dias.

Prevê-se ainda a majoração em 5% das percentagens acima referidas no caso (i) de a remuneração de referência ser igual ou inferior a € 500,00; (ii) de o agregado familiar integrar três ou mais descendentes com idades até 16 anos, ou até 24 anos, no caso de se receber abono de família para crianças e jovens; ou (iii) de o agregado familiar incluir descendentes beneficiários do abono de família para crianças e jovens.

É também estabelecido um limite mínimo do valor do subsídio, para situações em que a remuneração de referência é superior a € 500,00 mas em que se verifica, na prática, a atribuição de um subsídio inferior ao resultante da aplicação das majorações *supra* a uma situação em que a remuneração de referência é de € 500,00.

As alterações ao regime de proteção social na doença aplicam-se apenas a situações de doença inicial que ocorram após a entrada em vigor deste Decreto-Lei.

Também no *Regime de Proteção na Parentalidade* são alteradas as condições de atribuição das prestações e a fórmula de cálculo da remuneração de referência.

Caso os beneficiários não apresentem seis meses de remunerações registadas no período que precede o segundo mês anterior ao mês em que teve início a eventualidade em causa, é agora tido em conta o total de remunerações registadas desde o início do período de referência até ao dia que antecede a eventualidade de natureza parental em causa.

A determinação do total das remunerações auferidas deixa de ter em consideração os montantes relativos a subsídios de férias, de Natal e outros de natureza análoga. Mas, por seu turno, determina-se a atribuição de prestações pecuniárias compensatórias de subsídios de férias, de Natal ou outros de natureza análoga. Tal atribuição dependerá do cumprimento dos requisitos previstos no Decreto-Lei.

As alterações aos regimes de proteção na parentalidade e de proteção da parentalidade no âmbito do proteção social convergente são aplicáveis a situações de maternidade, paternidade e adoção ocorridas após a entrada em vigor deste Decreto-Lei, ou que se encontrem pendentes de decisão.

Das alterações ao *Regime do Rendimento Social de Inserção* destacamos também:

- o estabelecimento de novos requisitos cumulativos para o reconhecimento do direito ao rendimento social de inserção;
- a alteração das regras de a renovação da prestação;
- a prestação ser agora penhorável;
- o regime de dispensa das condições gerais de atribuição para determinados grupos de beneficiários;

As alterações ao regime do rendimento social de inserção aplicam-se às prestações de rendimento social com pagamento em curso e aos requerimentos que estejam dependentes de decisão em 1 de julho de 2012.

Combate ao desemprego - medida de incentivo à aceitação de ofertas de emprego

Portaria n.º 207/2012, de 6 de julho (DR 130, SÉRIE I, DE 6 de julho de 2012)

A Portaria n.º 207/2012, de 6 de julho, que entrou em vigor no passado dia 5 de agosto de 2012, cria a Medida Incentivo à Aceitação de Ofertas de Emprego, no âmbito do Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego. Esta medida pretende promover o regresso ao mercado de trabalho de desempregados subsidiados, através da atribuição de um incentivo financeiro àqueles que aceitem um emprego a tempo completo com uma remuneração inferior ao valor da prestação de desemprego que se encontrem a receber.

Poderão apenas beneficiar desta medida os desempregados que recebam prestações de desemprego, que estejam inscritos nos Centros de Emprego há mais de seis meses, que aceitem oferta de emprego apresentada pelo centro de emprego ou que obtenham colocação pelos próprios meios, cuja retribuição líquida seja inferior à prestação de desemprego e tenham, na data da celebração do contrato de trabalho, direito a beneficiar da prestação de desemprego por um período remanescente igual ou superior a seis meses.

Para efeitos de aplicação desta medida relevam apenas os contratos de trabalho que não sejam celebrados com empregador com o qual o beneficiário tenha mantido uma relação laboral cuja cessação tenha dado origem ao reconhecimento do direito à prestação de desemprego; que garantam, pelo menos, a remuneração mínima mensal garantida e demais direitos previstos na legislação laboral ou em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho aplicável; que tenham uma duração igual ou superior a três meses; e com horário de trabalho a tempo completo.

Esta medida é promovida IEFP, IP, em articulação com a Segurança Social.

Regulamento de condições mínimas para os trabalhadores administrativos

Portaria n.º 210/2012, de 12 de julho (DR 134 SÉRIE I, 12 de julho de 2012)

A Portaria n.º 210/2012, de 12 de julho, que entrou em vigor no passado dia 17 de julho de 2012, procede à quinta alteração à Portaria n.º 736/2006, de 26 de julho, que aprova o regulamento de condições mínimas para os trabalhadores administrativos. São atualizadas as tabelas de retribuições mínimas e o valor das diuturnidades e do subsídio de refeição dos trabalhadores administrativos não abrangidos por regulamentação coletiva específica. Estas atualizações retroagem a 1 de abril de 2012.

Incentivos à empregabilidade jovem – financiamento de estágios no âmbito do plano «Impulso Jovem»

Portaria n.º 225-A/2012, de 31 de julho (DR 147, SÉRIE I, 31 de julho de 2012)

A Portaria n.º 225-A/2012, de 31 de julho, que entrou em vigor no passado dia 1 de agosto de 2012, regulamenta as medidas Passaporte Emprego, Passaporte Emprego Economia Social, Passaporte Emprego Agricultura e Passaporte Emprego Associações e Federações Juvenis e Desportivas («Passaportes Emprego»), no âmbito do plano «Impulso Jovem», lançado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 51-A/2012, de 14 de junho, destinado a promover a empregabilidade jovem e a apoiar as pequenas e médias empresas.

As medidas previstas nesta Portaria consistem no financiamento, total ou parcial, de estágios de duração igual a 6 meses, dirigidos a jovens desempregados inscritos nos centros de emprego há pelo menos quatro meses.

Não são abrangidos por estas medidas (i) os estágios para acesso a títulos profissionais; (ii) os estágios curriculares e (iii) os estágios que requeiram competências nas áreas da medicina e da enfermagem.

As entidades promotoras dos estágios poderão ser pessoas singulares ou coletivas de direito privado, regularmente constituídas e registadas, que preencham os requisitos legais exigidos para o exercício da actividade, que tenham a sua situação contributiva regularizada perante a administração fiscal e a segurança social, que não se encontrem em situação de incumprimento no que respeita a apoios financeiros concedidos pelo IEFP, que tenham a sua situação regularizada em matéria de restituições no âmbito do financiamento do Fundo Social Europeu e que disponham de contabilidade organizada.

Estas medidas poderão vir ainda a contemplar a atribuição de um prémio de integração correspondente a seis vezes o valor da participação do IEFP, IP, com a bolsa de estágio, caso a entidade promotora venha a celebrar um contrato de trabalho por tempo indeterminado com o estagiário. Este prémio será majorado em 20%, nos casos de estagiários com deficiência e incapacidade.

A entidade que assegura o financiamento é o IEFP, IP

Estas medidas vigorarão até 5 de dezembro de 2013, sem prejuízo de as candidaturas ao prémio, IP, de integração poderem ser apresentadas em data posterior.

**Incentivos à
empregabilidade
jovem - reembolso da
taxa social única no
âmbito do plano
«Impulso Jovem»**

Portaria n.º 229/2012, de 3 de agosto (DR 150, SÉRIE I, de 3 de agosto de 2012)

A Portaria n.º 229/2012, de 3 de agosto, que entrou em vigor no dia 4 d agosto de 2012, criou a medida de Apoio à Contratação via Reembolso da Taxa Social Única (TSU), no âmbito do plano «Impulso Jovem», lançado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 51-A/2012, de 14 de junho, destinado a promover a empregabilidade jovem e a apoiar as pequenas e médias empresas.

Esta medida consiste no reembolso de uma percentagem da TSU paga pelo empregador que celebre contrato de trabalho com jovens desempregados, inscritos no centro de emprego, ou jovens, inscritos no centro de emprego, como trabalhadores com contrato de trabalho suspenso, com fundamento em falta de pagamento pontual da retribuição, há pelo menos 12 meses consecutivos.

As entidades beneficiárias desta medida poderão ser pessoas singulares ou coletivas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, regularmente constituídas e registadas, que preencham os requisitos legais exigidos para o exercício da actividade, que tenham a sua situação contributiva regularizada perante a administração fiscal e a segurança social, que não se encontrem em situação de incumprimento no que respeita a apoios financeiros concedidos pelo IEFP, IP, que tenham a sua situação regularizada em matéria de restituições no âmbito do financiamento do Fundo Social Europeu e que disponham de contabilidade organizada.

A atribuição do apoio financeiro depende da celebração de contrato de trabalho, a tempo completo, sem termo ou a termo certo, por um período mínimo de 18 meses.

As entidades beneficiárias desta medida deverão registar um número total de trabalhadores igual ou superior à média dos trabalhadores registados nos 6 ou 12 meses que precedem a data da apresentação da candidatura, acrescida do número de trabalhadores abrangidos por esta medida e, a partir da contratação e pelo menos durante o período de duração do apoio financeiro, registar, com periodicidade mensal, um número total de trabalhadores igual ou superior ao número de trabalhadores registados à data da apresentação da candidatura.

A entidade que responsável pela execução desta medida é o IEFP em articulação com o Instituto de Informática, IP.

Esta medida vigorará até 5 de dezembro de 2013.

2. JURISPRUDENCIA

[Espanña]

Ejercicio de derechos de stock options aún no ejercitables en el momento en que se produce el despido improcedente

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 3 de mayo de 2012

En el supuesto de autos, el demandante reclamaba el derecho a ejercitar las opciones sobre acciones concedidas por la empresa («*stock options*») tras su cese por despido improcedente. No obstante, los términos del plan de *stock options* establecían la pérdida del derecho para aquellos empleados cuyo contrato de trabajo se hubiera extinguido.

El Tribunal Supremo («TS») argumenta que, según la literalidad del plan de *stock options*, la empresa no incurrió en infracción legal al denegar al demandante la posibilidad de ejercitar la opción de compra de las acciones. En concreto, el tenor literal del plan ordena la pérdida del derecho para los beneficiarios cuyo contrato de trabajo sea rescindido o revocado por el grupo. Y el TS entiende que el despido improcedente está incluido entre los supuestos de pérdida de derechos de *stock options*.

Por otro lado, el TS descarta la infracción del artículo 1256 del Código Civil («CC») alegada por el trabajador, puesto que no se dejó la validez o el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes contratantes. En las bases reguladoras del plan se exigía que el trabajador se encontrara prestando servicios en la empresa en el momento del ejercicio. Es así porque su finalidad es fidelizar, motivar y vincular al trabajador con los resultados de la empresa.

Sin embargo, la regla que determina la pérdida del derecho al ejercicio de opciones sobre acciones no resulta aplicable si, como sucedió en anteriores sentencias del TS, el despido improcedente se produce solo unos meses antes de que el trabajador pueda ejercitar el derecho. Tal situación debe ser valorada como una conducta unilateral de la empresa para impedir el ejercicio del derecho. Sin embargo, en este caso, no constaba la voluntad de la empresa de impedir el ejercicio del derecho del trabajador, ya que el despido tuvo lugar más de dos años antes del plazo inicial de ejercicio de la opción.

No constituye causa de extinción del contrato el retraso en el pago del salario pactado con los representantes de los trabajadores

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 5 de marzo de 2012

La cuestión litigiosa consiste en determinar si los retrasos en el pago de salarios son constitutivos de incumplimiento contractual grave, que justifiquen la extinción del contrato a instancia del trabajador, tal y como prevé el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores («ET»).

En el supuesto de autos, una empresa de moda atravesaba serias dificultades económicas. Ante esta situación, la empresa y los representantes de los trabajadores alcanzaron un acuerdo, en virtud del cual se retrasaba el pago del salario como forma de solventar la complicada situación económica. Por otro lado, la medida contribuiría a evitar la reducción de plantilla.

El TS resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina y considera que el incumplimiento empresarial no es grave ni trascendente. En primer lugar, destaca que los retrasos solo consisten en el impago de un mes y el cobro fraccionado de otros seis meses. En opinión del TS, los impagos y los retrasos no son relevantes debido a la coyuntura económica actual, en la que existen importantes restricciones crediticias. Para el TS resulta fundamental el acuerdo con los representantes de los trabajadores, en virtud del cual se acordaba el retraso en el pago de los salarios a cambio del compromiso de no extinguir contratos de trabajo.

Por otro lado, dado que existía un acuerdo por el que se aplazaba el pago de los salarios, no puede entenderse que la empresa incurrió en mora, puesto que la deuda no estaba vencida ni era exigible (artículo 1113 CC).

La concatenación de contratos temporales en distintos lugares no implica su conversión en indefinidos

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 8 de febrero de 2012

En el supuesto analizado, el demandante prestaba servicios para una empresa de montajes industriales, bajo sucesivos contratos de obra o servicio. Tales servicios fueron prestados con la misma categoría profesional, pero en puestos de trabajo distintos y en diferente localización. La empresa comunicó al trabajador la extinción del último contrato y el trabajador impugnó el despido por considerar que su relación había devenido indefinida. El TS confirmó que, efectivamente, el trabajador había prestado servicios durante más de veinticuatro meses en un período de treinta meses, alcanzando el límite de contratos temporales sucesivos establecido en el artículo 15.5 ET, en su redacción dada por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, vigente en el momento de los hechos.

Sin embargo, el citado artículo disponía que la regla de concatenación de contratos temporales era aplicable a contratos suscritos para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa. En este supuesto, el trabajador había suscrito diversos contratos para prestar servicios en obras distintas ubicadas en diversos lugares. El TS consideró que, aun cuando la categoría ostentada por el trabajador fue la misma, el demandante había prestado servicios en distintos puestos de trabajo. En consecuencia, el TS entiende que la extinción del contrato temporal era ajustada a derecho.

Es preciso apuntar que la redacción del artículo 15.5 ET se ha modificado y actualmente la concatenación de contratos se prohíbe también para los contratos suscritos para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas.

Despido colectivo nulo por fraude de ley

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 25 de junio de 2012

La empresa demandada inició un expediente de regulación de empleo («ERE») el 7 de febrero de 2012 —antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012—. Como establecía la disposición transitoria décima del Real Decreto-ley 3/2012, los ERE en tramitación durante la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012 se regían con arreglo a la normativa vigente en el

momento de su inicio. En consecuencia, el ERE del caso litigioso se tramitaba con arreglo a la anterior normativa y estaba, por tanto, sujeto a la autorización administrativa. Sin embargo, la empresa desistió de la tramitación de ese ERE para presentar otro que afectaba a los mismos trabajadores y estaba fundado en las mismas causas.

Ante esta situación, los representantes de los trabajadores impugnan el despido colectivo por entender que se produce en fraude de ley. La Audiencia Nacional («AN») entiende que, con el desistimiento y la posterior extinción, la empresa manifiesta su voluntad de sustraerse del procedimiento legal y que tal actuación es fraudulenta, por cuanto, la anterior regulación requería autorización administrativa para la extinción colectiva y con la nueva normativa, el empresario no necesita autorización para extinguir los contratos. En definitiva, con el desistimiento y la nueva decisión extintiva, la empresa manifiesta una voluntad tendente a evitar un procedimiento administrativo exigido por ley.

En conclusión, la AN declara, por tanto, la nulidad de los despidos.

Justificación de las medidas de flexibilidad interna propuestas por la empresa tras la reforma laboral

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 28 de mayo de 2012

En este caso, la AN desestima una demanda de conflicto colectivo cuya pretensión era declarar la nulidad de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y, subsidiariamente, declarar la medida injustificada. En concreto, la empresa promovió la modificación del régimen de retribuciones de guardia, atención a clientes y disponibilidad. La empresa alegaba la contribución de la medida a mejorar la competitividad y productividad de la empresa, así como a mitigar la disminución en la facturación y beneficios.

En relación con la solicitud de declaración de nulidad, la AN entiende que la empresa negoció de buena fe durante el periodo de consultas. En concreto, la demandada cumplió el mandato del artículo 41.4 ET, al identificar las condiciones modificadas, valorar la intensidad del cambio y las causas en las que se fundamentaba. Por otro lado, la presentación de documentos en inglés no desvirtúa la voluntad de informar de la empresa, dado que es un idioma común a los trabajadores de la empresa. La buena fe se acredita también por la entrega de documentación de la disminución de ingresos y beneficios de la empresa. Asimismo, la aportación del listado de potenciales afectados tras el inicio del periodo de consultas tampoco es suficiente para desacreditar la buena fe negociadora. En definitiva, la solicitud de nulidad es desestimada.

En cuanto a la pretensión subsidiaria, también es desestimada por la AN, que considera la modificación sustancial de las condiciones de trabajo ajustada a derecho. La parte demandante pretendía que se declarara la modificación injustificada por no acreditarse las razones ni los trabajadores afectados. En este sentido, según la AN, el nivel de exigencia probatoria de las modificaciones sustanciales es inferior a las extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Es decir, para introducir medidas de flexibilidad interna, el empresario dispone de márgenes más holgados que aquellos con los que cuenta para acometer medidas de flexibilidad externa.

En este caso, la empresa acredita que las modificaciones en el régimen retributivo de los servicios de guardias, atención a clientes y plus de disponibilidad contribuyen a una mejor competitividad, productividad y organización en el trabajo. En conclusión, la AN desestima la demanda de conflicto colectivo, al entender que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo es ajustada a derecho.

[Portugal]

Incumplimento de horário incompatível com necessidade de amamentação

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de maio de 2012

No acórdão em apreço, o STJ decidiu que o incumprimento por parte de uma trabalhadora do horário determinado pela entidade empregadora não pode ser considerado justa causa de despedimento quando esse horário colida com a necessidade da trabalhadora amamentar a sua filha recém-nascida.

Em causa encontrava-se uma trabalhadora que, ao regressar ao trabalho após gozar a sua licença de maternidade, informou a entidade empregadora dos períodos diários de dispensa para amamentação da sua filha que pretendia gozar.

A entidade empregadora não aceitou os períodos indicados e, no seu lugar, ordenou à trabalhadora o cumprimento de outro horário, incompatível com as necessidades de amamentação que orientaram a indicação dos períodos diários de dispensa pela trabalhadora. Por seu turno, a trabalhadora recusou-se a cumprir este horário, cumprindo, no entanto, o horário que tinha anteriormente proposto à entidade empregadora.

O STJ considerou que a trabalhadora não era obrigada a cumprir o horário indicado pela entidade empregadora. A ordem desta última nesse sentido era ilegítima, não existindo qualquer dever de obediência por parte da trabalhadora. Deste modo, o incumprimento dessa ordem nunca poderia ser considerado justa causa para despedimento, sendo assim o despedimento considerado ilícito.

Justa causa de despedimento

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14 de maio de 2012

Neste acórdão, o TRP decidiu que constitui justa causa de despedimento o facto de um gerente bancário, contrariando normas internas, alterar o limite para descobertos de uma conta à ordem e remover-se a si próprio de titular dessa mesma conta.

Em causa encontrava-se o facto de uma subgerente bancária ter violado regras internas do banco para o qual trabalhava, procedendo, reiteradamente, à alteração do limite acima referido relativamente a uma conta de que eram titulares a própria subgerente e familiares, tendo ainda retirado o seu nome da titularidade da referida conta.

O TRP considerou, como já o tribunal de 1.ª instância havia decidido, que existiu, violação flagrante dos deveres de obediência, de lealdade, de honestidade, de probidade, de realizar o trabalho de forma zelosa e diligente, bem como o dever de confiança. O TRP fez ainda notar neste acórdão, que da natureza da atividade bancária decorre a necessidade de uma relação de acrescida confiança entre a entidade empregadora bancária e os trabalhadores ao seu serviço.

Aliás, o potencial devastador que danos reputacionais podem ter no setor bancário levou mesmo o TRP a afirmar que «o mais pequeno desvio de conduta [repercute-se] na quebra irremediável da confiança pressuposta na relação laboral», devido aos potenciais efeitos nefastos na credibilidade do banco. Pode, então, o «mais pequeno desvio» colocar em causa o «suporte psicológico mínimo» para a manutenção da relação laboral, «independentemente das consequências mais ou menos gravosas em termos patrimoniais que desse desvio possam ter resultado».

O TRP não aceitou o argumento da trabalhadora de que a possibilidade da entidade empregadora exercer o seu poder disciplinar neste caso tivesse caducado, por ter sido ultrapassado o prazo de 60 dias previsto pelo art.º 372.º, n.º 1 do CT de 2003. A trabalhadora alegou que esse prazo havia sido ultrapassado por mediarem mais de 60 dias entre o conhecimento da entidade empregadora dos factos em causa, consubstanciada no início de uma investigação levada a cabo pela Direção de Auditoria e Inspeção da entidade empregadora, e a entrega da nota de culpa.

O TRP decidiu, no entanto, que entre a instauração do procedimento disciplinar e a entrega da nota de culpa mediaram menos de 60 dias. Isto porque (i) a investigação levada a cabo pela Direção acima referida não constituiu um verdadeiro procedimento prévio de inquérito, visto não ter sido feita prova de qualquer delegação de poder disciplinar nesse órgão por parte da Comissão Executiva do Conselho de Administração do banco, e (ii) não ter sido feita prova de que este órgão, o único dotado de competência disciplinar originária, tivesse conhecimento dos factos mais de sessenta dias antes da entrega da nota de culpa.

Indemnização por despedimento ilícito

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de maio de 2012

O TRL veio, no acórdão referido, dirimir litígio resultante de despedimento de um trabalhador cujo contrato se encontrava suspenso aquando do seu despedimento.

Nesse âmbito, o TRL decidiu que, existindo situação de incapacidade temporária que se prolongue para além das datas do despedimento e da propositura da ação, a entidade empregadora

deve apenas pagar a retribuição ao trabalhador a partir do momento da cessação da situação de incapacidade, mesmo sendo o despedimento considerado ilícito.

Apesar de não decorrer diretamente do n.º 2 do art.º 437.º do CT de 2003, o TRL considerou que deveria ser deduzido ao montante total a atribuir ao trabalhador, além de montantes relativos a subsídio de desemprego (auferidos após o fim da situação de incapacidade), montantes relativos ao subsídio de doença. Constituindo estes últimos prestações recebidas em substituição da retribuição (e não cumuláveis com esta), e tendo em atenção a necessidade de harmonizar o Direito do Trabalho com as regras relativas à segurança social, deverá a entidade empregadora apenas pagar ao trabalhador o devido após a cessação da situação de incapacidade temporária.

O TRL veio decidir, finalmente, que a prestação efetiva de trabalho no dia 1 janeiro é uma condição necessária para que se vença o direito a férias e que caso o contrato de trabalho se encontre suspenso à data do despedimento, por impedimento prolongado do trabalhador, o empregador deve pagar ao trabalhador um montante a título de férias que corresponda ao tempo de trabalho prestado no ano do início da suspensão.

Isenção de horário de trabalho e trabalho suplementar

Acórdão do Supremo Tribunal de 23 de maio de 2012

No acórdão em apreço, o STJ veio uniformizar jurisprudência no sentido de não ser devido o pagamento de trabalho suplementar em dia normal de trabalho, mesmo quando sejam ultrapassados os limites legais de horas de trabalho, a um trabalhador que se encontre sujeito ao regime de isenção de horário de trabalho, na modalidade de isenção total.

O STJ considerou que, caso o legislador quisesse salvaguardar o pagamento de remunerações a título de trabalho suplementar quando um trabalhador em regime de isenção total de horário ultrapassasse o limite legal de horas de trabalho, este teria previsto essa salvaguarda expressamente, tal como fez no que toca a dias de descanso obrigatórios e feriados.

Compete às partes, então, dentro dos limites previstos pelo instituto do abuso de direito, determinar uma compensação adequada para a isenção. No caso, na medida em que esta compensação tinha sido acordada e era efetivamente paga, nada mais tinha o trabalhador a receber da empresa a título de trabalho suplementar, mesmo tendo sido dado como provado que o seu horário ultrapassava os limites previstos pela lei.

Colocou-se ainda a questão de saber se trabalho realizado ao sábado deveria ser considerado trabalho em dia de descanso complementar e pago em conformidade. O STJ decidiu, em linha com a 1.ª instância e o Tribunal da Relação do Porto, que o próprio trabalhador admitiu que o seu horário de trabalho incluía os sábados de manhã e que, tendo sido dado como provado que o trabalhador apenas prestava o seu trabalho até às 12h30 de sábado, esse trabalho ainda era prestado dentro do período normal de trabalho e não era violado o direito do trabalhador a descanso complementar.

Deste modo, determina este acórdão a uniformização da jurisprudência nos seguintes termos:

«Ao trabalhador isento de horário de trabalho, na modalidade de isenção total, não é devido o pagamento de trabalho suplementar em dia normal de trabalho, conforme resulta dos artigos 17.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 409/71, de 27 de Setembro, e 197.º, n.º 4, alínea a), do Código do Trabalho de 2003, mesmo que ultrapasse os limites legais diários ou anuais estabelecidos nos artigos 5.º, n.º 1, alíneas a) e b), do Decreto-Lei n.º 421/83, de 2 de Dezembro, e 200.º, n.º 1, alíneas a) a c), do Código do Trabalho de 2003, após a entrada em vigor deste diploma.»

Inconstitucionalidade dos cortes nos subsídios de férias e natal de funcionários públicos e pensionistas

Acórdão do Tribunal Constitucional de 5 de julho de 2012

O Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes dos artigos 21.º e 25.º da Lei n.º 64.º-B/2011, de 30 de dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2012), que suspenderam total ou parcialmente o pagamento de subsídios de férias e de natal ou quaisquer prestações correspondentes a tais subsídios a titulares

de cargos públicos e trabalhadores que exercessem funções em organismos públicos e ainda a aposentados e reformados, durante a vigência do Programa de Assistência Económica e Financeira («PAEF»).

O Tribunal considerou que as normas em causa violam o princípio da igualdade, na sua vertente de equidade na distribuição dos sacrifícios, por tratarem de forma desproporcionadamente mais gravosa pensionistas e trabalhadores do setor público do que a «*generalidade dos outros cidadãos que auferem rendimentos provenientes de outras fontes, independentemente dos seus montantes*», tendo ainda em atenção a duração da vigência das normas e os seus efeitos cumulativos.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade foram, contudo, restringidos, ao abrigo do n.º 4 do art.º 282.º da CRP, não sendo aplicáveis à suspensão do pagamento de subsídios de férias e natal, ou quaisquer prestações correspondentes, vencidos em 2012.

MEDIO AMBIENTE*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Medidas urgentes en materia de medio ambiente

Real Decreto-ley 17/2012, de 4 de mayo, de medidas urgentes en materia de medio ambiente (BOE de 5 de mayo de 2012. Convalidado mediante Resolución de 17 de mayo de 2012 del Congreso de los Diputados)

Mediante Real Decreto-ley 17/2012, el Consejo de Ministros aprobó un paquete de medidas urgentes en materia de medio ambiente con incidencia práctica en tres leyes fundamentales de carácter ambiental, como son el Texto Refundido de la Ley de Aguas, la Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad y la Ley de Residuos y Suelos Contaminados. Entre las medidas aprobadas se encontraba también una modificación de la Ley del Mercado de Valores, para adaptar la legislación financiera al mecanismo de subastas de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Todo ello en los siguientes términos.

(i) Modificaciones del Real Decreto Legislativo 1/2000, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas:

— El RDL 17/2012 desarrolla y sistematiza el régimen jurídico de las masas de aguas subterráneas; en concreto el de las que están en riesgo de no alcanzar un buen estado cuantitativo o químico. En esta clase de aguas, se aclaran las facultades de las Juntas de Gobierno de los organismos de cuenca, y se regula de forma detallada el contenido de los programas de actuación para la recuperación del buen estado de las aguas, dándole especial importancia al control de régimen de extracciones.

— El principio de recuperación de costes pasa de ser un principio informador a ser un principio de obligado cumplimiento para las Administraciones públicas, que solo podrá inaplicarse mediante resolución expresa del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

— Se modifica el régimen sancionador, incrementándose el importe de las sanciones, al tiempo que se introducen criterios para la valoración de los daños causados al dominio

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

público hidráulico. Esta última cuestión era de especial interés tras la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2011, que declaró la nulidad parcial de la Orden MAM/85/2008 por la que se establecían los criterios técnicos para la valoración de los daños al dominio público hidráulico y las normas sobre las tomas de muestras y análisis de vertidos de aguas residuales.

— En cuanto al régimen competencial, se deroga la disposición adicional decimocuarta, que habilitaba a determinadas comunidades autónomas para el ejercicio de funciones de policía en el dominio público hidráulico dentro del ámbito de cuencas intercomunitarias, así como para la tramitación de los procedimientos a que dieran lugar sus actuaciones hasta la propuesta de resolución.

— Se introducen una serie de medidas para incentivar la transformación de los derechos de aprovechamiento privado de aguas en derechos concesionales. La transformación dará lugar a títulos concesionales con validez hasta el 31 de diciembre de 2035, momento a partir del cual el concesionario tendrá preferencia para obtener una nueva concesión sobre el mismo volumen de agua. Estos mecanismos se establecen con carácter potestativo, con lo que quedarán a la decisión del titular legítimo de los derechos para hacer usos de ellos.

— Finalmente, se introduce una nueva disposición transitoria tercera bis que recoge novedades en relación con las disposiciones transitorias segunda y tercera, reguladoras de las situaciones en que se encuentran los titulares de derechos sobre aguas privadas procedentes de manantiales, pozos o galerías, derivados de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879.

(ii) Modificaciones introducidas a la Ley 42/2007 del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad:

— Para procurar la coordinación de los instrumentos de protección de los espacios naturales, se modifica el artículo 28.2., de forma que si en un mismo lugar se solapan distintas figuras de protección, debe garantizarse la coordinación entre ellos mediante la redacción de un único documento de protección integrado.

— Además, se pretende compatibilizar la protección de las zonas especiales de conservación, y de las zonas de especial protección para las aves de la Red Natura 2000, con las necesidades de desarrollo propias de los núcleos urbanos.

— Por último, se habilita al Gobierno para el desarrollo del procedimiento de comunicación de la información oficial sobre espacios protegidos Red Natura 2000.

(iii) Modificaciones introducidas a la Ley 22/2011 de Residuos y Suelos Contaminados:

— Se modifica el apartado 1 del artículo 21 para fomentar no solo la reutilización y la preparación para la reutilización de los productos, sino también su reciclado.

— Se suprime el apartado 2 de este mismo artículo 21 que regulaba la posibilidad de adoptar medidas para fomentar la reutilización y el reciclado de alta calidad mediante sistemas de depósito, devolución y retorno para determinados tipos de residuos. Además, se modifica la letra d) del apartado segundo del artículo 31, para limitar la posible obligatoriedad de establecer sistemas de depósito, devolución y retorno a los casos de residuos de difícil valorización o eliminación de productos o residuos cuyas características determinen que estos sistemas de depósito, devolución y retorno sean la opción más adecuada para su correcta gestión, o cuando no se cumplan los objetivos de gestión fijados en la normativa vigente. Para los demás tipos de residuos el sistema se podrá implantar con carácter voluntario.

— En el ámbito de la responsabilidad ampliada del productor de productos, se modifica el artículo 32, relativo a los sistemas colectivos de gestión, de tal forma que la autorización concedida a un sistema colectivo por una comunidad autónoma (aquella en la que radique su sede social) será válida en todo el territorio nacional, eliminando así la necesidad de contar con autorización por parte del resto de comunidades autónomas en las que el sistema en cuestión tuviera previsto actuar.

— Se modifica el régimen de los traslados de residuos en el interior del territorio español, de forma tal que las notificaciones a las comunidades autónomas de origen y destino exigi-

das podrán realizarse de forma general, con la duración temporal que se determine en la propia notificación, o bien referirse a traslados concretos.

— Finalmente, las competencias sancionadoras de las entidades locales se delimitan con claridad, estableciendo que se ejercerán únicamente respecto de los residuos cuya recogida y gestión les corresponda de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.5 de la Ley de Residuos.

(iv) Modificación de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores:

Finalmente, el Real Decreto-ley 17/2012 añade una disposición adicional (vigésimo primera) a la Ley del Mercado de Valores para adaptar la legislación financiera al régimen de subasta de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Así: (i) se permite a las entidades financieras concurrir a las subastas en nombre propio o por cuenta de tercero, (ii) se otorga a la CNMV las facultades de supervisión, inspección y sanción en relación con las conductas relativas al abuso de mercado, (iii) se tipifican infracciones aplicables a estas conductas, al tiempo que (iv) se regulan los deberes de cooperación de la CNMV con otras autoridades competentes a efectos de garantizar el régimen previsto para el abuso de mercado en operaciones con contratos de contado.

Medidas urgentes de liberalización del comercio

Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo de medidas urgentes de liberalización del comercio y determinados servicios (BOE de 26 de mayo de 2012)

Este Real Decreto-ley 19/2012 se aprobó con la finalidad principal de impulsar y dinamizar la actividad comercial minorista mediante la eliminación de cargas y restricciones administrativas que afectan al inicio y ejercicio de la actividad comercial. Esta norma se aplica a las actividades comerciales minoristas y a la prestación de servicios enumerados en su anexo, siempre que se realicen a través de establecimientos permanentes, situados en el territorio nacional, y cuya superficie útil de exposición y venta al público no sea superior a 300 metros cuadrados.

Así, para el inicio y el desarrollo de estas actividades, ninguna Administración pública podrá exigir la obtención de licencia previa de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, ni otras de clase similar. Todas estas licencias, que hasta el momento se venían exigiendo, serán sustituidas por declaraciones responsables o comunicaciones previas, en las que se deberá manifestar explícitamente el cumplimiento de aquellos requisitos que resulten exigibles de acuerdo con la normativa vigente, de conformidad con lo establecido en el artículo 71.bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La presentación de la declaración responsable o de la comunicación previa habilita el ejercicio material de la actividad comercial, si bien no prejuzga el efectivo acomodo de las condiciones del establecimiento a la normativa aplicable, ni limita el ejercicio de las potestades administrativas de comprobación, inspección, sanción y, en general, de control.

Medidas urgentes contra los incendios forestales

Real Decreto-ley 25/2012, de 7 de septiembre, por el que se aprueban medidas urgentes para paliar los daños producidos por los incendios forestales y otras catástrofes naturales ocurridos en varias comunidades autónomas (BOE de 8 de septiembre de 2012)

El Real Decreto-ley 25/2012 tiene por objeto aprobar un catálogo de medidas que afectan a diversos departamentos ministeriales que abarcan aspectos tales como las ayudas por daños personales o la disminución de las cargas tributarias para intentar paliar el impacto en los ciudadanos y las empresas afectados por los incendios forestales y otras catástrofes naturales acaecidas en los últimos meses.

En concreto, se contemplan ayudas por daños causados en producciones agrícolas y ganaderas, que deberán ser determinadas por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente en coordinación con las comunidades autónomas.

Asimismo, se prevé la exención de las cuotas del Impuesto sobre Bienes Inmuebles correspondientes al ejercicio de 2012 que afecten a viviendas, establecimientos industriales, turísticos y

mercantiles, explotaciones agrarias y forestales, locales de trabajo y similares, dañados como consecuencia directa de los siniestros, así como la reducción en el Impuesto sobre Actividades Económicas a las industrias afectadas y reducciones fiscales especiales para las actividades agrarias.

Dentro de las medidas de carácter laboral, se exonera del abono de cuotas a la Seguridad Social mientras dure el periodo de suspensión de la actividad. En caso de extinción de puestos de trabajo, las indemnizaciones correrán a cargo del Fondo de Garantía Salarial.

Por último, el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente podrá declarar la emergencia de las obras que afecten a la restauración hidrológico-forestal, recuperación y regeneración ambiental de espacios incluidos en la Red Natura 2000 y retirada de biomasa forestal quemada.

Ley de montes de Galicia

Ley 7/2012, de 28 de junio, de montes de Galicia (DOG de 23 de julio de 2012)

La Ley 7/2012 establece el marco normativo aplicable a los montes o terrenos forestales existentes en la Comunidad Autónoma de Galicia, en desarrollo de la normativa estatal.

La Ley 7/2012 regula la ordenación de las competencias de las Administraciones públicas y aclara los ámbitos de actuación del Consejo Forestal de Galicia. A su vez, articula la clasificación de los montes en función de su titularidad y su régimen jurídico, diferenciando los montes públicos de los privados, y los montes protectores. Regula especialmente los montes públicos, en los que diferencia entre demaniales y patrimoniales. Se simplifica el procedimiento de deslinde y se regula la propiedad forestal, con especial salvaguarda de los derechos de los propietarios de montes.

Por último, se regulan los aprovechamientos forestales, tanto los no madereros (entre los que destacan, por su importancia e incidencia social, económica y medioambiental, el pastoreo y el aprovechamiento cinegético) como los madereros, en los que, a su vez, se diferencian los que se efectúan en montes públicos y en montes privados. En cuanto al pastoreo, se refuerza el papel del propietario de los terrenos como titular de los derechos de pastoreo, siendo un aprovechamiento que constituye un importante recurso forestal cuando se realiza en terrenos forestales.

Producción y gestión de los residuos de construcción y demolición

Decreto 112/2012, de 26 de junio, por el que se regula la producción y gestión de los residuos de construcción y demolición (BOPV de 3 de septiembre de 2012)

El Decreto 112/2012 tiene por objeto establecer el régimen jurídico reglamentario de la producción y gestión de los residuos de construcción y demolición en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Así, se establecen los requisitos que deberán cumplir las personas productoras y las poseedoras de residuos y materiales de construcción y demolición procedentes de obra mayor. Entre las obligaciones que se imponen a la persona productora destaca la obligación de incluir en el proyecto de la obra un estudio de gestión de los residuos de construcción y demolición.

Las personas poseedoras, por su parte, estarán obligadas a presentar un plan que recoja los distintos aspectos del estudio de gestión de residuos, así como la determinación de la persona responsable de su correcta ejecución.

Además, se regula la obligación de constituir, por parte de la persona productora, una fianza como mecanismo de control vinculado a la obtención de la licencia de obras, con el fin de garantizar la adecuada gestión de los residuos de construcción y demolición procedentes de obra mayor.

Por último, el Decreto regula las actividades de valorización y eliminación de residuos de construcción y demolición, para cuyo desarrollo se requerirá autorización previa del órgano ambiental.

2 · JURISPRUDENCIA

Se declara la nulidad de la disposición adicional tercera de la Ley gallega 9/2002, que amplía el ámbito de supuestos en que se reduce excepcionalmente la anchura de la servidumbre de protección de costas de 100 a 20 metros (disposición transitoria tercera, apartado 3, de la Ley de Costas)

Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 2012

En esta sentencia el Tribunal Constitucional resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, frente a la disposición adicional tercera de la Ley gallega 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia. Dicha disposición ampliaba a «los núcleos rurales preexistentes de carácter tradicional» y «al suelo de núcleo rural» una norma específica conforme a la cual la anchura de la servidumbre de protección de costas se reducía excepcionalmente de 100 a 20 metros cuando se tratase de «terrenos clasificados como suelo urbano a la entrada en vigor de la presente Ley».

En el proceso *a quo*, el Ayuntamiento de Laxe impugnó una orden ministerial de deslinde que no tenía en cuenta la citada disposición autonómica, por lo que la validez del precepto resultaba determinante del sentido del fallo.

El Tribunal Constitucional recuerda la doctrina sentada en la STC 149/1991, conforme a la cual, el Estado, al regular las servidumbres de protección del dominio público marítimo-terrestre, ha ejercido su competencia básica en materia de medio ambiente (art. 149.1.23 CE), sin que ello menoscabe las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y urbanismo. En este sentido «sólo al Estado corresponde establecer limitaciones y servidumbres sobre los terrenos colindantes al demanio marítimo-terrestre y, entre ellas, la servidumbre de protección».

El Tribunal además añade que resulta irrelevante analizar si los supuestos previstos en la disposición autonómica resultan o no subsumibles en los previstos en la norma estatal, por cuanto la Comunidad Autónoma carece de competencia —ni siquiera por remisión mimética a la ley estatal— para regular dicha materia. Por todo ello, se estima la cuestión de inconstitucionalidad, y se declara la nulidad del precepto en cuestión.

Se declara conforme a derecho una autorización ambiental integrada: no se ha generado indefensión a los recurrentes en su tramitación, no se ha producido una modificación sustancial de la instalación ni se ha incumplido con el régimen de distancias al haberse adoptado medidas correctoras suficientes para salvaguardar la seguridad de las personas y del medio ambiente

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de junio de 2012

Esta sentencia resuelve el recurso interpuesto contra la resolución de la Consejería de Industria, Energía y Medio Ambiente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que desestimó los recursos de alzada presentados contra la resolución de la Dirección General de Evaluación Ambiental, por la que se otorgó la autorización ambiental integrada para una instalación de producción de cemento.

Los recurrentes aducían en su recurso que la autorización ambiental integrada era nula de pleno derecho con base en tres motivos diferentes. En primer lugar, porque no se les dio trámite de audiencia durante la tramitación de la autorización, lo que les habría generado indefensión. La sentencia considera que no se ha producido indefensión real ni efectiva, habida cuenta que los recurrentes carecían de la condición de interesados en el sentido de la Ley 16/2002, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación («Ley 16/2002»).

En segundo lugar, los recurrentes entienden que la autorización ambiental integrada incurre en vicio de nulidad toda vez que aprobaría una modificación sustancial de las condiciones de la declaración de impacto ambiental, al permitir un incremento global en el volumen de residuos cuya incineración se autoriza dentro del proceso productivo, vulnerando los valores del Anexo V del Real Decreto 653/03 sobre incineración de residuos. El Tribunal Superior de Justicia resuelve la cuestión argumentando que, de conformidad con los informes técnicos emitidos y con el Programa de Vigilancia y Prevención ambiental, no eran de aplicación los valores del Anexo V del Real Decreto 653/03 sobre incineración de residuos, y que, en definitiva, no se está ante una modificación sustancial en los términos del artículo 3.e) y f) de la Ley 16/2002.

En último lugar, los recurrentes argumentaron un supuesto incumplimiento del régimen de distancias mínimas previsto en el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas («RAMINP»). Este motivo fue rechazado por el Tribunal, ya que consideró que la aplicación del artículo 4 del RAMINP en instalaciones muy antiguas —como la del supuesto de autos, que data desde 1923— ha de interpretarse de forma finalista, es decir, admitiendo distancias inferiores a las señaladas siempre que se establezcan medidas correctoras suficientes para salvaguardar la seguridad de las personas y del medio ambiente.

MERCANTIL*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

— *Reglamento Delegado 446/2012 de la Comisión, de 21 de marzo de 2012, por el que se completa el Reglamento 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre el contenido y el formato de los informes periódicos sobre los datos relativos a las calificaciones que deberán presentar las agencias de calificación crediticia a la Autoridad Europea de Valores y Mercados (DOUE de 30 de mayo de 2012)*

— *Reglamento Delegado 447/2012 de la Comisión, de 21 de marzo de 2012, por el que se completa el Reglamento 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las agencias de calificación crediticia, mediante el establecimiento de normas técnicas de regulación aplicables a la evaluación de la conformidad de los métodos de calificación crediticia (DOUE de 30 de mayo de 2012)*

— *Reglamento Delegado 448/2012 de la Comisión, de 21 de marzo de 2012, por el que se completa el Reglamento 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación aplicables a la presentación de la información que las agencias de calificación crediticia deberán comunicar a un registro central establecido por la Autoridad Europea de Valores y Mercados (DOUE de 30 de mayo de 2012)*

— *Reglamento Delegado 449/2012 de la Comisión, de 21 de marzo de 2012, por el que se completa el Reglamento 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a la información que debe proporcionarse para el registro y la certificación de las agencias de calificación crediticia (DOUE de 30 de mayo de 2012)*

— *Reglamento 475/2012 de la Comisión, de 5 de junio, que modifica el Reglamento 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 1 y a la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 19 (DOUE de 6 de junio de 2012)*

— *Reglamento Delegado 486/2012 de la Comisión, de 30 de marzo, por el que se modifica el Reglamento 809/2004, en lo que se refiere al formato y el contenido del folleto, del folleto de*

* Esta sección de Actualidad Mercantil ha sido elaborada por Carlos Paredes Galego, Guillermo Bueno Casanovas, Borja Marqués Triay, Pedro Ferreira Malaquias, Helder Frias, Mafalda Almeida Carvalho, Joana Torres Ereio y Tiago Simões de Almeida, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

base, de la nota de síntesis y de las condiciones finales, en cuanto a los requisitos de información (DOUE de 9 de junio de 2012)

— Directiva 2012/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio, por la que se modifican la Directiva 89/666/CEE del Consejo y las Directivas 2005/56/CE y 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades (DOUE de 16 de junio de 2012)

— Lista de agencias de calificación crediticia («ACC») registradas y certificadas (DOUE de 23 de junio de 2012)

— Reglamento 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones (DOUE de 27 de julio de 2012)

[España]

Mercado de Valores

— Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva (BOE de 20 de julio de 2012)

— Acuerdo de 23 de julio de 2012, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre prohibición cautelar de realizar operaciones sobre valores e instrumentos financieros que supongan la constitución o incremento de posiciones cortas netas sobre acciones españolas (BOE de 25 de julio de 2012)

— Circular 1/2012, de 26 de julio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se modifica la Circular 6/2010, de 21 de diciembre, sobre operaciones con instrumentos derivados y de otros aspectos operativos de las instituciones de inversión colectiva; la Circular 4/2008, de 11 de septiembre, sobre el contenido de los informes trimestrales, semestral y anual de las instituciones de inversión colectiva y del estado de posición; y la Circular 3/2006, de 26 de octubre, sobre folletos explicativos de las instituciones de inversión colectiva (BOE de 4 de agosto de 2012)

Bancario

— Real Decreto-ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero (BOE de 12 de mayo de 2012)

— Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración financiera y resolución de entidades de crédito (BOE de 31 de agosto de 2012)

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

Societario

— Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de obligaciones de información y de documentación de fusiones y escisiones (BOE de 23 de junio de 2012)

Se simplifican los documentos que han de ponerse a disposición de los socios y se agilizan las operaciones de modificaciones estructurales encauzando la publicidad previa al acuerdo de fusión a través de la web de la sociedad, como alternativa al depósito en el Registro Mercantil. Se reforma el régimen jurídico general de la web de la sociedad, que tiene carácter obligatorio para las sociedades cotizadas, y los deberes de los administradores respecto de lo insertado en ella. Se rectifica la remisión que realizaba la Ley de Modificaciones Estructurales a la derogada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en cuanto al derecho de separación de los socios en caso de fusión transfronteriza y de traslado al extranjero del domicilio social.

Por otro lado, se retoma la posibilidad de que las sociedades cotizadas introduzcan en sus estatutos unas limitaciones al número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista. No obstante, también se prevé que estas cláusulas de limitación del derecho de voto quedarán sin efecto si, tras una oferta pública de adquisición, el oferente alcanza un porcentaje del 70% o

más del capital que confiera derechos de voto, salvo que el oferente no estuviera sujeto a medidas de neutralización equivalentes o no las hubiera adoptado.

A su vez, se modifica el artículo 188.3 de la Ley de Sociedades de Capital, introduciendo que la limitación del número máximo de votos en las sociedades anónimas se aplicará, además de a un mismo accionista y a las sociedades de un mismo grupo, a aquellos que actúen de forma concertada con los anteriores.

Se añaden tres nuevos apartados al artículo 61 de la Ley del Mercado de Valores por los que se exige que el oferente aporte un informe de experto independiente sobre los métodos y criterios de valoración aplicados para determinar el precio ofrecido en la OPA cuando en los dos años anteriores se haya producido alguna de las siguientes circunstancias: (i) que los precios de mercado de los valores a los que se dirija la oferta presenten indicios de manipulación; (ii) que los precios de mercado, en general, o la sociedad afectada se haya visto afectada por acontecimientos excepcionales (catástrofes naturales, situaciones de guerra o calamidad, u otras derivadas de fuerza mayor); y (iii) que la sociedad afectada se haya visto sujeta a expropiaciones, confiscaciones u otras circunstancias de igual naturaleza.

Finalmente, se suspende, hasta el 31 de diciembre de 2014, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 348 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital en relación con el derecho de separación de los socios por falta de reparto de dividendos.

Otras materias

— *Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 (BOE de 30 de junio de 2012)*

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

— *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE de 7 de julio de 2012)*

— *Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE de 14 de julio de 2012)*

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

Asturias

— *Ley del Principado de Asturias 1/2012, de 14 de junio, de autorización del endeudamiento derivado del mecanismo extraordinario de financiación para el pago a los proveedores de las Comunidades Autónomas (BOPA de 15 de junio de 2012)*

Cataluña

— *Ley 7/2012, de 15 de junio, de modificación del libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas (DOGC de 19 de junio de 2012)*

— *Ley 9/2012, de 25 de julio, de Cajas de Ahorros (DOGC de 30 de julio de 2012)*

Comunidad Valenciana

— *Ley 2/2012, de 14 de junio, de la Generalitat, de medidas urgentes de apoyo a la iniciativa empresarial y los emprendedores, microempresas y pequeñas y medianas empresas de la Comunitat Valenciana (DOGV de 20 de junio de 2012)*

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

— *Decreto Ley 5/2012, de 6 de julio, de la Generalitat, de medidas urgentes para el impulso de la actividad comercial y la eliminación de cargas administrativas (DOGV de 9 de Julio de 2012)*

País Vasco

— *Ley 11/2012, de 14 de junio, de Cajas de Ahorros de la Comunidad Autónoma de Euskadi (BOPV de 22 de junio de 2012)*

— *Ley 16/2012, de 28 de junio, de Apoyo a los Emprendedores y a la Pequeña Empresa (BOPV de 6 de julio de 2012)*

[Portugal]**Recapitalização das Instituições de Crédito**

Portaria n.º 150-A/2012, de 17 de maio (DR 96, Série I, Suplemento, de 17 de maio de 2012)

Este diploma define os procedimentos necessários à execução da Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro, que aprovou diversas medidas de reforço da solidez financeira das instituições de crédito no âmbito das operações de capitalização com recurso a investimento público.

Em particular, e quanto às operações de capitalização por via da aquisição ou subscrição de ações especiais pelo Estado, este diploma prevê que o preço da respetiva subscrição ou aquisição não pode ultrapassar em nenhum caso o valor que resultar da aplicação de um desconto sobre o preço de mercado das ações, com um valor mínimo de 35%.

Por outro lado, este diploma prevê ainda a possibilidade de realização de operações de capitalização através da subscrição, pelo Estado, de outros instrumentos financeiros elegíveis para fundos próprios *Core Tier 1*. Estes instrumentos financeiros, também designados instrumentos de capital contingente ou «CoCos», convertem-se automaticamente em ações ordinárias da instituição de crédito emitente em caso de (i) incumprimento materialmente relevante do plano de recapitalização ou de (ii) inelegibilidade total superveniente para fundos próprios *Core Tier 1*. Neste caso, o mínimo do valor médio da remuneração dos instrumentos, a fixar por despacho do membro do Governo responsável pela área das finanças, deverá situar-se entre os 7% e os 9,3%, consoante as características dos instrumentos os afastem mais ou menos da natureza própria das ações ordinárias, respetivamente.

Operação de Capitalização dos Bancos BPI, S. A., Banco Comercial Português, S. A. e Caixa Geral de Depósitos, S.A.

Despacho n.º 8840-A/2012, Despacho n.º 8840-B/2012 e Despacho n.º 8840-C/2012 do Ministério das Finanças (DR 127, SÉRIE II, de 3 julho de 2012)

Nos Despachos n.º 8840-A/2012, n.º 8840-B/2012 e n.º 8840-C/2012, o Ministro das Finanças aprovou a capitalização do Banco BPI, S.A. («BPI»), do Banco Comercial Português, S.A. («BCP») e da Caixa Geral de Depósitos, S.A. («CGD»), respetivamente, de acordo com o estabelecido pela Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro (alterada pela Lei n.º 4/2012, de 11 de janeiro), tendo como principal objetivo o cumprimento do rácio de fundos próprios *Core Tier 1*, calculado nos termos das normas legais e regulamentares aplicáveis.

Relativamente ao BPI, o Ministro das Finanças determinou a subscrição e liquidação pelo Estado de € 1.500.000,00 em instrumentos de capital *Core Tier 1*, tendo particularmente em atenção o regime das ações especiais que podem ser adquiridas no âmbito do Plano de Capitalização, previsto na Lei n.º 4/2012, de 11 de janeiro, até ao final de junho de 2012. Adicionalmente, o Estado vem ainda conceder aos acionistas do BPI, na proporção das suas ações detidas à data de 29 de junho de 2012, a possibilidade de adquirirem as ações de que o Estado seja titular, fruto da operação de capitalização, tendo o primeiro período de exercício do direito de aquisição das referidas ações lugar em 2013.

No que diz respeito ao BCP, o respetivo Despacho impõe que, até ao fim de junho de 2012, o Estado subscreva e liquide € 3.000.000,00 em instrumentos de capital *Core Tier 1*, e ainda a tomada firme, até ao montante máximo de € 500.000,00, de um aumento de capital do banco, a realizar até ao final de setembro de 2012, tendo em atenção o regime das ações especiais que podem, igualmente, ser adquiridas no âmbito destas duas operações de capitalização.

Conforme referido no parágrafo anterior, tendo em conta o risco assumido pelo Estado e a dimensão da operação de capitalização relativamente aos fundos próprios *Core Tier 1* do BCP existentes até 28 de setembro de 2012, o Estado procederá à tomada firme das ações especiais do Banco ao preço unitário de € 0.04 por ação, num montante igual à diferença, se positiva, entre: (i) € 500.000,00; e (ii) o montante do aumento ou aumentos de capital do Banco subscritos e realizados por terceiros que não o Estado, entre 28 junho e 27 de setembro de 2012. Neste contexto, o Estado confere também a faculdade aos acionistas de adquirir ações de que o Estado seja titular, em resultado da operação de capitalização do BCP, exatamente nos mesmos termos em que esta é conferida aos acionistas do BPI.

O Despacho referente à CGD estabeleceu, por sua vez, que o Estado deveria: (i) subscrever e liquidar € 900.000,00 em Instrumentos de Capital *Core Tier 1*, a emitir pela CGD; e ainda (ii) subscrever e realizar imediata e integralmente, em numerário, € 150.000,00 em novas ações ordinárias do banco, com o valor nominal de € 5,00 cada.

Fundações - Lei-Quadro e alterações ao regime constante do Código Civil

Lei n.º 24/2012 (DR 131, SÉRIE I, de 09/07/2012)

A Lei n.º 24/2012, de 9 de julho, veio reformar o regime jurídico aplicável às fundações, aprovando, para o efeito, (i) um conjunto de alterações ao CC e (ii) a Lei-Quadro das Fundações (doravante «*Lei-Quadro*»).

Analisando em primeiro lugar as modificações introduzidas no CC, são de destacar as seguintes alterações:

- (i) Passa a admitir-se que as pessoas coletivas reguladas no CC tenham por órgão de fiscalização um fiscal único (e não apenas um conselho fiscal);
- (ii) Passam a ser aplicáveis às fundações (e às associações) as disposições legais referentes às sociedades comerciais relativas à publicidade de determinados factos (por exemplo, constituição, sede, estatutos, composição dos órgãos, relatórios e contas anuais devidamente aprovados e pareceres dos órgãos de fiscalização);
- (iii) O reconhecimento de uma fundação passa a dever ser requerido no prazo máximo de 180 dias a contar da data da instituição. Por outro lado, preveem-se como fundamentos para o não reconhecimento de uma fundação, além da falta de disponibilização dos elementos previstos na Lei-Quadro, (a) o facto de os seus fins não serem considerados de interesse social (fundamento que já existia, passando porém a especificar-se como exemplo o facto de os fins da fundação aproveitarem ao instituidor, à sua família, ou a um universo restrito de beneficiários com estes relacionados), (b) a insuficiência do património, dando como exemplo de insuficiência a oneração do património da fundação com encargos que comprometam a realização dos fins estatutários ou a incapacidade do mesmo património para gerar rendimentos suficientes para garantir a realização de tais fins e (c) a desconformidade dos estatutos da fundação com a lei.
- (iv) Admite-se ainda, na sequência desta reforma, a possibilidade de fusão de duas ou mais fundações com fins análogos, determinada pela entidade competente para o reconhecimento sob proposta das respetivas administrações, conquanto a fusão não contrarie a vontade dos fundadores;
- (v) Estabelece-se que as fundações só podem aceitar heranças a benefício de inventário;
- (vi) As fundações passam a poder ser extintas pela entidade competente para o reconhecimento quando não tiverem desenvolvido qualquer atividade relevante nos três anos precedentes;
- (vii) Finalmente, refira-se que passa a ser admitida a possibilidade de extinção das fundações por decisão judicial, em ação intentada pelo MP ou pela entidade competente para o reconhecimento, quando o seu fim seja sistematicamente prosseguido por meios ilícitos ou imorais ou quando a sua existência se torne contrária à ordem pública.

Já a nível das novidades introduzidas pela Lei-Quadro, cumpre destacar as seguintes:

- (i) Em primeiro lugar, estabelece-se que as fundações devem aprovar e publicitar códigos de conduta que autorregulem boas práticas, nomeadamente, sobre a participação estratégica dos destinatários da sua atividade, a transparência das suas contas, os conflitos de interesse, as incompatibilidades e a limitação à renovação dos seus órgãos, entre outras;
- (ii) Prevê-se um conjunto de requisitos de transparência para as fundações, entre os quais a obrigatoriedade de disponibilização permanente na respetiva página web de um conjunto amplo de informações (cópia dos atos de instituição e reconhecimento, versão atualizada dos estatutos, composição dos órgãos sociais e relatórios de gestão e contas e pareceres do órgão de fiscalização dos últimos três anos, entre outras; as fundações privadas com estatu-

to de utilidade pública e as fundações públicas deverão também disponibilizar uma descrição do seu património inicial e, quando for caso disso, do património afeto pela administração direta ou indireta do Estado, Regiões Autónomas, autarquias locais, outras pessoas da administração autónoma e demais pessoas coletivas públicas, bem como informação sobre o montante discriminado dos apoios financeiros recebidos nos últimos três anos das mesmas entidades);

(iii) Ao nível de requisitos de transparência estabelece-se ainda a sujeição das fundações privadas ao regime declarativo previsto no Decreto-Lei n.º 8/2007, de 17 de janeiro, que cria a Informação Empresarial Simplificada, e ao regime de normalização contabilística para as entidades do setor não lucrativo, previsto no Decreto-Lei n.º 36-A/2011, de 9 de março;

(iv) Estabelecem-se limites às despesas das fundações privadas com estatuto de utilidade pública e das fundações públicas com pessoal e administração, cujo incumprimento determina a caducidade do estatuto de utilidade pública atribuído às fundações incumpridoras;

(v) De acordo com a Lei-Quadro, a alienação de bens de uma fundação privada com estatuto de utilidade pública ou de uma fundação pública que lhe tenham sido atribuídos pelo(s) fundador(es), como tal especificados no ato de instituição, e que revistam especial significado para os fins da fundação, carece de autorização da entidade competente para o reconhecimento, sob pena de nulidade.

(vi) Até ao reconhecimento, o instituidor, os seus herdeiros, os executores testamentários ou os administradores designados no ato de instituição respondem pessoal e solidariamente pelos atos praticados em nome da fundação;

(vii) O estatuto de utilidade pública atribuído às fundações passa a ser concedido pelo prazo de cinco anos, podendo ser renovado.

A Lei n.º 24/2012, de 9 de julho entrou em vigor no dia 14 de julho de 2012.

Medicamentos - Formação dos Preços

Decreto-Lei n.º 152/2012 (DR 134, SÉRIE I, de 12/07/2012)

Foi publicado em Diário da República o Decreto-Lei n.º 152/2012, de 12 de julho, o qual, no âmbito dos compromissos assumidos pelo Estado Português no Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica celebrado com o Fundo Monetário Internacional, a União Europeia e o Banco Central Europeu, vem proceder à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 112/2011, de 29 de novembro, que aprovou o regime da formação do preço dos medicamentos sujeitos a receita médica e dos medicamentos não sujeitos a receita médica comparticipados.

Com esta alteração, o INFARMED passa a ser a autoridade competente para, com o parecer (não vinculativo) da Direção-Geral das Atividades Económicas («DGAE»), autorizar e regular o preço de venda ao público («PVP») dos medicamentos sujeitos a receita médica e dos medicamentos não sujeitos a receita médica comparticipados.

Por outro lado, este diploma estabelece que o PVP do medicamento de referência passa a ser determinado pela média do PVP desse medicamento nos dois anos imediatamente anteriores ao pedido de preço do primeiro medicamento genérico.

Por fim, estabelece-se que os procedimentos necessários à implementação deste novo regime da formação do preço dos medicamentos vão ser regulamentados por portaria do membro do Governo responsável pela área da saúde.

O presente Decreto-Lei entrou em vigor no dia 1 de agosto de 2012.

Agências de Viagens e Turismo - Acesso e Exercício da Atividade

Decreto-Lei n.º 199/2012 (DR 164, SÉRIE I, de 24/08/2012)

Foi publicado em Diário da República o Decreto-Lei n.º 199/2012, de 24 de agosto, que vem alterar o Decreto-Lei n.º 61/2011, de 6 de maio, que estabelece o regime de acesso e de exercício da atividade das agências de viagens e turismo.

Em primeiro lugar, o diploma em análise veio fixar novas regras relativas à constituição e financiamento do fundo de garantia de viagens e turismo («FGVT»), reduzindo, desde logo, o seu montante mínimo de 4 para 2 milhões de euros e estabelecendo que o FGVT responde solidariamente pelos créditos dos consumidores relativos a serviços contratados a agências de viagens e turismo até ao montante máximo anual de 1 milhão de euros.

Em segundo lugar, as agências de viagens e turismo passam a ter de realizar uma contribuição única de 2.500 euros a favor do FGVT, a prestar no momento da sua inscrição no registo nacional de agências de viagens e turismo («RNAVT»), podendo no entanto ser notificadas posteriormente para efetuarem uma contribuição adicional (determinada consoante o seu volume de negócios) sempre que o FGVT atinja um valor inferior a 1 milhão de euros.

Em terceiro lugar, este Decreto-Lei veio eliminar a distinção entre agências de viagens e turismo vendedoras e organizadoras.

Em quarto lugar, este diploma veio impor a necessidade de inscrição no RNAVT dos estabelecimentos, iniciativas ou projetos declarados de interesse para o turismo e das entidades que prossigam atribuições públicas de promoção de Portugal ou das suas regiões enquanto destino turístico e que pretendam comercializar serviços através de meios telemáticos ou da Internet. Promoveram-se também alterações relativamente à informação que deve constar do RNAVT.

Em quinto lugar, este Decreto-Lei estabelece que o requerimento para acionamento da comissão arbitral implica o pagamento, pelo consumidor, de uma taxa administrativa em montante a fixar por portaria.

Este Decreto-Lei entrou em vigor no dia 29 de agosto de 2012.

Comunicações Eletrónicas - Tratamento de Dados Pessoais e Proteção da Privacidade

Lei n.º 46/2012 (DR 167, SÉRIE I, de 29/08/2012)

Foi publicada em Diário da República a Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto, que transpõe a Diretiva n.º 2009/136/CE, na parte que altera a Diretiva n.º 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas, procedendo à primeira alteração à Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, e à segunda alteração ao Decreto-lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro.

Esta Lei veio, em particular, implementar as seguintes alterações:

- (i) reforço das regras relativas à segurança do processamento das comunicações eletrónicas;
- (ii) o armazenamento de informações e a possibilidade de acesso à informação armazenada no equipamento terminal de um assinante ou utilizador passam a depender do seu consentimento prévio, prestado com base em informações claras e completas, nos termos da Lei de Proteção de Dados Pessoais;
- (iii) agravamento do regime sancionatório aplicável (à exceção do que concerne aos limites mínimos e máximos aplicáveis à tentativa e à negligência, que foram reduzidos para metade);
- (iv) passa a exigir-se o consentimento prévio expresso do assinante que seja pessoa singular, ou do utilizador, para o envio de comunicações não solicitadas para fins de marketing direto; quanto aos assinantes que sejam pessoas coletivas, estas comunicações são permitidas até que os assinantes recusem futuras comunicações e se inscrevam na lista criada para o efeito;
- (v) estabelece-se que as empresas que oferecem serviços de comunicação eletrónicas acessíveis ao público devem notificar, sem demora injustificada, a Comissão Nacional de Proteção de Dados da ocorrência da violação de dados pessoais, bem como o assinante ou utilizador, caso essa a violação possa afetar negativamente os seus dados pessoais, devendo ainda constituir e manter um registo das situações de violação de dados pessoais, com indicação dos factos que lhes dizem respeito, dos seus efeitos e das medidas adotadas, incluindo as notificações efetuadas e as medidas de reparação tomadas.

Este diploma entrou em vigor no dia 30 de agosto de 2012.

**Programa Revitalizar
- Sistema de
Recuperação de
Empresas por Via
Extrajudicial (SIREVE)**

Decreto-Lei n.º 178/2012 (DR 150, SÉRIE I, de 03/08/2012)

Foi publicado em Diário da República o Decreto-Lei n.º 178/2012, de 3 de agosto, que vem criar o Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial («SIREVE»), um dos instrumentos do Programa Revitalizar.

O SIREVE consiste num procedimento que visa promover a recuperação extrajudicial de empresas que se encontrem numa situação financeira difícil ou numa situação de insolvência iminente ou atual, através da celebração de um acordo extrajudicial entre a empresa e todos ou alguns dos seus credores que representem no mínimo 50% do total das suas dívidas, visando a recuperação e viabilização da empresa, em alternativa ao recurso aos processos judiciais previstos no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

Este procedimento é acompanhado pelo Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e à Inovação, I.P. (IAPMEI, I.P.), designadamente, através da emissão de um juízo técnico acerca da viabilidade da empresa e da proposta de acordo extrajudicial e do seu envolvimento nas negociações e elaboração do referido acordo, do qual também é subscritor.

Introduzem-se, ainda, alterações significativas entre as quais:

- (i) Redução de 9 para 4 meses do prazo para conclusão do processo negocial;
- (ii) Criação de mecanismos de proteção da empresa e dos credores durante o processo negocial;
- (iii) Desmaterialização do processo negocial, através da utilização de uma plataforma eletrónica;
- (iv) Como forma de garantir a articulação do SIREVE com os processos judiciais em curso, prevê-se a extinção das ações executivas para pagamento de quantia certa e de quaisquer outras ações destinadas a exigir o cumprimento de obrigações pecuniárias, intentadas contra a empresa, sempre que seja celebrado acordo extrajudicial.

Este diploma entrou em vigor no dia 1 de setembro de 2012.

**Comunicações
Eletrónicas - Fundo
de Compensação do
Serviço Universal**

Lei n.º 35/2012 (DR 163, SÉRIE I, 23/08/2012)

Foi publicada em Diário da República a Lei n.º 35/2012, de 23 de agosto, que procede à criação do fundo de compensação do serviço universal de comunicações eletrónicas previsto na Lei das Comunicações Eletrónicas, destinado ao financiamento dos custos líquidos decorrentes da prestação do serviço universal.

Nos termos desta Lei, este fundo constitui um património público autónomo, sem personalidade jurídica, sob a gestão do ICP - Autoridade Nacional de Comunicações.

Este diploma estabelece que o financiamento dos custos líquidos do serviço universal assenta nas contribuições feitas pelas empresas que oferecem, no território nacional, redes de comunicações eletrónicas acessíveis ao público, determinando que se encontram sujeitas a essas contribuições as empresas que, no ano civil a que respeitam os custos líquidos, tenham registado um volume de negócios elegível no setor das comunicações eletrónicas que lhes confira um peso igual ou superior a 1% do volume de negócios elegível global do setor.

Estabelece-se ainda a obrigação de efetuar uma contribuição extraordinária para o fundo de compensação, relativa aos anos de 2013 a 2015, exclusivamente destinada à compensação dos custos líquidos do serviço universal incorridos até ao início da prestação do serviço universal pelo prestador ou prestadores que vierem a ser designados. Essa contribuição extraordinária corresponde a 3% do volume de negócios anual elegível de cada entidade, com os limites previstos nesta Lei.

Este diploma entrou em vigor no dia 24 de agosto de 2012.

2 · JURISPRUDENCIA

Derecho de adquisición preferente. Transmisión «mortis causa». Valor razonable de las participaciones sociales

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2012

Se discute la valoración de las participaciones sociales en el marco del ejercicio del derecho de adquisición preferente del socio sobreviviente sobre las participaciones sociales transmitidas *mortis causa* a los herederos del socio fallecido.

El Tribunal resuelve que la ley atribuye a los herederos el derecho a obtener el valor razonable de las participaciones, y no necesariamente el valor que fije el auditor designado por el Registro Mercantil, pues el auditor es un arbitrador legal y no un árbitro. Por tanto, cabe impugnar la valoración, ya que para determinar el acierto del informe no basta con que se cumplan las formalidades en la designación del auditor, que se limitan a garantizar su independencia y cualificación. Con base en ello, el TS anula el cálculo del valor razonable realizado por el auditor, porque no expresa en su informe cuáles son los parámetros que conducen al resultado de la valoración, ni indica por qué se ha decantado por un método de valoración estático para el cálculo del valor de participaciones sociales de una sociedad en funcionamiento.

Cese de un administrador solidario. Necesidad de notificación fehaciente

Resolución de 4 de junio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 29 de junio de 2012)

Se debate si es preciso o no realizar la notificación fehaciente a que se refiere el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil en el supuesto de una sociedad que cesa a uno de sus dos administradores solidarios, cuando la certificación es expedida por el administrador que queda como administrador único de la sociedad.

La DGRN establece que el referido artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil tiene por objeto fortalecer las medidas de legalidad para proceder a la inscripción, de modo que quede debidamente acreditada la debida conexión entre la autoría de la certificación de la que resulta el acuerdo y la titularidad vigente e inscrita en el Registro Mercantil, a fin de que esta no se modifique injustamente. La DGRN entiende que en este supuesto de hecho no se justifica la aplicación de medidas reforzadas de legalidad porque el administrador único nombrado o ratificado que ocupaba el cargo de administrador solidario reúne los requisitos exigibles para certificar sin requisitos adicionales.

Levantamiento del cierre de la hoja registral

Resolución de 13 de junio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 26 de julio de 2012)

A los efectos del levantamiento del cierre registral previsto en el artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil, un administrador social certifica que las cuentas anuales de la sociedad, correspondientes al año 2004, no han sido aprobadas desde entonces en las sucesivas Juntas Generales, ya sea por haber votado en contra todas las participaciones sociales, o por haber votado en contra participaciones sociales representativas del 30% del capital social, sin existir ningún voto a favor. El registrador se niega a levantar el cierre registral de esa sociedad.

La DGRN estima el recurso por entender que, atendiendo al artículo 378.7 del Reglamento del Registro Mercantil, se permite el levantamiento del cierre registral cuando en cualquier momento se acredite la falta de aprobación de las cuentas en la forma prevista en el apartado 5 del mismo artículo y, por tanto, al haber certificado el administrador bajo su responsabilidad que las cuentas no han sido aprobadas, se cumple con la exigencia reglamentaria, siendo suficiente la nota expedida por el órgano de administración en la que conste que las cuentas no han sido aprobadas.

PROCESAL CIVIL*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Flexibilización del alquiler de viviendas

Proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas (BOCG de 7 de septiembre de 2012)

El pasado 7 de septiembre de 2012 se publicó en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* el Proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas (en adelante, el «Proyecto»), en el que se atiende a la situación del mercado inmobiliario español, que está caracterizado por una alta tasa de propiedad y un débil mercado del alquiler, con las implicaciones negativas que ello conlleva, y que afecta tanto a la economía como a la sociedad española.

Por ello, y con el fin de conseguir la flexibilización y dinamización de este mercado, se propone la modificación de algunos preceptos de (i) la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos; (ii) la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; (iii) el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo; (iv) la Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario; y (v) la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo.

La modificación del articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos persigue influir sobre las siguientes cuestiones:

- (i) El régimen jurídico aplicable, priorizando la voluntad de las partes dentro de los límites establecidos en el título II de la Ley.
- (ii) La duración del arrendamiento, reduciendo de cinco a tres años la prórroga obligatoria.
- (iii) La recuperación, en determinados supuestos, del inmueble por el arrendador para destinarlo a vivienda permanente una vez que haya transcurrido el primer año de duración del contrato y sin necesidad de que se haya previsto expresamente.
- (iv) El reconocimiento al arrendatario de la posibilidad de desistir del contrato una vez que hayan transcurrido seis meses y que se lo comunique al arrendador con una antelación mínima de un mes.
- (v) La normalización del régimen jurídico del arrendamiento de viviendas, estableciendo que los adquirentes de viviendas que reúnan los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria solo se subrogarán en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento se hallase inscrito con anterioridad a la transmisión de la finca.

Por su parte, centrándonos en el ámbito procesal, la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene como finalidad la agilización del procedimiento de desahucio —tanto en caso de impago como por expiración del plazo del contrato— y del procedimiento para la reclamación y cobro de rentas debidas. Como novedad más característica debe apuntarse que, en los casos en que el demandado, tras ser requerido, no comparezca o pague la cantidad reclamada, será

* Esta sección de Derecho Procesal Civil ha sido coordinada por Eduardo Trigo Sierra, y en su elaboración han participado Paloma García de Viedma Alonso, Eugenio Caravia Izquierdo, Javier González Guimaraes-Da Silva, Guillermo Alonso del Real, Sonia Borges Fernández, Antonio Canales Aracil, Javier Sánchez-Lozano Velasco, David Guerra Arencibia, Margarita Morales Plaza, Luis I. Gómez-Iglesias Rosón, Efrén Pérez Borges, Paula Adrega Flor, Rita Vieira Marques y Luis Bertolo Rosa del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid)

el juez quien dicte auto directamente en el que dé por terminado el procedimiento y se producirá el lanzamiento.

De esta forma se agiliza notablemente el procedimiento actual, en el que es el secretario judicial quien, mediante decreto, declara la finalización del procedimiento, no pudiéndose además acordar el lanzamiento hasta que se verifique si se ha celebrado o no vista.

Esta nueva manera de terminación del procedimiento permite que se incluyan en la condena tanto las costas como las rentas que se devenguen hasta que se entregue la posesión del inmueble.

Para poder alcanzar estos objetivos se prevé la modificación de cuatro artículos de la Ley de Ritos (220, 440, 549 y 703). Las modificaciones más relevantes son las siguientes:

(i) La citada previsión —para los casos en los que los demandados no paguen, se opongan o allanen una vez requeridos de pago— de que sea el juez quien dicte auto que ponga fin al juicio de desahucio y se lleve a cabo directamente el lanzamiento en la fecha señalada en el requerimiento.

(ii) La posibilidad para el arrendador de interesar que no se dé por finalizado el juicio de desahucio, cuando el arrendatario abandone voluntariamente el inmueble, para que se levante acta del estado en que este se encuentre.

(iii) La suficiencia —para evitar demoras en la práctica de los lanzamientos— de la presencia de un único funcionario con categoría de gestor, previa autorización del juez, quien tendrá potestad para solicitar el auxilio de la fuerza pública en caso de que sea necesario.

En cuanto al Impuesto sobre Sociedades, se flexibilizan los criterios que permiten la aplicación del régimen fiscal especial de arrendamiento de viviendas mediante la reducción del número de viviendas requerido y del tiempo en que deben permanecer en arrendamiento, así como con la supresión de los requisitos de tamaño de las viviendas.

Respecto de la normativa aplicable a las sociedades anónimas cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario, las modificaciones de dirigen a crear un nuevo instrumento de inversión destinado al mercado del arrendamiento. La principal novedad en este sentido es la modificación del régimen fiscal aplicable a este tipo de sociedades, que se asemejaría al imperante en otros países con un tipo de gravamen del cero por ciento respecto de las rentas provenientes del desarrollo de su objeto social y finalidad específica.

Finalmente, en relación con el Impuesto sobre la Renta de no Residentes, después de la modificación propuesta, solo quedarían sujetas al Gravamen Especial sobre Bienes Inmuebles de Entidades no Residentes aquellas que residan en un país o territorio de los considerados como paraíso fiscal.

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

Proyecto de Ley por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (BOCG de 7 de septiembre de 2012)

El Proyecto ha sido especialmente respetuoso con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, y cobra especial relevancia la doctrina jurisprudencial que el Tribunal Constitucional ha sentado sobre esta materia. En concreto, la sentencia 20/2012, de 16 de febrero, del Tribunal Constitucional, que no solo confirma la constitucionalidad de las tasas, sino que además reconoce expresamente la viabilidad de un modelo en el que parte del coste de la administración de justicia sea soportado por quienes más se benefician de ella.

Con esta reforma se acerca el sistema español de tasas judiciales a los sistemas que rigen en países de nuestro entorno. En ellos, además de la financiación de la administración de justicia a través de los impuestos, se exige este concreto tributo a los usuarios del servicio público.

El Proyecto persigue una doble finalidad:

(i) Racionalizar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, a través de la asunción por los ciudadanos que recurren a los tribunales de parte del coste que ello implica.

(ii) Obtener mayores recursos que se destinarán a una mejora en la financiación del sistema judicial y, en particular, de la asistencia jurídica gratuita.

El nuevo régimen que contempla el Proyecto amplía sustancialmente los hechos impositivos y los sujetos pasivos obligados al pago de la tasa. Hasta ahora, las únicas obligadas a su pago eran las personas jurídicas, pero el Proyecto prevé que las personas físicas estarán también obligadas al pago de la tasa cuando promuevan el ejercicio de la potestad jurisdiccional y realicen el hecho imponible. Con una excepción: las personas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita estarán exentas del pago de la tasa.

El Proyecto amplía también el ámbito objeto de la tasa y prevé su aplicación al orden social. Pero la aplicación en este orden será limitada, ya que el hecho imponible estará constituido por la interposición de los recursos de suplicación y casación y se hará de forma proporcional a los intereses que se tutelan en el proceso. No se prevé, sin embargo, reformar el sistema de tasas en relación con el orden penal, en el que seguirá sin exigirse su pago en atención a sus características especiales de acceso a la justicia.

Con la finalidad de incentivar la solución extrajudicial de litigios, el Proyecto prevé una bonificación de la cuota de la tasa cuando se alcance una terminación extrajudicial o transaccional que ahorre parte de los costes de la prestación de servicios.

El Proyecto recuerda que la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, estableció que el pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional había de quedar incluido, en su caso, en las costas del proceso civil, contempladas en el artículo 241 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, zanjando de este modo la polémica que existió inicialmente, dado el discrepante criterio de los diversos órganos judiciales.

Nueva reforma de la normativa tuitiva de consumidores y usuarios

Anteproyecto de Ley por el que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre

El pasado 22 de noviembre de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, que deroga la normativa europea vigente sobre la protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, estableciendo un nuevo marco legal en esta materia. Además, modifica la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

El objetivo de esta nueva Directiva es doble. Por un lado, pretende reforzar la seguridad jurídica de consumidores y usuarios y, por otro, busca eliminar las disparidades existentes en la legislación europea de los contratos celebrados entre empresas y consumidores, que obstaculizan el mercado interior.

Para trasponer esta Directiva a nuestro ordenamiento, el pasado mes de julio se publicó el Anteproyecto de Ley por el que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. De acuerdo con la disposición transitoria única del Anteproyecto de Ley, esta sería de aplicación a los contratos con los consumidores celebrados a partir del 13 de junio de 2014.

El fin perseguido por el Anteproyecto es elevar el nivel de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, y para ello:

(i) Se amplía la información precontractual que los empresarios están obligados a proporcionar en los contratos celebrados con consumidores y usuarios, tanto con carácter general como en los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento del empresario, incluyendo determinados requisitos formales para facilitar esa información. Así, entre las nuevas obligaciones de información precontractual se encuentran, entre otras, las de informar a los consumidores y usuarios de (i) la existencia y condiciones de los depósitos u otras garantías financieras que, en su caso, tengan que pagar o aportar a solicitud del empresario,

incluidas aquellas por las que se bloquee un importe en la tarjeta de crédito o de débito del consumidor, (ii) la existencia de la garantía legal de conformidad de los bienes y (iii) la existencia y condiciones de los servicios posventa y de las garantías comerciales que otorguen, en su caso.

(ii) Se lleva a cabo una nueva regulación del derecho de desistimiento en los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento mercantil del empresario, incorporándose un formulario normalizado al respecto que el consumidor podrá utilizar opcionalmente.

Entre las novedades incorporadas destaca la ampliación del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento, que pasa de siete días hábiles a catorce días naturales. Dicho plazo se ampliará hasta doce meses después de la fecha de expiración del periodo inicial si el empresario no hubiera facilitado al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento.

(iii) Se incorporan otros derechos de los consumidores y usuarios referidos a la forma y plazos de entrega de los bienes adquiridos, el momento en el que tiene lugar la transmisión del riesgo de pérdida o deterioro del bien adquirido, los límites a los cargos por la utilización de medios de pago, la limitación de la tarifa que puede cobrar el empresario que opere una línea telefónica a efectos de que el consumidor pueda comunicarse con él en relación con el contrato celebrado, así como la necesidad de que el empresario obtenga el consentimiento expreso del consumidor para todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal.

Asimismo, el Anteproyecto incorpora al texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios todas las definiciones que contempla la Directiva y, en este sentido, se modifican los conceptos de consumidor, de empresario y de contrato a distancia (artículos 3, 4 y 92) y se incorporan los conceptos de contrato de venta, de contrato de servicios y de establecimiento mercantil (artículos 59 bis y ter y artículo 92).

Por último, el Anteproyecto prevé la derogación del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en el desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

La denegación del préstamo hipotecario al comprador de una vivienda no le libera de la obligación de pago

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Novena, de 23 de enero de 2012

La sentencia declara que la denegación de un préstamo hipotecario al comprador de una vivienda no es susceptible de liberar al deudor de la obligación de pago conforme al artículo 1184 del Código Civil.

La Audiencia Provincial de Alicante, tras analizar la doctrina de nuestro alto Tribunal, dispone que la resolución de un contrato solo resulta pertinente cuando se acredita fehacientemente la existencia de «*un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impide el cumplimiento, con independencia de que se contemple la persona del deudor u otra persona*».

A estos efectos, subraya la necesidad de interpretar restrictivamente el artículo 1184 del Código Civil toda vez que se trata de una causa de extinción de las obligaciones, y advierte que «*imposibilidad de prestación*» no debe confundirse con «*dificultad extraordinaria para cumplir una prestación*», pues esta última solo daría lugar a la revisión de la relación jurídica, pero nunca determinaría la extinción de la obligación.

Por lo tanto, frente al criterio sostenido por el juzgador de instancia, la sentencia considera que la no concesión de un préstamo por parte de una entidad financiera no puede incardinarse en el concepto de imposibilidad de la prestación, ya que no concurren los requisitos necesarios para ello, es decir, que la imposibilidad sea objetiva, sobrevenida y no imputable al deudor.

Al comprador perjudicado en una doble venta, por prevalencia de la segunda venta inscrita en el Registro de la Propiedad, le corresponde una indemnización igual al importe percibido por el vendedor en la segunda venta

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2012

La sentencia se refiere a la indemnización a la que tiene derecho el comprador de un terreno que es objeto de doble venta, cuando su titularidad sobre la finca se ve frustrada, en virtud de lo establecido en el artículo 1473 del Código Civil, por la posterior inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho del segundo comprador.

En el caso objeto de estudio, el actor adquirió del demandado un terreno en el año 1988 mediante contrato privado de compraventa. No obstante, en el año 2002 el demandado vendió por segunda vez dicha finca, en esta ocasión en escritura pública que fue inscrita en el Registro de la Propiedad.

Frustradas sus expectativas de dominio sobre la finca, al prevalecer —en virtud del artículo 1473 del Código Civil— la compraventa inscrita en el Registro, el primer comprador interpuso demanda contra el vendedor en la que reclamaba, con carácter principal, una cantidad igual al importe que el vendedor había recibido por la segunda venta y, subsidiariamente, la restitución del precio que el demandante había entregado al vendedor con motivo de la primera compraventa.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Marbella desestimó la pretensión principal, con base en una estipulación del contrato de compraventa que establecía que en caso de no ser otorgada por el vendedor la escritura pública de compraventa, este vendría obligado a devolver las cantidades recibidas, sin que se previera otra consecuencia económica a favor del comprador. El Juzgado estimó, por tanto, la petición subsidiaria de la demanda, condenando al vendedor a la restitución de las cantidades recibidas del actor, más los intereses que hubieran devengado.

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga confirmó la condena de instancia, salvo por los intereses devengados, al entender acreditadas las reiteradas negativas del actor a recibir del demandado las cantidades objeto de la primera compraventa.

Finalmente, el Tribunal Supremo anuló la sentencia de la Audiencia Provincial (al estimar recurso extraordinario por infracción procesal que el actor planteó junto con el de casación), dictando en su lugar sentencia por la que condenó al demandado al pago de una cantidad igual a la que había recibido a modo de precio del segundo comprador de la finca.

Según el razonamiento de la Sala, la estipulación del contrato que preveía la devolución por el vendedor de las cantidades recibidas para el caso de no otorgar la escritura, no sería una cláusula penal, sino una consecuencia evidente del incumplimiento contractual, que en ningún caso excluye la indemnización por los daños y perjuicios que se causaran al comprador, en virtud del artículo 1101 del Código Civil.

Así, el alto Tribunal estima que el daño causado al actor no sería ni el precio del inmueble en la actualidad, ni el que pagó en su día el actor, sino el precio al que fue adquirido por el tercero, por ser esta la revalorización experimentada por la finca desde el momento en que él adquirió en contrato privado hasta que fue vendida por segunda vez.

Lucro cesante en relación con el incumplimiento de contrato de ejecución de obra: 15% del importe presupuestado y no ejecutado

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2012

En el caso de autos se formuló demanda en solicitud de la resolución de un contrato de ejecución de obra y mantenimiento de una planta solar fotovoltaica, así como de la condena al pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de la demandada, en concreto en concepto de lucro cesante.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Guadalajara estimó parcialmente la demanda, declarando la resolución de los contratos y condenando a la demandada al pago de una cantidad sustantivamente inferior al importe reclamado. Posteriormente, la Audiencia Provincial de Guadalajara estimó el recurso de apelación y desestimó íntegramente la demanda formulada, considerando que no había quedado acreditado debidamente el importe del lucro cesante que se reclamaba. En particular, la Audiencia Provincial justifica la desestimación de la pretensión indemnizatoria de la demanda en el hecho de que no resultó acreditado el importe del lucro cesante que se reclamaba.

Frente al criterio de la Audiencia Provincial, la sentencia de la Sala Primera de 24 de mayo de 2012 estima parcialmente el recurso de casación, considerando que, a pesar de que efectivamente no se acreditó la cuantificación del lucro cesante, no cabe confundir la prueba de la existencia del lucro cesante con la de su alcance económico. En aplicación del principio *res ipsa loquitur*, la existencia de lucro cesante no necesita ser probada cuando claramente se desprende del incumplimiento y consiguiente frustración del contrato.

Lo más novedoso del criterio del alto Tribunal reside en que, ante la falta de prueba acerca de la correcta cuantificación y procedencia de los importes reclamados, el TS recupera una corriente jurisprudencial (en cierto desuso en los últimos años) que cuantificaba el lucro cesante *«en el quince por ciento del importe presupuestado y no ejecutado por culpa de la parte contraria, que se considera como «beneficio industrial» dejado de obtener (sentencias de 22 noviembre 1974, 10 marzo 1979, 13 mayo 1983 y 13 mayo 1993)»*.

Flexibilidad de los criterios de admisión de los recursos de casación e infracción procesal en los procedimientos matrimoniales

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2012

El origen de la sentencia objeto de comentario encuentra su causa en un procedimiento de divorcio, cuya principal controversia se centraba en la adjudicación de una segunda vivienda perteneciente con carácter privativo a uno de los cónyuges.

A la hora de plantearse la admisión a trámite del recurso interpuesto frente a la sentencia de la Audiencia Provincial, la Sala de lo Civil del TS considera de aplicación a los procesos matrimoniales las reglas del recurso de casación, si bien, dada la sensibilidad de los derechos protegidos en este tipo de procedimientos, afirma que corresponde hacer una interpretación más amplia de las normas determinadoras de la existencia del interés casacional.

Así, el TS entiende que el recurrente justificó adecuadamente la concurrencia de interés casacional con fundamento en la necesidad de modificar la jurisprudencia existente sobre el problema jurídicamente planteado, dada la evolución de la realidad social o la común opinión jurídica sobre una determinada materia (criterio de admisión de recursos recogido en el Acuerdo de 30 de diciembre de 2011 de la Sala de lo Civil). Por tanto, la Sala decidió admitir el recurso de referencia.

En cuanto al fondo del asunto, tras reseñar la notable discusión que ha existido sobre la materia desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 julio, el Tribunal recuerda que el artículo 91 Código Civil solo permite al juez, en defecto de acuerdo o de no aprobación del acuerdo presentado, atribuir el uso de la vivienda familiar siguiendo los criterios que establece el artículo 96 del mismo cuerpo legal, regla que es igualmente recogida por la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 774.4. Por tanto, el Tribunal determina que el uso de los segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar no puede ser determinado por el juez en el procedimiento matrimonial iniciado por la oposición de las partes.

El derecho de información no faculta a los accionistas de una sociedad holding para obtener la documentación de cada una de las sociedades integrantes del grupo societario

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de mayo de 2012

El objeto de litigio reside en el derecho de los accionistas de una sociedad *holding* para solicitar información de las sociedades pertenecientes al grupo societario en el marco de una Junta General de Accionistas. En el caso enjuiciado, dos socios de la matriz solicitaron información contable de las empresas filiales del *holding*, lo que entendían estaba amparado en el derecho a la información de los accionistas recogido en el artículo 125 de la Ley de Sociedades Anónimas, hoy derogada pero refundida en la Ley de Sociedades de Capital.

Desestimada su acción en primera y segunda instancia, ambos accionistas recurrieron en casación, admitiéndose el recurso al considerar el TS controvertido y objeto de interés casacional el alcance del derecho a la información de los accionistas de una sociedad *holding*. Concretamente, se analiza si los socios tienen derecho a que se les entreguen el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la memoria y el resto de documentos integrantes de las cuentas anuales de las sociedades instrumentales incluidas en la consolidación contable.

A pesar de que la sentencia pone de manifiesto la escasa regulación específica que presenta un fenómeno tan extendido y de tanta relevancia como es el de los grupos societarios, el TS considera que en los grupos de sociedades, los derechos políticos de los socios y los instrumentos

para su ejercicio son los mismos que los de las sociedades individuales. Ello podría suponer un problema, puesto que en el seno de los grupos societarios con frecuencia se modifica el sistema de distribución de competencias entre los órganos sociales, lo que se podría traducir en un aumento del poder del órgano de administración y la correlativa disminución del poder de los socios ajenos al círculo de control.

Expuesto lo anterior, la sentencia establece que es al legislador a quien corresponde diseñar el equilibrio entre los derechos de las minorías y el gobierno societario, de tal forma que la preeminencia de uno de los dos no suponga la paralización de los órganos sociales, ni derive en abusos sobre los socios. Por todo ello, falla el alto Tribunal que, en aplicación de los preceptos legales vigentes en el caso enjuiciado, el derecho a la información en los grupos de sociedades no incluye el derecho de los accionistas a obtener las cuentas anuales de cada una de las sociedades del grupo, al no ser estas objeto de aprobación en la Junta General de Accionistas. Por lo que, al amparo de los artículos 42.5, 44 y 48 del Código de Comercio y 200 de la Ley de Sociedades Anónimas, el derecho de información de los accionistas de la matriz solo permite solicitar información sobre las cuentas consolidadas del grupo, y no el de los distintos documentos contables de las filiales.

Los socios de una sociedad de responsabilidad limitada tienen derecho a ver el libro mayor antes de la Junta General Ordinaria

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de mayo de 2012

La sentencia resuelve una acción de impugnación de acuerdos sociales ejercitada por un socio con un porcentaje de participaciones sociales superior al 5 %, que consideró que la negativa de la sociedad a mostrarle el libro mayor infringía su derecho de información en la modalidad de examen previo prevista en el artículo 86.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Conforme al referido artículo, desde la convocatoria de la junta hasta su celebración, salvo disposición contraria de los estatutos, el socio que represente al menos el 5 % del capital puede examinar en el domicilio social de la sociedad —por sí o en unión de experto contable— los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales.

Anunciada la convocatoria de la Junta General, y con anterioridad a su celebración, el socio solicitó por escrito revisar determinados documentos en el domicilio social acompañado de un experto contable. Llegado el día establecido para la exhibición documental, la sociedad denegó el examen del libro mayor con fundamento en que el Código de Comercio no obliga a su llevanza y, por tanto, la sociedad no debe soportar, aunque lo posea, el deber de su exhibición. Por otro lado, la sociedad también argumentó que dado el carácter auxiliar del libro mayor, al socio le era posible conocer su contenido extrayendo datos de otros documentos que sí le fueron exhibidos, singularmente el balance de sumas y saldos, y el libro diario.

La Sala considera que del tenor literal del artículo 86.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no se desprende que el derecho de examen del socio se encuentre circunscrito a los libros de contabilidad que tengan carácter obligatorio, y que dicho precepto confiere a los socios una facultad mucho más amplia que abarca la posibilidad de examinar cuantos documentos constituyan antecedente de las cuentas. Por lo tanto, el carácter no obligatorio del libro mayor solamente dispensaría de su exhibición a aquella sociedad que hubiese decidido no llevarlo.

Igualmente, la Sala rechaza el argumento de la sociedad, que consideraba que exhibir al actor el libro mayor, cuando ya se le había mostrado el libro diario, hubiera supuesto incurrir en duplicidad. El motivo es que a pesar de que el origen material de la información es idéntico, el contenido del libro mayor es el fruto de un determinado tratamiento contable de los datos asentados previamente en el diario, lo que, en definitiva, hace que sea un tipo de información que presenta un sesgo diferente.

Por todo lo expuesto, la sentencia concluyó que la actitud mostrada por la sociedad fue injustificada y obstativa, lo que privó al socio impugnante de la posibilidad de verificar la realidad de determinados datos íntimamente vinculados con el punto del orden del día relativo a la aprobación de cuentas, gestión y aplicación de resultado social. Todo ello, en línea con la doctrina jurisprudencial emanada del TS, que entiende que en ocasiones hay situaciones que requieren flexibilidad en la información proporcionada al socio en atención a la conexión entre la información solicitada y el orden del día fijado para la junta.

La sentencia finaliza con una reflexión pragmática, y considera que la sociedad obvia las exigencias de la buena fe implícitas a todo comportamiento jurídico. Y es que en aplicación de la propia argumentación de la sociedad, si el libro mayor recoge los datos del libro diario, entonces no existe justificación para no facilitar la información solicitada por el socio y satisfacer así su legítimo deseo de acceder a la información, sobre todo, cuando la sociedad no obtenía ninguna ventaja aparente.

La tolerancia del incumplimiento de un contrato no implica la novación de sus términos

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de julio de 2011

El procedimiento versa sobre un contrato de obra para la implantación de un sistema de información en el que se fijó como elemento esencial el cumplimiento de un plazo para la terminación de los trabajos.

La parte reclamante cumplió el calendario de pagos, pero no así la parte obligada a realizar la obra, que incumplió los plazos comprometidos. En este contexto, las partes firmaron un documento donde se reconocían los trabajos realizados hasta aquella fecha y los que estaban pendientes de terminación, pese a lo cual, la sociedad acreedora de las obras decidió finalmente resolver el contrato y demandar por incumplimiento contractual a la contraparte.

El TS, al enjuiciar los hechos del procedimiento, hizo suya la argumentación de la parte demandante, y estimó que la novación de las obligaciones de un contrato debe venir presidida por una clara voluntad novatoria. Así, toda novación debe cumplir los requisitos exigidos por los artículos 1203, 1204 y 1205 del Código Civil, algo que el alto Tribunal no apreció en la voluntad de las partes al firmar el documento posterior a la finalización del plazo. Igualmente, la sentencia considera que no es posible novar las obligaciones que ya han sido incumplidas, y menos por un documento posterior al incumplimiento de una de las partes.

En definitiva, el TS confirma de esta manera la doctrina iniciada con su sentencia de 5 de abril de 2006, conforme a la cual, mientras que el cumplimiento de una prestación contractual sea posible, resulta lógico que la parte acreedora se abstenga de resolver el contrato, ya sea antes o después del plazo marcado. Esta tolerancia del incumplimiento no implica una novación contractual, lo que, conforme a lo ya expuesto, requiere un pacto expreso con todos los requisitos legales exigidos.

Imposibilidad de demandar a una sociedad anónima cuya inscripción haya sido cancelada en el Registro Mercantil

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 25 de julio de 2012

La sentencia declara que no es posible que prosperen demandas contra una sociedad anónima cuya inscripción en el Registro Mercantil haya sido cancelada, a menos que se solicite al juzgado al mismo tiempo que deje sin efecto la cancelación.

El TS entiende que, en virtud del artículo 7 de la entonces vigente Ley de Sociedades Anónimas, la personalidad jurídica se adquiere y se pierde con la inscripción y cancelación en el Registro Mercantil. Por ello, al amparo del artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no puede ser parte en proceso una sociedad que no esté inscrita en el Registro Mercantil.

A pesar de lo expuesto, el alto Tribunal matiza que la cancelación no tiene carácter sanatorio de los posibles defectos de la liquidación, y que la definitiva desaparición de la sociedad no se produce hasta que la sociedad haya sido liquidada y no haya dejado acreedores insatisfechos, socios sin pagar, ni patrimonio sin repartir. Siendo este el caso del procedimiento enjuiciado, el TS recuerda que los socios y acreedores pueden (i) pedir la nulidad de la cancelación y la reapertura de la liquidación, y (ii) demandar en todo caso a aquellos que hubieren propiciado una indebida cancelación de la inscripción de la sociedad.

Igualmente destaca el TS que los liquidadores son responsables ante los socios y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubieran causado con dolo o culpa en el desempeño de su cargo, y que la responsabilidad de los socios se entiende sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores. En ambos casos, no cabría exigir responsabilidad alguna a la sociedad extinguida y cancelada.

Por último, el TS recuerda que, con independencia de la cancelación y extinción de la sociedad, subsiste la responsabilidad de los administradores, gerentes, directores generales y liquidadores por las deudas contraídas o que se contraigan en nombre de la sociedad.

Calificación como crédito contra la masa de la deuda de la concursada derivada del suministro de energía eléctrica, tanto si la deuda es anterior como si es posterior a la declaración de concurso

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de marzo de 2012

Con carácter general, la declaración de concurso no afecta a la eficacia de los contratos con obligaciones recíprocas, aunque en ese momento exista un incumplimiento que faculte a su resolución. Considera el TS que un crédito potencialmente concursal cristaliza, a raíz del mantenimiento del contrato, en crédito contra la masa, pero ello no obedece a una decisión unilateral del suministrador —en el caso de un contrato de suministro de energía eléctrica de autos—, sino a la decisión que le impone un sacrificio actual y le expropia de la facultad de resolver obligándole a continuar suministrando a quien incumplió resolutoriamente, sin que, por otra parte, como la realidad demuestra de forma tozuda y notoria, el hecho de que el crédito sea contra la masa garantice en modo alguno el cobro. Esta respuesta coincide con la prevista en los artículos 68 a 70 de la Ley Concursal, que regulan los supuestos de rehabilitación de contratos.

La calificación como crédito contra la masa de la totalidad del crédito derivado del suministro eléctrico, declara el TS que responde a la necesidad de que la masa, en cuyo interés se obliga a mantener en vigor los contratos en los que concurre causa de resolución, responda frente a quienes se ven expropiados de la facultad de desligarse o a rehabilitar el contrato ya resuelto y responde a la exigencia de garantías a las que se refiere la exposición de motivos.

Naturaleza de la responsabilidad concursal del artículo 172.3 de la Ley Concursal y alcance de la sanción que impone

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de julio de 2012

En aquellos casos en los que el concurso de una sociedad se declare culpable, además de operar los mecanismos societarios de protección a los socios, terceros contratantes y acreedores frente a las conductas negligentes de los administradores, también se protege a los primeros mediante la calificación del concurso como culpable (*ex.* artículo 172.2 de la Ley Concursal [«LC»]).

Esto supone el nacimiento de una obligación, para los administradores sociales de la mercantil concursada, de indemnizar a los acreedores por los daños y perjuicios derivados de su gestión.

El artículo 172.2 de la LC no distingue entre daños directos e indirectos, por un lado, ni entre los intereses de la sociedad, los socios, los acreedores y los terceros, por otro. Se trata de una responsabilidad por daños clásica, cuya concurrencia exige una relación de causalidad entre el daño producido y la conducta antijurídica del administrador. Este daño, en sede concursal, suele ser asimilado a la «generación o agravación» de la situación de insolvencia.

Además, para los casos en los que el concurso hubiese sido declarado culpable, si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, regula la posibilidad de condenar a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa —sin distinguir en función de la fecha en la que se hubieren generado—.

Se trata, en consecuencia, de un supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya exigibilidad requiere: (i) ostentar la condición de administrador o liquidador (antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no se requería que, además tuviesen la de «persona afectada»); (ii) que el concurso fuese calificado como culpable; (iii) la apertura de la fase de liquidación; y (iv) la existencia de créditos fallidos o déficit concursal.

Añade la Sala que no queda oscurecida la naturaleza de la responsabilidad por deuda ajena por la amplia discrecionalidad que la norma atribuye al juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo. No obstante, queda planteado el interrogante sobre cuáles deben ser los factores que deben ser tenidos en cuenta por el juzgador a la hora de fijar el alcance de la responsabilidad, toda vez que la norma atribuye al juez una amplia discrecionalidad.

Por esta razón es por la que de la calificación del concurso como culpable no se deriva necesariamente la condena de los administradores de la sociedad concursada a pagar el déficit concursal, pero no fija ningún criterio para identificar a los concretos administradores que debían responder ni para cuantificar la parte de la deuda que debía ser cubierta. Entiende el TS que, si bien no cabe descartar de forma apriorística otros parámetros, resulta adecuado tener en cuenta la gravedad de la conducta en cuestión (en lo que al agravamiento de la insolvencia se refiere) para moderar el alcance de la responsabilidad por las deudas sociales.

Interpretación de la «justificación añadida» para condenar a los administradores o liquidadores a cubrir los créditos no satisfechos en la liquidación de la masa activa en un concurso culpable. Voto particular del Magistrado del Tribunal Supremo, Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de mayo de 2012

De las cuestiones planteadas en esta sentencia por nuestro alto Tribunal, nos centraremos en la interpretación del antiguo artículo 173.2 de la Ley Concursal (hoy artículo 172 bis) y los requisitos jurisprudenciales para condenar a los administradores o a los liquidadores (hoy también apoderados generales) de la concursada a responder personalmente, en todo o en parte, por el déficit patrimonial resultante de la liquidación de la masa activa.

El punto de partida de la sentencia de la Sala 1.^a es la reiteración de la posición acogida en sus sentencias precedentes respecto a la responsabilidad concursal, que es de carácter indemnizatoria y no sancionadora (entre otras, las sentencias 614/2011, de 17 de noviembre de 2011 —RJ 2012, 3368— o sentencia 644/2011, de 6 de octubre —RJ 2012, 1084—). Esto supone que la responsabilidad concursal de los administradores se generará en los casos en los que el concurso sea declarado culpable y los responsables de la compañía hayan realizado una conducta que haya generado o agravado la insolvencia de la concursada.

El TS analiza cuál es el criterio para dar un paso más y condenar a los administradores a cubrir los créditos que no han podido sufragarse en la pieza de liquidación. Según la Sala, siguiendo su doctrina reiterada, esa condena no es una consecuencia necesaria en los supuestos previstos en el artículo 173.2 de la Ley Concursal (concurso culpable y generación o agravación de la insolvencia). Se requiere, según palabras de nuestro alto Tribunal, una «*justificación añadida*».

Para alcanzar esa «*justificación añadida*» es necesario que se valoren, conforme a criterios normativos, «*los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores*», en relación con la actuación imputada al órgano social y que hubiera determinado la calificación de culpabilidad del concurso.

En el caso objeto de estudio, la recurrente sostuvo que esa «*justificación añadida*» no se colmó suficientemente, al no motivarse en las sentencias de instancia el razonamiento judicial que condujo, después de haber condenado ya a los tres administradores a la reintegración de las cantidades distraídas ilícitamente o en menoscabo patrimonial de la concursada (cifrado en 1,5 millones de euros), a condenar asimismo a satisfacer, con cargo a su patrimonio personal y a partes iguales, la totalidad de los créditos impagados en la fase de liquidación (más de 5 millones de euros).

La mayoría de la Sala ratificó el parecer de la Audiencia Provincial, condenó a los administradores a pagar íntegramente los créditos impagados de la concursada y, en consecuencia, desestimó este motivo del recurso de casación.

Sin embargo, uno de los magistrados de la Sala, el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, emitió un interesante voto particular sobre la interpretación del artículo 173.2 de la Ley Concursal y el criterio de imputación de la responsabilidad concursal.

El magistrado discrepante, después de realizar un exhaustivo análisis de los antecedentes y el régimen jurídico del citado precepto, afirma que no quedaron justificados debidamente los elementos concurrentes para condenar a los administradores a cubrir el déficit patrimonial de la concursada, y menos justificado considera que tal condena se realice a prorata. A su parecer, el criterio de imputación debe analizarse con arreglo a la concreta incidencia de la conducta de los administradores, que haya sido merecedora de la calificación culpable, en la agravación o generación de la insolvencia. Se debería haber concretado, por tanto, qué porcentaje del déficit patrimonial de la concursada resultaría imputable a la actuación de cada uno de los administradores. En el voto particular se indica además que ese ejercicio de determinación no solo no es imposible, sino que es factible para la administración concursal, habida cuenta de que tiene pleno acceso a la contabilidad y dispone de varios meses para su estudio y análisis a lo largo del concurso.

Por todo ello, concluye el magistrado destacando que la seguridad jurídica exige un criterio claro de imputación de la responsabilidad que haga previsible a los administradores de empresas cuál va a ser la consecuencia jurídica de una determinada conducta para su patrimonio en caso de apertura de la sección de calificación. Todo ello a fin de evitar caer de nuevo en la grave inseguridad para el tráfico jurídico que supuso el régimen jurídico de insolvencia anterior a nuestra vigente Ley Concursal.

[Portugal]**Processo de
Insolvência -
Suspensão da
Instância*****Acórdão n.º 248/2012 - Tribunal Constitucional (DR 121, SÉRIE II, de 25 de junho de 2012)***

O recurso em causa foi interposto de uma sentença proferida no âmbito de um processo de insolvência de pessoa singular, em que o Tribunal *a quo* decidiu desaplicar, por inconstitucionalidade material (violação do princípio da proibição da indefesa), o artigo 8.º, n.º 1, do CIRE, quando interpretado no sentido de proibir a suspensão da instância nos termos e para os efeitos do n.º 1 do artigo 279.º do CPC. No processo de insolvência em causa, foi invocada a nulidade de uma transação judicial realizada entre a insolvente e um credor reclamante, tendo o tribunal suspenso a instância até ao trânsito em julgado da decisão a proferir na ação declarativa em que se discutia tal invalidade.

Em alegações de recurso, o Ministério Público invocou, nomeadamente, a natureza urgente do processo de insolvência, e ainda que, estando em causa a validade de uma transação, as partes poderiam apresentar a prova que entendessem pertinente, de modo a habilitar o Tribunal a apreciar essa questão e a decidir sobre a procedência do pedido de insolvência, independentemente da existência de uma ação declarativa paralela com o mesmo objeto.

Analisando a questão, o TC referiu que, no processo de insolvência, são justificáveis alguns desvios ao processo comum (quando constitucionalmente toleráveis face ao princípio consagrado no artigo 20.º, n.º 1, da CRP). *In casu*, o TC considerou que a norma desaplicada pelo Tribunal *a quo* não violava o direito de acesso aos tribunais, pois o legislador previu que os tribunais estão vinculados a solucionar os pleitos secundários que podem surgir no decurso do processo de insolvência, com respeito pelo contraditório e pela produção da prova que considerem necessária. Estando em causa um crédito que se revela litigioso, o Tribunal pode - ao declarar a insolvência - ter em consideração a questão da validade da transação invocada ou indeferir o pedido. Com efeito, entendeu o TC que, nos termos do n.º 3 do artigo 30.º do CIRE, o devedor poderia, na sua oposição, questionar a validade da transação e apresentar prova, sendo realizada audiência de discussão e julgamento, pelo que o Tribunal não estaria impedido de conhecer da validade de tal transação e, eventualmente, indeferir o pedido de insolvência.

Por outro lado, o TC também não considerou que a impossibilidade de suspensão da instância colocasse o interessado numa situação de indefesa, por lhe estar vedado o recurso a meios de prova que pudesse usar livremente em sede de ação de anulação, uma vez que o regime do processo de insolvência prevê mecanismos processuais que permitem efetivar o direito à defesa e ao contraditório, e que permitem ao Tribunal ter em conta os factos alegados e provados no momento de proferir a decisão, não sendo o mecanismo da suspensão da instância o único meio processual que permite alegar e apresentar prova relativa à validade de uma transação.

O TC considerou estar, assim, devidamente salvaguardado o princípio da tutela jurisdicional efetiva e não julgou inconstitucional o n.º 1 do artigo 8.º do CIRE, na parte em que proíbe a suspensão da instância nos casos previstos no n.º 1 do artigo 279.º do CPC.

**Ação Executiva -
Aplicação no Tempo
do Regime dos
Recursos*****Acórdão n.º 213/2012 - Tribunal Constitucional (DR 123, SÉRIE II, de 27 de junho de 2012)***

O recurso em epígrafe foi interposto de uma decisão do STJ que considerou que as ações executivas não constituem ações autónomas em relação às ações declarativas (quando correm por apenso a estas) e que não dão origem a um novo processo, pelo que estão sujeitas ao regime de recursos aplicável à ação declarativa, independentemente da entrada em juízo do requerimento executivo. De acordo com a interpretação do STJ, o novo regime dos recursos apenas se aplica às execuções instauradas após a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de agosto, caso estas não corram por apenso a ações declarativas.

A recorrente entendeu que tal duplicidade de regimes consubstancia uma violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da CRP, no que foi secundada pelo TC, que concluiu não existir fundamento material bastante que justifique a distinção de regimes com base apenas

no tipo de título ejecutivo en causa. Arguió o TC que tal interpretación colidiría con la autonomía del proceso ejecutivo (já que a determinação da lei aplicável passaria a depender da data da entrada em juízo da ação declarativa - sempre que a ação executiva corresse por apenso a esta - ao invés da data de início da ação executiva). Em suma, entendeu o TC que não é a espécie de título ejecutivo que determina a dependência ou a autonomia do título ejecutivo.

Em conclusão, o TC julgou inconstitucional a norma do artigo 11.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de agosto, por violação do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, ínsito no princípio do Estado de direito democrático, quando interpretada no sentido de não ser aplicável o novo regime de recursos aí constante às ações executivas intentadas após o início da sua vigência e que corram por apenso a ações declarativas.

Esta decisão mereceu dois votos de vencido quanto à fundamentação do acórdão (no segmento em que sustenta a inconstitucionalidade da referida norma na violação do princípio da proteção da confiança), pugnando antes pela manutenção da decisão de inconstitucionalidade com fundamento na violação do direito a um processo justo e equitativo (artigo 20.º, n.º 4 da CRP).

PROCESAL PENAL *

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Directiva 2012/13/UE de 22 de mayo de 2012: se establecen normas mínimas en relación con la información de derechos al sospechoso o acusado, mediante la creación de una «declaración de derechos»

Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales

Se trata de un nuevo paso de la Unión Europea hacia la unificación de criterios en los sistemas judiciales penales de los Estados miembros, con el fin de propiciar una cooperación judicial más eficaz. En concreto, a través de la presente Directiva se pretenden reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados en los procesos penales mediante el establecimiento de normas mínimas comunes en lo que se refiere a la información sobre los derechos y la acusación que se habrá de proporcionar a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido una infracción penal en cualquier Estado de la UE. Y ello con independencia de la situación jurídica, ciudadanía o nacionalidad del sospechoso o acusado.

Lo más relevante de esta Directiva, sin duda, es que se crea un documento de «declaración de derechos» común que debe encontrarse a disposición del sospechoso desde el mismo momento en que es objeto de detención, o se dirige acusación contra él tanto en sede policial como judicial. Se requiere, por tanto, que la información de derechos conste siempre en forma escrita, para evitar cualquier falta de transparencia que pueda afectar al ejercicio efectivo del derecho de defensa.

Asimismo, se exige que la declaración sea redactada de una forma clara, entendible por cualquiera, y en un idioma conocido por el sospechoso o acusado.

La Directiva, además, viene acompañada de un anexo con un modelo o ejemplo de declaración de derechos, que como tal, puede ser modificado por los países miembros. De este documento, por su especial trascendencia, conviene destacar dos puntos:

* Esta sección de Derecho Procesal Penal ha sido coordinada por Esteban Astarloa, y en su elaboración han participado Helena Monzón, Alicia Franch, Almudena Peleteiro, Paula Adrega Flor, Rita Vieira Marques y Luis Bertolo Rosa del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

(i) Se reconoce y se informa al sospechoso de su derecho a la asistencia letrada, concretado en la posibilidad de entrevistarse de forma confidencial con un abogado que, en todo caso, será «independiente de la policía».

(ii) Se recoge el derecho a guardar silencio. Se informa al sospechoso de que no está obligado a contestar a las preguntas de la policía y autoridad judicial, y se añade que «su abogado puede ayudarle a decidir sobre ello».

[España]

Proyecto de Ley de modificación del Código Penal: se modifica la regulación de la regularización de las deudas tributarias y con la Seguridad Social.

Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social

El pasado 4 de septiembre el Consejo de Ministros remitió a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de modificación del Código Penal en materia de delito fiscal y contra la Seguridad Social. El texto, que introduce algunos cambios con respecto al Anteproyecto, afirma en su exposición de motivos su clara intención de incrementar la eficacia recaudatoria en un contexto de crisis económica.

Aunque el eje de la reforma se centra en el delito fiscal y contra la Seguridad Social, se introducen algunas modificaciones puntuales al margen del título XIV. En primer lugar se tipifica la conducta consistente en emplear simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en la Seguridad Social o sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo. Además, se modifica la redacción del artículo 398, sobre la falsificación de certificaciones por terceros para excluir expresamente los certificados relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública. Por último se incluye un nuevo apartado 433 bis que castiga a la autoridad o funcionario público que falsee la contabilidad, documentos o información que deba de reflejar la situación económica de las Administraciones o entidades públicas cuando ello pudiera causar un perjuicio a la entidad de la que dependa.

En cuanto a los delitos contra la Hacienda Pública, se introduce un subtipo agravado para aquellos casos en que (i) la cuantía de la cuota defraudada exceda de seiscientos mil euros, (ii) cuando la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o grupo criminal y (iii) cuando se utilicen negocios, entes o territorios que dificulten u oculten la identidad del obligado tributario o la determinación de la cuantía defraudada. Se prevé para estos supuestos una pena máxima de prisión de seis años, de forma que el plazo de prescripción pasa a ser de diez años frente a los cinco años de los restantes supuestos de delito fiscal.

Por lo que se refiere a la regularización tributaria voluntaria, según la exposición de motivos, se elimina su configuración como excusa absolutoria, que pasa a ser un elemento negativo del tipo. La reforma consiste en la introducción de una mención final en el tipo básico del delito fiscal (art. 305.1) con el siguiente tenor literal «salvo que hubiese regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo». La exposición de motivos sostiene que tal reforma supone la plena equiparación de la regularización con el pago tempestivo. Esta insistencia podría interpretarse como una respuesta a las dudas surgidas con la actual legislación acerca de si la regularización del delito fiscal podría considerarse constitutiva de blanqueo de capitales.

Continuando con la regularización tributaria, en el apartado 4 se especifica que esta supone «el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria» y se aclara que la regularización será posible incluso habiendo prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa. Por último, se prevé la atenuación de la pena en aquellos supuestos en los que el imputado regularice su situación en el plazo de dos meses desde su citación judicial y en los casos en que el contribuyente colabore en la identificación de otros sujetos responsables.

Por otro lado, se faculta a la Administración Tributaria a no paralizar un procedimiento recaudatorio por la existencia de un proceso penal.

Por último, en los supuestos de tramas se establece que el delito será perseguible desde el momento en el que se alcance la cantidad de 120.000 euros de cuota defraudada, sin necesidad de esperar a que transcurra el año natural.

Con respecto a los delitos contra la Seguridad Social, se introducen idénticas reformas a las ya comentadas sobre el delito fiscal en cuanto a la regularización y la facultad de la Administración de no paralizar el procedimiento administrativo de liquidación y cobro.

Se establece también un subtipo agravado de fraude a la Seguridad Social utilizando empresas sin actividad real que simulan relaciones laborales, con el único propósito de que los trabajadores obtengan una prestación pública. Al igual que en el nuevo tipo agravado de delito fiscal, se prevé una pena máxima de prisión de seis años, de forma que el plazo de prescripción pasa a ser de diez años.

Y se reduce la cuantía mínima de la defraudación, que pasa de 120.000 euros a 50.000 euros, y se incluye dentro de esa cuantía toda la deuda no prescrita en un periodo de cuatro años.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

No procede la condena ex novo del acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción de los hechos, puesto que la naturaleza del recurso de casación impide al acusado ser oído

Revisión de pruebas personales practicadas en primera instancia y elementos subjetivos. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal de 29 de diciembre de 2011

El TS analiza el artículo 849.2 LECrim, error en la apreciación de la prueba, respecto a las facultades revisorias de los tribunales superiores, en los casos de pronunciamientos absolutorios declarados en primera instancia basados en la apreciación de pruebas personales y en valoraciones de elementos subjetivos.

En el caso estudiado por el TS, la Audiencia de instancia resolvió absolver al administrador de una sociedad que había sido acusado por la presunta comisión de delitos societarios, apropiación indebida y estafa, debido a que no había quedado acreditada la comisión de los delitos, de acuerdo con las pruebas documentales y las declaraciones testificales realizadas en fase de juicio oral.

El análisis del alto tribunal respecto al error en la apreciación de la prueba como motivo de casación parte de la jurisprudencia del TEDH y del TC. En este sentido, el TS considera que el control del recurso de apelación sobre las sentencias absolutorias, cuando se dirimen cuestiones de hecho relacionadas con la apreciación de pruebas personales o de elementos subjetivos del delito, ha de respetar la interpretación del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho a la defensa realizada por el TC.

El planteamiento del TC es que los principios de inmediación y contradicción deben ser respetados en aquellos supuestos en los que se realiza una corrección de la valoración de las pruebas personales practicadas en la sentencia absolutoria apelada (RTC 46/2011, entre otras). Por lo tanto, los jueces de apelación no pueden realizar una nueva valoración de las pruebas personales sin haberlas practicado de forma directa y personal en la segunda instancia. Asimismo, el derecho de defensa, exige escuchar al acusado antes de que se dicte una resolución condenatoria en segunda instancia (RTC 2009/184).

La doctrina del TC se fundamenta en las resoluciones del TEDH. En este sentido, la reciente STEDH de 25 de octubre de 2011 (TEDH 2011/90), caso Almenara Álvarez contra España, determina que cuando un tribunal *ad quem* realiza una nueva valoración y reconsidera sobre elementos subjetivos del injusto que determinan la inocencia o culpabilidad del acusado, no puede resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que niega su culpabilidad, puesto que el elemento subjetivo del injusto alberga un componente fáctico que excede los elementos puramente jurídicos.

Por su parte, la también reciente STEDH de 22 de noviembre de 2011 (TEDH 2011/100), caso Lacadena Calero contra España, revoca la STC 348/2006 (RTC 2006/348) en la que se avalaba el juicio de valor emitido por el tribunal *ad quem*, en este caso el TS, que había considerado que el acusado había actuado con pleno conocimiento de la antijuricidad de sus actos, condenándolo así por un delito de falsedad, contrariamente a lo que había determinado en primera instancia la AN.

En este caso, el TEDH consideró que las valoraciones sobre la intención de los sujetos no pueden considerarse elementos estrictamente jurídicos, al basarse siempre en los hechos probados. Las cuestiones de hecho sobre las que se determina la culpabilidad del acusado exigen siempre su declaración en segunda instancia e incluso la declaración de algunos testigos.

En consonancia con la doctrina expuesta, el Tribunal Supremo, concluye, en su Sentencia 29 de diciembre de 2011, que no procede la condena *ex novo* del acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción de los hechos, puesto que la naturaleza del recurso de casación impide al acusado ser oído. Por lo tanto, resuelve desestimar el recurso de casación planteado. En el mismo sentido se pronunciaron, con posterioridad, las STS de 3 de marzo de 2012 [RJ 2012/3788] y de 23 de marzo de 2012 [RJ 2012/4648].

La prevaricación administrativa exige eliminar los mecanismos establecidos que aseguran que la decisión se sujeta a los fines que la Ley establece

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 15 de marzo de 2012

Los hechos probados de partida son los siguientes: el 22 de noviembre de 2001, los acusados aprobaron un convenio urbanístico entre el Ayuntamiento y una empresa privada, por el cual la sociedad urbanizaría unos terrenos propiedad del citado Ayuntamiento a cambio de que, una vez realizada dicha urbanización, los terrenos tuviesen como destino la construcción y comercialización de viviendas de protección pública y de precio tasado. En el convenio, la operación se calificaba como permuta.

La sentencia de instancia calificó los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación al entender que se había utilizado la figura de la permuta para no celebrar una subasta pública que garantizase el respeto a la igualdad entre todos los interesados en la adquisición de los inmuebles municipales.

El TS se centra en examinar si la decisión adoptada por los acusados podía encontrar, en el momento en que se adoptó, una explicación razonable basada en una interpretación del Derecho realizada con los métodos usualmente admitidos. El tribunal de instancia había entendido que tal calificación resultaba imposible.

Por su parte, los recurrentes defendían la existencia de una línea jurisprudencial según la cual, tratándose de entidades locales, se admite, directa o indirectamente, la permuta de bienes patrimoniales por obra futura, lo cual es igualmente contemplado en algunas normativas de ámbito autonómico, que autorizan en algunos casos el procedimiento de adjudicación directa.

Sostenían que, conforme a las SSTS de 23 de septiembre de 2003 y de 16 de julio de 2001, una interpretación razonable de las normas aplicables a la situación descrita en los hechos probados permitiría acudir al mecanismo de la permuta para realizar una operación compleja que incluía la enajenación de bienes inmuebles del municipio, y ello aunque luego el órgano jurisdiccional competente entendiera que tal interpretación no era la correcta y anulara la operación.

El TS da la razón a los recurrentes. La Sala señala que la prevaricación no solo es apreciable cuando el contenido sustancial de la resolución sea inadmisibles en Derecho, sino también cuando se haya prescindido del procedimiento establecido, aunque añade que no todas las normas de procedimiento pueden reputarse esenciales a estos efectos y que es posible una nulidad de pleno derecho (de la decisión) sin que la resolución sea constitutiva de delito. A su entender la clave está en que tal comportamiento suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto. Es decir, la prevaricación administrativa supone eliminar los mecanismos establecidos para asegurar que la decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta. Son, en ese sentido, trámites esenciales. Por ello, la Sala revoca la resolución de instancia, ya que no se recogieron en los

hechos probados ni en los fundamentos jurídicos las infracciones sustanciales del procedimiento que se habrían cometido, al no concretarse de cuáles se trataba ni examinarse las posibles consecuencias de su omisión. Faltaban, pues, los elementos esenciales necesarios para considerar que ha existido una prevaricación administrativa y, como concluye la Sala, aunque la decisión municipal fue anulada por la Justicia administrativa, era defendible en Derecho y, por tanto, no puede apreciarse la comisión de un delito de prevaricación.

Estafa. Engaño bastante y diligencia de la víctima en la estafa. Voto particular

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 30 de marzo de 2012

Según los hechos enjuiciados probados, los acusados, guiados por el ánimo de obtener un beneficio ilícito, vendieron a la víctima, una ciudadana extranjera, una finca rústica dedicada a olivar de regadío por un precio diez veces superior a su valor de mercado. La víctima había expresado a los acusados previamente su deseo de construir en dicha finca una segunda residencia para ella y otra para su hermano. Por tal motivo, en el contrato privado de venta, los acusados firmaron una cláusula asegurando a la víctima que se podía edificar. Esta afirmación se vio reafirmada por ser uno de los vendedores, teniente de alcalde del Ayuntamiento de la localidad donde está situada la finca vendida, lo que llevó a la víctima a la creencia de que efectivamente se podía construir allí.

La defensa de los acusados mantenía que no se cumplía el tipo del delito de estafa, alegando engaño insuficiente y falta de autotutela de la compradora, ya que de haber actuado con mayor diligencia podría haber conocido que las condiciones de edificabilidad no coincidían con las manifestadas por los vendedores.

Sin embargo, la Sala consideró que se había producido un engaño omisivo por ocultar las verdaderas condiciones urbanísticas del terreno vendido, así como su próximo endurecimiento en el Plan General de Ordenación que se encontraba en trámites de aprobación, y que necesariamente tenía que conocer la propietaria del terreno, por su condición de miembro de la corporación municipal. También se había producido un engaño activo, al incluir expresamente en el contrato privado una cláusula referente a que se podía edificar. Todo ello generó en la perjudicada una representación que no se correspondía con la realidad. Este razonamiento lleva a la Sala a afirmar que el engaño empleado es idóneo y bastante para generar error en la otra persona. La Sala continúa argumentando que desde la perspectiva de la imputación objetiva, era previsible que la maniobra fraudulenta y de ocultación generaría un error en la perjudicada que motivaría la realización de un acto de disposición. Y este riesgo creado por el engaño finalmente se concretó en el resultado típico, es decir, en el perjuicio sufrido por la perjudicada, que efectuó un desplazamiento patrimonial en beneficio de los acusados, por lo que a dicho engaño se le debe imputar dicho perjuicio, concluyendo por lo tanto que se dan los presupuestos básicos y esenciales del delito de estafa.

La Sala tampoco acoge el argumento de la falta de autotutela, contestando que una cosa es la exclusión del delito de estafa en los supuestos de «*engaño burdo*», o de «*absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia*», y otra muy distinta es que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales. En este mismo sentido, la Sala dictamina que el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe comercial, también está presente en el delito de estafa. Continúa la Sala argumentado que la ley no hace excepciones a este respecto y obliga al perjudicado a estar más precavido en este delito que en otros, teniendo la tutela de la víctima siempre el mismo nivel de protección.

Respecto al criterio de la mayoría de magistrados que afirman que de los hechos enjuiciados se concluye que ha existido el engaño bastante exigido por el artículo 248 CP, discrepan los magistrados Manuel Marchena Gómez y Luciano Varela Castro. Dichos magistrados cuestionan la suficiencia del engaño porque de los hechos probados no se desprende con la nitidez necesaria para fundamentar la autoría de un delito de estafa, que las posibilidades de edificación de los terrenos hubiesen sido ocultadas, al menos no hasta el punto de haber hecho surgir en la compradora un error determinante que motivase el acto dispositivo.

Ambos magistrados consideran que la víctima era consciente de que para poder edificar en dicha finca era necesaria la obtención de una licencia administrativa, que quiso asegurarse mediante la declaración de voluntad de los acusados. No obstante, nadie puede comprometerse a garantizar por escrito aquello que no puede ser garantizado, especialmente si quien pide esa garantía y quien la otorga son conscientes de su irrelevancia jurídica. Por ello, consideran, no pudo darse el engaño típico.

Interpretación y aplicación del artículo 120.3 del CP. Condena de dos entidades financieras como responsables civiles subsidiarias de un delito de blanqueo de capitales

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 9 de abril de 2012

Esta sentencia resuelve el recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5.ª) de 18 de octubre de 2010 que condenó a los acusados, como autores y a uno de ellos como cómplice, por un delito de blanqueo de capitales del artículo 301.1 y 4 del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, salvo la atenuante de dilaciones indebidas.

El supuesto de hecho enjuiciado consistió en el blanqueo de dinero, proveniente de la comisión de un delito de estafa declarado por sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París y confirmado en apelación por la Sección 5.ª de la Sala 12 de las apelaciones penales, a través de diversas transferencias bancarias realizadas en cuentas de dos entidades financieras con la finalidad de cobrar el dinero en efectivo para que pudiese ser dispuesto por los estafadores. A pesar de las cuantías millonarias que se transferían entre las cuentas de los acusados, para ser posteriormente retiradas en efectivo, las mencionadas entidades financieras no detectaron dichas operaciones como indiciarias de un delito de blanqueo de capitales. Pese a ello, la Audiencia Provincial de Barcelona absolvió a las financieras de ser declaradas responsables civiles.

La Acusación Particular recurrió la sentencia de la Audiencia Provincial interesando que se declarase la responsabilidad civil subsidiaria de las entidades de crédito en virtud del artículo 120.3 del CP, pretensión estimada por nuestro alto tribunal, que declaró la responsabilidad civil subsidiaria de aquellas.

El TS entiende que no es precisa la existencia de una relación de causalidad entre el incumplimiento de las normas reglamentarias dirigidas a evitar el blanqueo de capitales y la producción del delito, sino que, tan solo, se encuentre relacionado el incumplimiento de las normas preventivas con el acaecimiento de la infracción penal, de modo que sea plausible la hipotética afirmación de que el delito podría haberse evitado en caso de haberse llevado a cabo un correcto cumplimiento de las normas reglamentarias. En definitiva, no se requiere que la omisión de la diligencia de cumplimiento sea la causa eficiente de la comisión del delito, sino que, simplemente, la haya posibilitado.

[Portugal]

Processo Penal - Busca Domiciliária em Habitação Partilhada

Acórdão n.º 216/2012 - Tribunal Constitucional (DR 102, SÉRIE II, de 25 de maio de 2012)

O acórdão em apreço resulta do recurso interposto pelo arguido detido na sequência de uma busca domiciliária autorizada à habitação que partilhava com um suspeito da prática de um crime de tráfico de estupefacientes e que abrangeu a divisão onde o arguido desenvolvia a sua vida, pese embora este não fosse visado pela diligência.

No entender do recorrente, a interpretação dos artigos 174.º, n.º 2 e 3, 176.º, 177.º, 178.º e 269.º, n.º 1, al. c) do CPP no sentido de admitir a busca às divisões onde outros indivíduos (não visados pela diligência), que partilham a habitação, desenvolvem a sua vida, viola os artigos 32.º, n.º 1 e 8 e o artigo 34.º, n.º 2 da CRP, ou seja, os princípios da plenitude das garantias de defesa e da inviolabilidade do domicílio.

Defendeu o recorrente que, na lei processual penal, o conceito de domicílio deve ser entendido como a «*projeção espacial da pessoa*», não podendo por isso uma diligência de busca domiciliária abranger outras divisões da casa que não as ocupadas pelo visado, caso este partilhe a habitação com outros indivíduos.

Invocou também o recorrente que a autorização para efetuar a busca na divisão por si ocupada estaria sempre dependente da existência de indícios de que ocultava em lugar reservado e não livremente acessível ao público objetos relacionados com a prática de um crime, sendo que esses indícios não existiam no caso concreto relativamente à sua pessoa, mas apenas relativamente ao arguido no processo que determinou a busca. E, por fim, salientou que seria necessário o consentimento de todos os indivíduos que partilham a habitação para que a busca pudesse realizar-se.

O MP contra-alegou, referindo, em síntese, que o princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio deve ceder quando confrontado com outros princípios constitucionais relevantes que se lhe possam sobrepor, designadamente a necessidade de prosseguir a segurança dos cidadãos por via do exercício da ação penal, que pressupõe uma investigação eficaz. O MP arguiu ainda que esta cedência deve ocorrer sem prejuízo da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos (e dos próprios arguidos), assegurados, tal como no caso concreto, através da intervenção de um juiz de instrução criminal, responsável pela validação das diligências de busca e apreensão.

Na sua análise, o TC salientou que, à semelhança dos restantes direitos fundamentais, a proteção da inviolabilidade domiciliária não consubstancia um direito absoluto ou ilimitado, podendo ser restringido por autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstas na lei e desde que tal restrição não se mostre excessiva.

Adicionalmente, o TC realçou que no caso concreto não estava em causa a exigência de consentimento para a realização de uma busca, mas sim a determinação da abrangência da autorização judicial prévia à realização da diligência. Ora, a restrição da reserva do domicílio dos coabitantes de uma residência sujeita a busca, ainda que não visados pela diligência como suspeitos, é um resultado inerente à própria circunstância de partilha de domicílio, uma vez que a diligência de busca tem uma incidência sobretudo espacial e não pessoal.

Por fim, o TC argumentou que a autorização judicial de busca domiciliária (e a determinação da sua extensão) pressupõe um juízo prévio sobre os respetivos pressupostos e, portanto, a avaliação, no caso concreto, da adequação, necessidade e proporcionalidade de tal medida, que é realizada por quem, por imposição constitucional, protege os direitos fundamentais. À luz deste argumento, a restrição do direito «à esfera privada espacial» afigurou-se, no caso concreto, adequada à prossecução do princípio da investigação ou da verdade material e de realização da justiça, bem como à eficácia da diligência, afigurando-se, por isso, proporcional.

Em face do exposto, o TC concluiu pela não inconstitucionalidade da interpretação extraída das normas supra referidas, segundo a qual a autorização judicial de busca domiciliária, em situações de partilha por diversos indivíduos de uma habitação, pode abarcar as divisões onde cada um dos indivíduos desenvolve a sua vida, ainda que não visado por tal diligência.

Crime Informático de Reprodução Ilegítima de Programa Protegido – Competências da ASAE

Parecer n.º 11/2011 (DR 109, SÉRIE II, de 5 de junho de 2012) - Parecer da Procuradoria-Geral da República

O presente parecer resultou de uma solicitação da ASAE com o objetivo de clarificar se o crime de reprodução ilegítima de programa protegido, previsto no artigo 8.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, («Lei do Cibercrime») tem a natureza de crime informático e, consequentemente, se a ASAE necessita previamente de uma autorização ou despacho da autoridade judiciária competente para realizar - nos termos da referida lei - a preservação ou pesquisa de dados informáticos específicos armazenados num sistema informático, bem como para a apreensão de dados informáticos, correio eletrónico ou registos informáticos de natureza semelhante.

Ao apreciar a questão, o Conselho Consultivo da Procuradoria - Geral da República considerou que o crime de reprodução ilegítima de programa protegido é um crime informático, a que são aplicáveis as disposições processuais constantes dos artigos 12.º a 17.º da Lei do Cibercrime, nos termos do respetivo artigo 11.º, n.º 1, alíneas a) e b).

Assim, concluiu este organismo que, atenta a sua natureza, a investigação do crime de reprodução ilegítima de programa protegido está reservada à Polícia Judiciária e que lhe está reservada a delegação da execução de atos de inquérito pelo Ministério Público. A competência da ASAE

neste campo está assim limitada à prática de atos cautelares e urgentes, devendo, no decurso das suas ações de fiscalização de atividades económicas, proceder à apreensão dos suportes físicos exteriores de computador que contenham programas informáticos objeto de contrafação, bem como dos próprios computadores ou outros equipamentos informáticos em relação aos quais existam fundadas suspeitas de terem instalados programas não licenciados. A ASAE deve, pois, comunicar tal facto à Polícia Judiciária, em prazo não excedente a 24 horas, e ao Ministério Público para sua validação, estando-lhe vedada a pesquisa de dados informáticos armazenados em sistemas informáticos.

PROPIEDAD INTELECTUAL, INDUSTRIAL Y COMPETENCIA DESLEAL*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

La Oficina de Armonización del Mercado Interior asume nuevas tareas relacionadas con el cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual

Reglamento n.º 386/2012 del Parlamento Europeo y el Consejo de 19 de abril de 2012, por el que se encomiendan a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) funciones relacionadas con el respeto de los derechos de propiedad intelectual, entre otras la de congregar a representantes de los sectores público y privado en un Observatorio Europeo de las Vulneraciones de los Derechos de Propiedad Intelectual (DOUE L 129, de 16 de mayo de 2012)

El Reglamento encomienda a la Oficina de Armonización del Mercado Interior funciones para facilitar y apoyar las actividades de las autoridades nacionales, del sector privado y de las instituciones de la Unión en la lucha contra las vulneraciones de los derechos de propiedad intelectual, lo que comprende todos los derechos regulados en la Directiva 2004/48/CE. Entre las funciones encomendadas a la Oficina, cabe destacar que organizará, administrará y apoyará la convocatoria de expertos, autoridades e interesados congregados bajo el nombre de «Observatorio Europeo de las Vulneraciones de los Derechos de Propiedad Intelectual».

Las funciones y actividades de la Oficina con arreglo al Reglamento no incluyen la participación en operaciones individuales o investigaciones realizadas por las autoridades competentes.

Propuesta de Directiva sobre entidades de gestión

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior

Esta propuesta de Directiva tiene dos objetivos principales. El primer objetivo consiste en mejorar las normas de gobernanza y transparencia de las entidades de gestión colectiva, con el fin de que los titulares de derechos de propiedad intelectual puedan ejercer un control más eficaz sobre ellas y contribuir a mejorar la eficiencia de su gestión. Para ello, la propuesta contiene, entre otras medidas, normas en materia de gestión financiera y amplias obligaciones de información frente a los usuarios, otras entidades y el público en general.

* 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 Ingrid Pi i Amorós, Núria Porxas, Álvaro Bourkaib, Miguel de la Iglesia, Javier Carreras, Xabier Domenech y Nora Oyarzabal, de las Áreas de Derecho Procesal y de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

El segundo objetivo de la propuesta es facilitar la concesión de licencias multiterritoriales por las entidades de gestión colectiva de los derechos de los autores sobre obras musicales para la prestación de servicios en línea. Entre las medidas previstas por la propuesta para conseguir este objetivo cabe destacar la obligación de mantener una base de datos evolutiva y reconocida para la explotación de las licencias y la de controlar la utilización efectiva de las obras objeto de licencia.

[España]

Modificación, supresión e inclusión de nuevos procedimientos en el Registro Electrónico de la Secretaría de Estado de Cultura

Orden ECD/1320/2012, de 31 de mayo, por la que se incluyen, modifican y suprimen procedimientos administrativos en el Registro Electrónico de la Secretaría de Estado de Cultura (BOE de 18 de junio de 2012)

La presente Orden incorpora un nuevo procedimiento administrativo para las ayudas a las corporaciones locales para actividades culturales que fomenten comunicación cultural, modifica la denominación de dos procedimientos administrativos y suprime otros nueve procedimientos del ámbito del registro electrónico de la actual Secretaría de Estado de Cultura, principalmente relacionados con fundaciones. Como anexo, la Orden incluye una relación actualizada de los servicios, procedimientos y trámites incluidos en el Registro Electrónico de la Secretaría de Estado de Cultura.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

El Tribunal de Justicia aclara los criterios aplicables para determinar si una grabación realizada por un organismo de radiodifusión está comprendida en la excepción relativa a las grabaciones efímeras

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de 26 de abril de 2012 en el asunto DR, TV2 Danmark A/S y NCB – Nordisk Copyright Bureau (as. C-510/10)

El Tribunal resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por un tribunal danés que tiene por objeto principal la interpretación del artículo 5, apartado 2, letra d), y del cuadragésimo primer considerando 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. El artículo y el considerando citados establecen una excepción al derecho exclusivo del autor de la obra a su reproducción cuando se trate de grabaciones efímeras de obras realizadas por organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones, entendiéndose que los medios propios de los organismos de radiodifusión incluyen los de las personas que actúen en nombre y bajo la responsabilidad de dichos organismos.

La primera cuestión planteada por el tribunal remitente consiste en determinar si la expresión «*por sus propios medios*» debe interpretarse con arreglo al Derecho nacional o con arreglo al Derecho de la Unión.

El Tribunal declara que el legislador de la Unión concedió a los Estados miembros la facultad de introducir en sus Derechos nacionales la excepción de las grabaciones efímeras, pero que sería contraria al objetivo de la Directiva una interpretación en el sentido de que los Estados miembros que hayan introducido tal excepción son libres para precisar de manera no armonizada los parámetros de esta. En consecuencia, el Tribunal resuelve que la expresión «*por sus propios medios*» debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en el marco del Derecho de la Unión.

Adicionalmente, se plantea la cuestión de cómo debe resolverse la divergencia lingüística apreciada entre las versiones danesa, inglesa, francesa y española (entre otras) y las versiones alemana, checa y maltesa de la Directiva. Mientras que la primera establece que los «*propios medios*» de las entidades de radiodifusión incluyen los de los terceros que actúan «*en nombre y bajo la responsabilidad*» del organismo de radiodifusión, la segunda versión dispone que los «*propios medios*» incluyen los de terceros que actúen «*en nombre o bajo la responsabilidad*» de

dicho organismo. El Tribunal resuelve que debe entenderse que esos dos requisitos son equivalentes y, por consiguiente, tienen carácter alternativo.

Finalmente, el Tribunal afirma que para determinar si una grabación realizada por un organismo de radiodifusión para sus propias emisiones con los medios de un tercero está comprendida en la excepción, es fundamental que frente a los terceros el organismo de radiodifusión esté obligado a reparar todo efecto perjudicial de las acciones y omisiones del tercero relacionadas con la grabación en cuestión como si el propio organismo de radiodifusión hubiera llevado a cabo tales acciones y omisiones.

El adquirente de una licencia de un programa de ordenador tiene derecho, en principio, a observar, verificar o estudiar su funcionamiento para determinar las ideas y principios implícitos en él

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 2 de mayo en el asunto SAS Institute Inc y World Programming Ltd (as. C-406/10)

Una empresa desarrolladora de *software* analítico (SAS) presentó una demanda ante un tribunal de Reino Unido para que se declarara que otra empresa (WPL) había copiado los manuales y los componentes de uno de sus sistemas, infringiendo sus derechos de autor y las estipulaciones de la licencia de la versión de aprendizaje. En este contexto, el tribunal remitente pregunta al Tribunal de Justicia sobre la interpretación de los artículos 1, apartado 2, y 5, apartado 3, de la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, y del artículo 2, letra a), 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 primer lugar, el Tribunal de Justicia afirma que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 91/250/CEE debe interpretarse en el sentido de que ni la funcionalidad de un programa de ordenador ni el lenguaje de programación o el formato de los archivos de datos utilizados en un programa de ordenador para explotar algunas de sus funciones constituyen una forma de expresión de ese programa y, por ello, carecen de la protección del derecho de autor sobre los programas de ordenador en el sentido de esa Directiva. WPL no tuvo acceso al código fuente del programa de SAS ni efectuó descompilación alguna del código objeto de ese programa, y se limitó a reproducir la funcionalidad del programa de SAS gracias a la observación, al estudio y a la verificación del comportamiento de este.

En segundo lugar, el Tribunal declara que el artículo 5, apartado 3, de la Directiva 91/250/CEE debe interpretarse en el sentido de que quien haya obtenido una copia con licencia de un programa de ordenador puede, sin la autorización del titular de los derechos de autor, observar, estudiar y verificar el funcionamiento de ese programa con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquiera de sus elementos, cuando realice operaciones cubiertas por esa licencia, así como los actos de carga y desarrollo necesarios para la utilización del programa, siempre y cuando no infrinja los derechos exclusivos del titular de los derechos de autor sobre ese programa.

Finalmente, el Tribunal de Justicia declara que el artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29/CE debe interpretarse en el sentido de que la reproducción, en un programa de ordenador o en un manual de utilización de ese programa, de algunos elementos descritos en el manual de utilización de otro programa de ordenador protegido por los derechos de autor puede constituir una infracción de los derechos de autor sobre ese último manual si tal reproducción constituye la expresión de la creación intelectual propia del autor del manual, circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

La comercialización de software mediante descarga de Internet puede agotar el derecho de distribución en la Unión Europea

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 3 de julio de 2012 en el asunto UsedSoft GmbH contra Oracle International Corp (as. C-128/11)

El Tribunal dicta su resolución en el marco de un litigio que enfrenta a una compañía que desarrolla y distribuye programas de ordenador y a otra compañía que comercializa licencias de segunda mano de los programas de ordenador de la primera, lo cual motivó que la compañía desarrolladora presentara una demanda frente a la segunda solicitando que se ordenara el cese de las prácticas mencionadas.

En respuesta a las cuestiones planteadas, el Tribunal aclara que la descarga a través de Internet de una copia de un programa de ordenador agota el derecho de distribución en la Unión Europea si el titular de los derechos de autor que la ha autorizado ha conferido igualmente, a cambio del pago de un precio que le permita obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de la obra, un derecho de uso de tal copia, sin límite de duración.

Por otro lado, el Tribunal aclara que en caso de reventa de una licencia de uso que comporte la reventa de una copia de un programa de ordenador descargada de la página web del titular de los derechos de autor —licencia que habría sido conferida inicialmente al primer adquirente en los términos señalados en el párrafo anterior—, el segundo y posteriores adquirentes de tal licencia podrán ser considerados adquirentes legítimos y gozar del derecho de reproducción concedido por la normativa de la Unión a esta clase de adquirentes.

La acusación por separado de dos o más sociedades de distintos Estados miembros de incurrir en una violación de la misma parte nacional de una patente europea, tal como se halla en vigor en otro Estado miembro, respecto al mismo producto, puede dar lugar a resoluciones inconciliables si se cumplen determinadas circunstancias

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), de 12 de julio de 2012, en el asunto Solvay SA contra Honeywell Fluorine Products Europe BV, Honeywell Belgium NV y Honeywell Europe NV (as. C-616/10)

Mediante esta sentencia, el Tribunal de Justicia resuelve dos cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal de los Países Bajos. En particular, el órgano nacional solicitó al Tribunal de Justicia que se pronunciara sobre si (i) en una situación en la que dos o más sociedades de distintos Estados miembros son acusadas por separado de incurrir en una violación de la misma parte nacional de una patente europea, tal como se halla en vigor en otro Estado miembro, respecto al mismo producto podría dar lugar a resoluciones inconciliables en relación con el artículo 6, apartado 1, del Reglamento (CE) 44/2001, y (ii) si la competencia exclusiva del artículo 22, apartado 4, del Reglamento (CE) 44/2001 es aplicable en un procedimiento dirigido a obtener una medida provisional basada en una patente extranjera (artículo 31 del citado Reglamento), cuando la parte demandada aduce la nulidad de la patente invocada.

Respecto a la primera cuestión, el Tribunal considera que, para apreciar el riesgo de que las resoluciones sean inconciliables, no basta con que exista una mera divergencia en la solución del litigio, sino que hace falta también que tal divergencia se produzca en el marco de una misma situación de hecho y de Derecho. Tal requisito se cumplirá cuando se dé la doble circunstancia de que las demandadas en el litigio principal son acusadas, por separado, de las mismas violaciones respecto a los mismos productos y, por otro lado, de que tales violaciones se cometieron en los mismos Estados miembros, de manera que lesionan las mismas partes de la patente europea controvertida. Por tanto, concluye el Tribunal que es posible que circunstancias como las descritas lleven a resoluciones inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente, correspondiendo al Tribunal nacional apreciar si existe este tipo de riesgo.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, relativa a si el artículo 22, apartado 4, se opone a la aplicación del artículo 31 del Reglamento (CE) 44/2001 en las circunstancias señaladas, el Tribunal señala que estos preceptos pretenden regular situaciones distintas, y cada uno de ellos cuenta con un ámbito de aplicación diferente. El artículo 22, apartado 4, tiene por objeto atribuir la competencia para pronunciarse sobre el fondo en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos, y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, mientras que el artículo 31 (que regula la competencia para conocer la solicitud de medidas cautelares o provisionales) se aplica con independencia de cualquier competencia en cuanto al fondo. En un contexto en el que el litigio principal versa sobre una acción de violación, en el marco del que se plantea incidentalmente la nulidad de una patente europea como excepción a la adopción de una medida provisional, el juez que conoce incidentalmente no adoptará una resolución definitiva sobre la validez de la patente, sino que se limitará a valorar en qué sentido se pronunciaría el tribunal competente al respecto. Por tanto, el Tribunal concluye que no hay riesgo de contradicciones en este tipo de supuestos, de manera que el artículo 22, apartado 4, del Reglamento (CE) 44/2001 no se opone a la aplicación del artículo 31 de ese Reglamento.

Para apreciar el riesgo de confusión entre marcas, la comparación de los signos debe basarse en la impresión de conjunto que producen en el consumidor medio de los productos o servicios a los que se destinan

Sentencia del Tribunal General (Sala Primera), de 13 de julio de 2012, en el asunto Caixa Geral de Depósitos, SA contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI) (as. T-255/09)

La sentencia trae causa del recurso de anulación que la Sociedad Portuguesa Caixa Geral de Depósito, S.L. interpone contra la resolución de la Sala de Recurso de la OAMI en la que se establecía que no existía riesgo de confusión entre la marca portuguesa anterior «CAIXA» y la marca compuesta (formada por la expresión «la Caixa» y un elemento figurativo) solicitada por Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona.

El motivo invocado es la infracción del artículo 8.1.b) del Reglamento n.º 40/94 (actual art. 8.1.b) del Reglamento 207/2009). Pues bien, el Tribunal General considera que, para apreciar riesgo de confusión entre la marca anterior y la marca solicitada, la comparación de los signos debe basarse en la impresión de conjunto que producen en el consumidor medio de los productos o servicios a los que se destinan. Por tanto, pese a que deban analizarse las diferencias o similitudes de los aspectos visual, conceptual y fonético de los signos, estos no siempre tendrán el mismo peso. En la medida en que el elemento denominativo «la Caixa» tiene escaso carácter distintivo y que los productos o servicios financieros se comercializan a través de rótulos, documentos y folletos, el aspecto visual de la marca solicitada, que incluye la percepción de sus aspectos gráficos, se convierte en el elemento predominante.

Finalmente, al comparar la marca solicitada en su conjunto (prestando especial atención al elemento figurativo) con la marca denominativa anterior «CAIXA», el Tribunal General considera que el consumidor medio de productos o servicios financieros es un consumidor especialmente informado, atento y perspicaz. Y ello porque elige esos productos y servicios tras realizar un estudio del mercado y de las alternativas que en él se le ofrecen. Así, el consumidor reconocerá con mayor facilidad las diferencias existentes entre los signos confrontados.

En consecuencia, la sentencia concluye que no existe riesgo de confusión entre los signos en conflicto.

[España]

La protección del derecho de autor y la aplicación de sus límites no autoriza pretensiones abusivas

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de abril de 2012

El presente recurso de casación por interés casacional resuelve un procedimiento iniciado por medio de la demanda interpuesta por un autor de una página web de apuestas frente a Google Spain, S.L., como consecuencia de la reproducción parcial de fragmentos del texto del sitio web ofrecido y de la provisión de un enlace de acceso a la copia *caché* del mismo sitio web por el motor de búsquedas de Google.

La demandante solicitaba el cese del funcionamiento del motor de búsquedas, el pago de la cantidad de 2.000 euros en concepto de indemnización por daños morales y la íntegra publicación de la sentencia en un diario, pues sostenía que no había autorizado la incorporación de su página ni la utilización de su contenido por parte de Google.

El TS confirma las sentencias de primera instancia y de apelación, que habían desestimado la demanda. El alto tribunal coincide con la demandante en que la puesta a disposición de la copia *caché* requeriría en principio la autorización del autor de la página web. La clave del procedimiento se centra, por tanto, en determinar si la actuación de Google está amparada por alguno de los límites y excepciones de los derechos de autor establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual («TRLPI»). Aunque estos límites y excepciones componen un sistema cerrado, el Tribunal considera que el artículo 40 *bis* del TRLPI tiene un valor interpretativo positivo en cuanto enuncia los principios que justifican la propia excepcionalidad de los límites. Esto permite que la denominada prueba de los tres pasos contenida en el artículo 40 *bis* pueda considerarse como manifestación especial en el TRLPI de la doctrina del *ius usus inoqui*, del principio general del ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe y del principio de la prohibición del abuso del derecho, lo que exige que, en caso de litigio, el tribunal analice la concreta pretensión del autor demandante para comprobar si a sus intereses legítimos

se les está causando un perjuicio o si se atenta contra la explotación normal de su obra. En el presente caso, el Tribunal considera que el demandante no solo no estaba sufriendo ningún perjuicio, sino que lo único que pretende es perjudicar al demandado sin obtener provecho, incluso sufriendo él mismo el perjuicio de una menor difusión de su página web.

Los soportes digitales estaban sujetos al pago del canon por copia privada con anterioridad a la reforma del año 2006

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de junio de 2012

El TS confirma la sentencia que condenaba a una empresa comercializadora de DVD regrabables a abonar a EGEDA una cantidad en concepto de remuneración compensatoria por copia privada por la venta de los soportes citados en el año 2004.

El alto tribunal declara que los soportes digitales, como los DVD, estaban sujetos al pago de la compensación equitativa en el año 2004 a pesar de que por entonces, y hasta la reforma introducida por la Ley 23/2006, el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual no hacía referencia expresa a dichos soportes. De acuerdo con la argumentación del Tribunal, el artículo 25 incluía a todos los soportes idóneos o aptos para permitir la reproducción para uso privado, entre los cuales, obviamente, se encuentran los DVD. La mención de los soportes digitales por la Ley 23/2006 tenía una finalidad meramente aclaratoria.

Por otro lado, el TS valora los efectos que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de octubre de 2010, dictada en el asunto Padawan, puede tener en el procedimiento enjuiciado. Dicha sentencia declaró que la aplicación indiscriminada del canon por copia privada en relación con equipos, aparatos y soportes que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de la realización de copias privadas no resulta conforme con el Derecho de la Unión Europea. En este caso, el TS declara que la recurrente, al centrar el debate en la sujeción o no de los soportes digitales a compensación equitativa impidió conocer quiénes eran los destinatarios de los DVD comercializados por ella, de tal forma que no consta que haya suministrado DVD manifiestamente reservados a usos distintos a copia privada.

Denegada la suspensión cautelar del Real Decreto que regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual

Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de mayo de 2012

Una asociación de internautas interpuso un recurso contencioso administrativo frente al Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, solicitando como medida cautelar la suspensión de la disposición en cuestión o, subsidiariamente, de determinados artículos suyos.

La recurrente argumentaba, en esencia, que de permitirse la instantánea aplicación de las sanciones previstas en el Real Decreto (cierre de páginas web), se estaría dejando en manos de un órgano administrativo una ilimitada capacidad censora proscrita por el artículo 20 de la Constitución Española.

El Tribunal resuelve que tanto la pretensión consistente en la suspensión de la vigencia del Real Decreto *in integrum* como la pretensión consistente en la suspensión de determinados artículos de la norma son improcedentes, ya que las razones esgrimidas por la recurrente son insuficientes para justificar tal decisión. Considera el Tribunal que la asociación recurrente se limita a pretender sin más la suspensión de la norma, sin ofrecer razón alguna que permita realizar una ponderación o valoración circunstanciada de los perjuicios que la entrada en vigor de la norma puede ocasionar.

Por otra parte, recuerda el Tribunal que los perjuicios irreversibles que según la asociación derivarían de la aplicación del Real Decreto no son inherentes a él, sino que serían imputables a los actos de aplicación que de esta norma resultaran, que en todo caso serían susceptibles de recurso y frente a ellos podrían adoptarse las medidas que fueran pertinentes.

Facultad de la demandada de usar como denominación social su propio nombre, aunque entre en colisión con los signos registrados por la demandante

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de marzo de 2012

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Burgos, que, a su vez, revocaba parcialmente la dictada en primera instancia en el sentido de rechazar la condena a la entidad demandada a modificar su denominación social. La demanda rectora del procedimiento denunciaba la existencia de riesgo de confusión entre la marca y el nombre comercial de la demandante, por un lado, y la denominación social de la demandada, por otro. La demandada usaba el signo en cuestión para identificar a la propia

empresa, así como en la publicidad y como rótulo. La Audiencia Provincial consideró aplicable el límite del derecho al nombre, previsto en el artículo 37.a) de la Ley de Marcas.

El TS comienza su razonamiento señalando que, conforme a reiterada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el límite antes referido resulta de aplicación aunque se trate de la denominación social y no del nombre de una persona física. Acto seguido, la cuestión se centra en dilucidar si el uso por la demandada de su denominación social puede considerarse «conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial», tal y como exige el artículo 37.a) de la Ley de Marcas. El alto tribunal hace suyos los argumentos de la Audiencia Provincial y concluye que no existe mala fe o práctica desleal en la demandada, y ello por dos motivos: (i) la demandada no usa su denominación como marca o nombre comercial; y (ii) no existe mala fe porque, a pesar de que la sociedad demandante se constituyera antes que la demandada, cuando esta última lo hizo aquella todavía no había registrado su marca y nombre comercial, de modo que no puede haber mala fe respecto de unos signos entonces inexistentes.

Ilícitud de la prueba obtenida de ordenador de antiguo empleado en procedimiento judicial por comisión de actos de competencia desleal

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, de 23 de marzo de 2012

Esta sentencia trae causa del procedimiento iniciado por dos corredurías de reaseguros frente a su antiguo gerente y la sociedad que este había constituido poco después de abandonar su antiguo empleo, denunciando la comisión de actos contrarios a la buena fe concurrencial, así como por violación de secretos empresariales y por explotación de la reputación ajena.

Separándose del criterio seguido por el tribunal de instancia, la Audiencia Provincial de Madrid declara que la prueba obtenida mediante la recuperación de archivos del disco duro del ordenador del antiguo empleado tres meses después de que abandonara la empresa supone una vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del demandado. La Audiencia justifica el carácter ilícito de la prueba no solo en la falta de advertencia previa a los empleados sobre el posible control, sino también en que en ningún caso el acceso realizado podría basarse en las facultades de dirección y control del empresario cuando hacía tres meses desde que el demandado había dejado la empresa.

No obstante, la Audiencia Provincial estima parcialmente la demanda al considerar acreditado que, a partir del fondo de comercio y de la plantilla de trabajadores de las demandantes, el demandado aseguró la estructura operativa de la nueva sociedad que estaba planificando. Por otro lado, confirma la desestimación de las demás acciones ejercitadas recordando 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.

3 · RESOLUCIONES DE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS

[España]

Multa a la SGAE por abuso de posición de dominio en relación con la autorización de la comunicación pública de obras musicales en bodas, bautizos y comuniones

Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de 3 de julio de 2012

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia («CNC») ha impuesto a la SGAE una sanción de 1.766.744 euros, por infracción del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La multa se produjo como consecuencia de la denuncia presentada por dos restaurantes y un complejo hostelero contra la SGAE por posibles prácticas anticompetitivas consistentes en la imposición, por parte de dicha entidad, de unas condiciones comerciales no equitativas en relación con la autorización de la comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal.

El Consejo de la CNC considera que el comportamiento de la SGAE es constitutivo de abuso de posición de dominio por dos conductas concretas: (i) su forma de negociación y contratación con los distintos usuarios, no transparente y discriminatoria, aplicando condiciones distintas para

prestaciones equivalentes, lo que coloca a unos usuarios en condición desventajosa frente a otros; y (ii) por la introducción, a partir del año 2009, de una tarifa sustitutoria, que supone la imposición de unas condiciones inequitativas y discriminatorias a quienes no cumplan con ciertas condiciones de notificación anticipada.

En el primer caso, por lo que se refiere a la aplicación de la tarifa general entre los distintos actores del mercado de bailes/bodas, competidores entre sí, el Consejo considera que la SGAE, amparada por su posición de dominio y utilizando en las negociaciones a que le obliga la legislación vigente una política de opacidad, ha aplicado condiciones desiguales para prestaciones equivalentes a los distintos competidores. El Consejo matiza que las normas de competencia no se oponen a que los operadores dominantes apliquen a sus clientes o proveedores un trato diferenciado cuando hay una justificación objetiva que motive la diferencia, pero deben aplicarse con criterios objetivos y deben de ser transparentes y conocidos por todas las partes de antemano.

En cuanto a la segunda conducta, a partir del año 2009, la SGAE mantuvo su política de imponer en todos los contratos con usuarios la obligación de notificar con carácter anticipado el número y aforo de los eventos a realizar en el mes siguiente, e implantó una nueva tarifa denominada sustitutoria, mucho más elevada, para aquellos que no hagan la notificación anticipada. Argumenta el Consejo que dicha tarifa sustitutoria supone una elevación del montante a pagar de un 15 % como mínimo, ya que dicho incremento se aplica sobre un aforo sobrevalorado, calculado sobre una previsión de asistentes e invitados con base en la mayor capacidad del establecimiento y no sobre los asistentes reales. Por ello, el Consejo considera que se trata de una imposición de condiciones a sus clientes inequitativa y ausente de justificación en relación con la gestión de sus derechos. Según el Consejo, la obligación de comunicación anticipada de los eventos previstos no es una condición ni imprescindible ni necesaria para el ejercicio por parte de la SGAE de sus derechos de cobro de la remuneración debida. El Consejo acepta que la notificación previa facilita la gestión de la SGAE y le permite controlar a un coste mucho menor el uso de su repertorio por un conjunto de usuarios tan amplio, pero ello no justifica que la notificación deba configurarse como un elemento inherente al objeto del contrato.

En la determinación del importe de la multa, el Consejo tuvo además en cuenta la reincidencia de la SGAE, que ya fue sancionada en 2002, por el Tribunal de Defensa de la Competencia por un abuso de posición dominante.

SALUD Y ALIMENTACIÓN*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Exportación e importación de productos químicos peligrosos

Reglamento 649/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la exportación e importación de productos químicos peligrosos (DOUE L 201, de 27 de julio de 2012)

Este Reglamento mantiene, básicamente, el régimen introducido por el Reglamento 689/2008 relativo a la exportación e importación de productos químicos peligrosos, que ha sido modificado en varias ocasiones en los últimos años, y cuyo texto se refunde y sustituye. Adicionalmente, se introducen determinadas modificaciones técnicas para aumentar la claridad y mejorar el funcionamiento de dicho Reglamento a la vista de la experiencia adquirida en su aplicación.

* Esta sección de Actualidad Salud y Alimentación ha sido redactada por Beatriz Cocina, Susana Guerrero y Antonio Javier Montoro, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

Las principales modificaciones consisten en (i) aclarar ciertas definiciones; (ii) regular el procedimiento de autorización de la exportación cuando no haya respuesta del país importador; (iii) aclarar las disposiciones que se refieren a la representación exterior de la Unión Europea; y (iv) especificar qué normas están sujetas a actos de ejecución y qué condiciones son aplicables a la adopción de actos delegados.

Modificación de las autorizaciones de medicamentos para uso humano y medicamentos veterinarios

Reglamento (UE) 712/2012 de la Comisión de 3 de agosto de 2012 que modifica el Reglamento (CE) 1234/2008 relativo al examen de las modificaciones de los términos de las autorizaciones de comercialización de medicamentos para uso humano y medicamentos veterinarios (DOUE L 209, de 4 de agosto de 2012)

Este Reglamento modifica el régimen de las modificaciones de las autorizaciones de medicamentos de uso humano y de medicamentos veterinarios previsto en el Reglamento 1234/2008. Las principales modificaciones se refieren a (i) la agilización del procedimiento para la modificación de las vacunas contra la gripe humana; (ii) la aplicación de los principios básicos del Reglamento 1234/2008 a las autorizaciones puramente nacionales; (iii) determinados ajustes y actualizaciones a la vista de los recientes cambios legislativos en materia de farmacovigilancia; y (iv) algunas cuestiones operativas.

[España]

Medicamentos de aportación reducida

Resolución de 31 de mayo de 2012, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se actualiza la cuantía máxima correspondiente a los medicamentos pertenecientes a los grupos ATC de aportación reducida (BOE de 9 de junio de 2012)

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, introdujo un nuevo artículo 94. bis en la Ley 29/2006, sobre aportación de los beneficiarios en la prestación farmacéutica ambulatoria. Dentro de este marco normativo, esta Resolución actualiza la aportación máxima aplicable en 2012 para los medicamentos pertenecientes a los grupos ATC de aportación reducida, de acuerdo con el incremento producido en el IPC en el periodo comprendido entre agosto de 1995 y marzo de 2012. Como resultado, la aportación máxima para los medicamentos pertenecientes a los grupos ATC de aportación reducida se incrementa de 2,64 a 4,13 euros.

País Vasco

Decreto 126/2012, de 3 de julio, sobre la producción artesanal alimentaria de Euskadi (BOPV de 31 de julio)

Este Decreto tiene por objeto regular y tutelar la producción artesanal alimentaria de Euskadi, en desarrollo del mandato contenido en el artículo 23 de la Ley 17/2008, de 23 de diciembre, de Política Agraria y Alimentaria.

Con este Decreto se pretende, entre otros fines, (i) promover y proteger las pequeñas producciones y elaboraciones tradicionales artesanas de productos alimentarios que contribuyen a la conservación de la cultura alimentaria del País Vasco y la preservación de su medio ambiente; (ii) revalorizar los recursos locales de las explotaciones agrarias ganaderas, que permitan su pervivencia; (iii) fomentar métodos tradicionales de elaboración, basados en la práctica del buen hacer artesano; (iv) desarrollar una gama de productos diferenciados en cuanto a calidad; y (v) potenciar los circuitos cortos de comercialización, a través de la venta directa y el comercio minorista, que permitan el contacto directo con los consumidores y el intercambio entre los medios rural, litoral y urbano.

Se define la producción artesanal como la actividad de manipulación y transformación de productos agrarios realizada por agricultores y ganaderos a partir de las materias primas principales obtenidas en sus explotaciones, y se regulan los requisitos higiénico-sanitarios que deben cumplir y el distintivo de calidad que la identifique. Se prevé, en particular, una flexibilización de los requisitos higiénico-sanitarios en producciones que, por su pequeño tamaño, puedan tener un adecuado control de los procesos. Asimismo, se regula el sistema de gestión y control de los distintivos y de las medidas organizativas para la gestión del Registro de Productores Artesanales.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Los farmacéuticos necesitan una autorización específica para distribuir medicamentos al por mayor

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 28 de junio de 2012 en el asunto Fabio Caronna (as. C-7/11)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve mediante esta sentencia una cuestión prejudicial planteada por el Tribunale di Palermo (Italia) en relación con la interpretación del artículo 77 de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano (la «Directiva-Código»).

En el litigio en cuyo marco se plantea esta cuestión ha de dirimirse si un farmacéutico italiano, que cuenta con autorización para la venta al por menor (dispensación) de medicamentos, necesita una autorización diferente específica para llevar a cabo la actividad de venta al por mayor (distribución) de estos productos.

El Tribunal de Justicia considera que el artículo 77, apartado 2, de la Directiva-Código, debe interpretarse en el sentido de que la obligación de disponer de una autorización de distribución al por mayor de medicamentos se aplica también a un farmacéutico pese a que, como persona física, esté autorizado, en virtud de la legislación nacional, a ejercer también una actividad de mayorista de medicamentos. Aunque la legislación italiana autoriza a los farmacéuticos y a las sociedades de farmacéuticos, titulares de farmacias, a distribuir al por mayor medicamentos (siempre que cumplan ciertos requisitos), bajo la Directiva-Código la distribución al por mayor de medicamentos debe estar sometida a una autorización específica. De este modo, dicha obligación se impone también a las personas autorizadas o facultadas para dispensar medicamentos al público si pueden asimismo ejercer una actividad al por mayor.

En particular, un farmacéutico que está autorizado, con arreglo a la legislación nacional, a ejercer actividades de mayorista de medicamentos debe cumplir la totalidad de los requisitos impuestos a los solicitantes y a los titulares de la autorización de distribución al por mayor de medicamentos en virtud de los artículos 79 a 82 de la Directiva. En este sentido, el hecho de que se cumplan los requisitos fijados por la normativa nacional para la venta al por menor no permite concluir de forma automática que se cumplen también los requisitos previstos por la normativa comunitaria en relación con la distribución al por mayor.

El Tribunal de Justicia observa, no obstante, que en tanto el Derecho nacional no imponga a los farmacéuticos la obligación de estar en posesión de la autorización específica para la distribución de medicamentos al por mayor, el principio de legalidad de las penas se opondría a que se sancione penalmente dicho comportamiento, aun cuando la norma nacional fuese contraria al Derecho de la Unión.

Productos frontera. Concepto de medicamento para uso humano: interacción con componentes celulares ajenos al cuerpo del usuario

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de septiembre de 2012, en el asunto Chemische Fabrik Kreussler & Co. GmbH y Sunstar Deutschland GmbH (as. C308/11)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht de Frankfurt am Main (Alemania) en relación con la interpretación del artículo 1, punto 2, letra b), de la Directiva-Código.

El artículo 1, punto 2, letra b), de la Directiva-Código dice que se entenderá por medicamento «*toda sustancia o combinación de sustancias que pueda usarse en, o administrarse a seres humanos con el fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico médico*».

El litigio principal versa sobre la calificación o no como medicamento de un colutorio bucal que contienen clorhexidina, un antiséptico, el «PAROEX 0,12 %» comercializado por John O. Butler GmbH («John O. Butler»). Uno de los competidores de John O. Butler, Chemische Fabrik Kreussler & Co. GmbH («Chemische Fabrik Kreussler»), sosteniendo que dicho colutorio bucal

era un medicamento, interpuso un recurso ante los órganos jurisdiccionales alemanes con el objeto de que dirigiera un requerimiento a John O. Butler para que dejase de realizar publicidad del PAROEX 0,12 en los envases, cajas de cartón y folletos y se abstuviese de venderlo hasta que obtuviera una autorización de comercialización como tal medicamento.

El Oberlandesgericht de Frankfurt am Main concluyó que el producto objeto del litigio no ejercería ninguna acción farmacológica y que, por tanto, no podía ser considerado como un medicamento. El órgano jurisdiccional basó su criterio en un documento de orientación para productos «frontera» (aquellos productos para la administración de medicamentos o productos sanitarios que incorporan una sustancia medicinal accesoria o una sustancia auxiliar derivada de la sangre humana) elaborado por la Dirección General de Empresa e Industria de la Comisión Europea (el «Documento de orientación»). Según este órgano jurisdiccional, del documento citado resulta que, para poder reconocer que una sustancia ejerce una acción farmacológica, en el sentido del artículo 1, punto 2, letra b) de la Directiva, es necesario que se produzca una interacción entre las moléculas de la sustancia en cuestión y un componente celular del cuerpo del usuario, lo que no tenía lugar en el caso del colutorio bucal controvertido.

Chemische Fabrik Kreussler interpuso un recurso de casación contra esa resolución ante el Bundesgerichtshof, que anuló la resolución del Oberlandesgericht de Frankfurt am Main. Basándose también en el Documento de orientación, el Bundesgerichtshof consideró que no era necesario acreditar la existencia de una interacción entre las moléculas de la sustancia de que se trata y un componente celular del cuerpo humano para determinar que un producto ejerce una acción farmacológica: basta con que se demuestre que las moléculas de la sustancia en cuestión interactúan de alguna manera con un componente celular.

El Oberlandesgericht de Frankfurt am Main decidió suspender el procedimiento y consultar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si el concepto de «acción farmacológica» presupone una interacción entre las moléculas de la sustancia de que se trate y un componente celular del usuario, o basta con que se produzca una interacción de la sustancia de que se trate con un componente celular que no forme parte del cuerpo humano.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea recuerda que, de acuerdo con el artículo 1, punto 2, letra b), de la Directiva-Código, resulta que la sustancia de que se trata debe ser capaz de restablecer, corregir o modificar las funciones fisiológicas a través de una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, y dicha idoneidad debe haber sido probada científicamente. En este contexto, una sustancia cuyas moléculas no interactúan con un componente celular humano podrá, sin embargo, restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas en el hombre a través de su interacción con otros componentes celulares presentes en el organismo del usuario, como bacterias, virus o parásitos. No puede excluirse, por tanto, que una sustancia cuyas moléculas no interactúan con un componente celular humano pueda constituir un medicamento en el sentido del artículo 1, punto 2, letra b), de la Directiva-Código.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye, por tanto, que el artículo 1, punto 2, letra b), de la Directiva-Código debe interpretarse en el sentido de que para poder considerar que una sustancia ejerce una acción farmacológica en el sentido de esta disposición no es necesario que se produzca una interacción entre las moléculas que la componen y un componente celular del cuerpo del usuario, ya que es suficiente una interacción entre dicha sustancia y un componente celular cualquiera presente en el cuerpo del usuario.

[España]

Competencia exclusiva del Estado en materia de legislación de productos farmacéuticos

Sentencia del Juzgado número 1 de Mérida, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en el recurso n.º 86/2011

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Mérida examina la conformidad a Derecho de una decisión adoptada por el Servicio Extremeño de Salud («SES»), consistente en la supresión del sistema de prescripción electrónica del SES de determinados medicamentos de marca. Como consecuencia de esa decisión se reduce el catálogo de medicamentos susceptibles de prescripción electrónica, ya que se dejan fuera a ciertas presentaciones de marca. De este modo,

el profesional sanitario del SES solo puede prescribir electrónicamente los medicamentos por su principio activo y no por su denominación comercial.

La cuestión principal que se analiza en esta sentencia es si la Comunidad Autónoma de Extremadura tenía potestad para decidir una modificación del catálogo de medicamentos de receta electrónica. En este sentido, el Juzgado entiende que la medida carecía de amparo en las competencias de gestión sanitaria de la Comunidad Autónoma de Extremadura y, si bien se adoptó «con el loable propósito de reducir el gasto farmacéutico», la Comunidad Autónoma no gozaba de potestad legal para adoptarla, al invadir la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación sobre productos farmacéuticos.

MARÍTIMO, TRANSPORTE Y LOGÍSTICA*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Marítimo. Construcción naval

Marco aplicable a las ayudas estatales a la construcción naval (DOUE C 364, de 14 diciembre de 2011)

La Comisión ha aprobado un nuevo marco de ayudas estatales a la construcción naval que sustituye al régimen anterior y que estará vigente hasta el 31 de diciembre de 2013. La finalidad de la Comisión es eliminar, en la mayor medida posible, las diferencias entre las normas aplicables a la industria de la construcción naval y las aplicables a otros sectores industriales mediante la extensión de las normas horizontales generales al sector de la construcción naval.

No obstante, la Comisión reconoce determinadas características de la construcción naval que la diferencian de otros sectores (entre otros, el tamaño, valor y la complejidad de las unidades producidas) que justifican la aplicación de disposiciones específicas con respecto a las ayudas a la innovación en la construcción naval, siempre y cuando se acredite que inducen a un cambio de comportamiento en el beneficiario que se traduce en un incremento de sus actividades de innovación que le permiten llevar a cabo proyectos o actividades de innovación que de otro modo no se realizarían o tendrían un alcance más limitado.

Marítimo. Seguridad marítima

Reglamento 530/2012, de 13 de junio, relativo a la introducción acelerada de normas en materia de doble casco o de diseño equivalente para petroleros de casco único (DOUE L 172, de 13 de junio de 2012)

El objeto del presente Reglamento es (i) establecer un programa de introducción acelerada de las normas en materia de doble casco establecidas en el Convenio MARPOL 73/78 y (ii) prohibir el transporte, con origen o destino en los puertos de los Estados miembros, de petróleo pesados en petroleros de casco único. Las disposiciones de este Reglamento se aplicarán a los petroleros de peso muerto igual o superior a 5000 toneladas que enarbolan el pabellón de un Estado miembro o que, independientemente del pabellón del buque, accedan a un puerto de un Estado miembro o salgan de él.

Con carácter general, el artículo 4 del Reglamento no autoriza a los petroleros que no tengan doble casco a navegar con el pabellón de un Estado miembro ni a acceder a un puerto de un Estado miembro con independencia de su pabellón, con las excepciones concretas establecidas

* Esta sección está coordinada por Tomás Fernández-Quirós y Julio López Quiroga, y en su elaboración han participado Alfredo Cabellos, Luz Martínez de Azcoitia, Candela Zarauza, Hannah de Bustos y M^o João Rodrigues Dias, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

en el Reglamento. Así, ningún petrolero que transporte petróleo pesados estará autorizado a enarbolar el pabellón de un Estado miembro, salvo si se trata de un petrolero de doble casco. De la misma forma, no estará autorizado a acceder a puertos o terminales no costeros sometidos a jurisdicción de un Estado miembro o zarpar de ellos, ni anclar en zonas sometidas a la jurisdicción de un Estado miembro, salvo si se trata de un petrolero de doble casco.

Aéreo. Seguridad aérea

Reglamento de Ejecución (UE) 646/2012 de la Comisión, de 16 de julio de 2012, por el que se establecen las disposiciones de aplicación relativas a la imposición de multas y multas coercitivas en virtud del Reglamento (CE) 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 187, de 17 de julio de 2012)

En virtud del Reglamento (CE) 216/2008, la Agencia Europea de Seguridad Aérea (AESA) es responsable de la certificación de determinados productos, personas y empresas, controlando que sean conformes con los requisitos normativos y técnicos aplicables. Si se identificaran deficiencias y no fuesen resueltas adecuadamente, el citado Reglamento faculta a la Comisión para imponer multas o multas coercitivas a los titulares de certificados expedidos por AESA, por la infracción dolosa o negligente de cualquiera de las obligaciones de su articulado o de sus disposiciones de aplicación.

En este contexto, el Reglamento que nos ocupa establece normas detalladas de ejecución del Reglamento (CE) 216/2008 respecto de los criterios de fijación del importe de las multas o las multas coercitivas, procedimientos de investigación, medidas conexas y mecanismos de información, así como normas sobre la toma de decisiones, derechos de defensa, acceso a la documentación, representación jurídica, confidencialidad, plazos, prescripción y cobro.

Aéreo. Certificaciones

Reglamento (UE) 748/2012 de la Comisión, de 3 de agosto de 2012, por el que se establecen las disposiciones de aplicación sobre la certificación de aeronavegabilidad y medioambiental de las aeronaves y los productos, componentes y equipos relacionados con ellas, así como sobre la certificación de las organizaciones de diseño y de producción (DOUE L 224, de 21 de agosto de 2012)

El presente Reglamento deroga y sustituye el Reglamento (CE) 1702/2003 de la Comisión, de 24 septiembre de 2003. A lo largo de sus anexos, establece los requisitos técnicos y los procedimientos administrativos comunes para la certificación de la aeronavegabilidad y medioambiental de productos, componentes y equipos, y comprende, entre otros, la expedición y modificación de certificados de tipo; la expedición de certificados de aeronavegabilidad, autorizaciones de vuelo y certificados de aptitud para el servicio; la expedición de aprobaciones del diseño de reparaciones; la expedición de certificados de niveles de ruido; la identificación de productos, componentes y equipos; la certificación de determinados componentes y equipos; la certificación de las organizaciones de diseño y producción, y la expedición de directivas de aeronavegabilidad.

[España]

Marítimo. Registro de buques pesqueros

Real Decreto 1081/2012, de 13 de julio, por el que se establece el procedimiento de regularización de buques pesqueros y su actualización en el censo de la flota pesquera operativa y en el registro de buques y empresas navieras (BOE de 14 de julio de 2012)

El objeto de este Real Decreto es el establecimiento de un procedimiento administrativo común para la tramitación y resolución de las solicitudes de regularización de las inscripciones de buques pesqueros en el Registro de Buques y Empresas Navieras, dependiente del Ministerio de Fomento, así como en el Censo de la Flota Pesquera Operativa, dependiente del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, de conformidad con la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado.

Podrán acogerse a dicho procedimiento de regularización los armadores o propietarios de embarcaciones que hubieran presentado en plazo la solicitud de regularización en el marco de la Ley 9/2007, de 22 de junio, pero no fueron admitidas a trámite o fueron desestimadas en virtud del artículo 3 de la citada Ley o por encontrarse fuera de plazo.

Las embarcaciones de aquellos armadores que no soliciten la regularización objeto de este Real Decreto en el plazo previsto serán dadas de baja provisional en el Censo de la Flota Pesquera Operativa, no pudiendo ser despachadas para la actividad pesquera.

**Marítimo.
Contaminación
marítima**

Decreto 155/2012, de 5 de julio, por el que se regula la estructura y organización del Plan territorial de contingencias por contaminación marina accidental de la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG de 28 de julio de 2012)

El presente Decreto establece el nuevo marco general de actuación de ámbito autonómico ante un suceso de contaminación marina accidental en el litoral gallego. En la norma se regula la estructura y organización del nuevo Plan Galicia (denominado Plan Camgal) que sustituirá, una vez aprobado, al actual plan territorial de lucha contra la contaminación marina.

La revisión del marco general actual responde a la necesidad de adaptar el vigente plan al nuevo escenario normativo derivado de la entrada en vigor del Protocolo sobre sustancias nocivas y potencialmente peligrosas (OPRC-HNS 2000) al Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos de 1990 (OPRC 90).

**Transporte por
carretera. País Vasco**

Decreto 51/2012, de 3 de abril, del Departamento de Vivienda, Obras Públicas y Transportes, por el que se aprueba el Reglamento de Transportes de Viajeros por Carretera (BOPV de 23 de abril de 2012)

El presente Decreto aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 4/2004, de 18 de marzo, de Transportes de Viajeros por Carretera. Tanto la citada Ley como su Reglamento de desarrollo tienen por objeto la regulación del transporte urbano e interurbano de viajeros por carretera que transcurra íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco y que se efectúe en vehículos especialmente acondicionados para el transporte de viajeros con una capacidad superior a las nueve plazas.

El Reglamento tiene un desarrollo normativo armónico con la regulación estatal y con las normas de la Unión Europea en esta materia —el Reglamento (CE) 1071/2009, de 21 de octubre de 2009, así como el Reglamento (CE) 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007—. Así, el Reglamento regula la potestad planificadora sobre el sector del transporte de viajeros, el régimen jurídico de los servicios de transporte de interés público, la coordinación con otras modalidades de transportes y su régimen tarifario. Además, prevé el transporte urbano de viajeros como un servicio público municipal.

**Transporte por
carretera. Canarias**

Decreto 72/2012, de 2 de agosto, de la Consejería Obras Públicas, Transportes y Política Territorial, por la que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 13/2007, de 15 de mayo, de Ordenación del Transporte por Carretera de Canarias (BOC de 10 de agosto de 2012)

El presente Decreto aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 13/2007, de 15 de mayo, de Ordenación del Transporte por Carretera de Canarias. El objeto de la citada Ley y del Reglamento que la desarrolla es regular el transporte por carretera, así como sus actividades complementarias, en sus modalidades pública y privada, que se realicen en el ámbito territorial de las islas, con el propósito de cumplir una función vertebradora del territorio, de la economía y de la sociedad canaria.

Como cuestiones que deben ser destacadas, el Reglamento regula el transporte público regular de viajeros, el transporte a la demanda, el transporte turístico público y privado y el transporte de auxilio-rescate. Además, prevé una regulación conjunta del arrendamiento de vehículos. Queda excluido el servicio del taxi, que se regula por su normativa específica.

**Transporte por
carretera. Contratos**

Orden FOM/1882/2012, de 1 de agosto, por la que se aprueban las condiciones generales de contratación de los transportes de mercancías por carretera (BOE de 5 de septiembre de 2012)

La presente Orden incorpora las condiciones generales para el transporte de mercancías por carretera, dando así retrasado cumplimiento a lo dispuesto en la disposición final tercera de la Ley

15/2009 del contrato de transporte terrestre de mercancías (y, asimismo, conforme a lo establecido en el artículo 13 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres). A la entrada en vigor de esta norma, quedará derogada la vetusta Orden de 25 de abril de 1997.

Las condiciones resultarán de aplicación a aquellos contratos que carezcan de pacto expreso sobre las materias reguladas y, en todo caso, con carácter supletorio al contrato de transporte singular. Además, resultan de aplicación a aquellos contratos celebrados tras la entrada en vigor de la Orden y, asimismo, a aquellas operaciones de transporte amparadas en contratos de fecha anterior cuando la carga fuese entregada al porteador a partir de los tres meses desde la citada entrada en vigor.

Las condiciones se estructuran en once capítulos. Algunos de ellos se destinan a establecer normas especiales para los contratos de transporte continuado, de transporte sucesivo, de paquetería y de mercancías peligrosas.

Ferrocarril. Liberalización

Real Decreto-ley 22/2012, de 20 de julio, por el que se adoptan medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios (BOE de 21 de julio de 2012)

La presente disposición legal, convalidada mediante la Resolución de 24 de julio de 2012, establece determinadas medidas en materia ferroviaria y que, en términos generales, pueden resumirse en las dos siguientes: (a) la liberalización del mercado de prestación del servicio de transporte ferroviario nacional de viajeros y (b) el establecimiento de una nueva estructura por parte de RENFE-Operadora con la finalidad, entre otras, de prepararse para participar en este nuevo mercado abierto a la competencia.

Se dispone la reestructuración de RENFE-Operadora mediante la integración de todas sus actividades en cuatro sociedades mercantiles estatales, cuyo capital pertenecerá íntegramente a RENFE-Operadora. Así, cada una de estas sociedades mercantiles estatales asumirá las funciones que en la actualidad RENFE-Operadora realiza (bien directamente, bien a través de otras sociedades en las que participa) en los distintos ámbitos en los que se desarrolla la actividad de RENFE-Operadora. La disposición legal comentada también establece la supresión y extinción, con efectos desde el 31 de diciembre de 2012, de la entidad pública empresarial Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha (FEVE).

Por otro lado, el artículo 3 del Real Decreto-ley 22/2012, mediante la modificación del párrafo primero de la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2003 del Sector Ferroviario, declara la apertura al mercado de los servicios de transporte de viajeros que discurran por la Red Ferroviaria de Interés General desde el 1 de agosto de 2013. A partir de esta fecha, los titulares de una licencia de empresa ferroviaria que cuenten con el correspondiente certificado de seguridad ferroviaria, podrán solicitar la capacidad de infraestructura necesaria para prestar servicios de transporte interior de viajeros por ferrocarril a través de la Red Ferroviaria de Interés General.

Aéreo. Navegación aérea

Circular aeronáutica 1/2012, de 23 de mayo, de la Dirección General de Aviación Civil, por la que se modifica el anexo III del Real Decreto 931/2010, de 23 de julio, por el que se regula el procedimiento de certificación de proveedores civiles de servicios de navegación aérea y su control normativo (BOE de 13 de junio de 2012)

Por medio de la presente Circular, emitida al amparo del artículo 8 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, se sustituye el anexo III del Real Decreto 931/2010 que establece la clasificación de los servicios de navegación aérea. Esta modificación obedece a la necesidad de adaptar la normativa aeronáutica a la evolución técnica de los servicios de navegación aérea y, en particular, al servicio de Comunicaciones (C).

Aéreo. Transporte aéreo

Resolución de 22 de junio de 2012, de la Secretaría General de Transportes, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de junio de 2012, por el que se declaran obligaciones de servicio público en la ruta aérea Menorca-Madrid (BOE de 23 de julio de 2012)

Mediante la presente Resolución, y de conformidad con lo establecido en el Reglamento (CE) 1008/2008, la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden

Social, y el artículo 95 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, se declaran obligaciones de servicio público en los servicios aéreos regulares directos prestados en la ruta Menorca-Madrid durante el periodo de baja demanda, que incluye los meses comprendidos entre el 1 de octubre y el 31 de mayo (8 meses), y se establecen también las condiciones específicas (frecuencias, tarifas, continuidad y comercialización) de tales obligaciones de servicio público.

El contrato administrativo de servicio que se suscriba con la compañía aérea que vaya a prestar tales servicios se regirá por el Reglamento (CE) 1008/2008 y por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y demás disposiciones aplicables.

Aéreo. Seguridad aérea

Resolución de 16 de julio de 2012, de la Secretaría General de Transportes, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 6 de julio de 2012, por el que se modifica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de mayo de 2006, por el que se aprueba el Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil (BOE de 13 de agosto de 2012)

La derogación del Reglamento (CE) 2320/2002 por el Reglamento (CE) 300/2008 y la publicación del Reglamento (UE) 185/2010 aconsejan la modificación del Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil que había sido aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de mayo de 2006. En tal sentido, al amparo de la disposición ahora comentada, se da publicidad a aquellas partes del Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil que afectan directamente a los pasajeros y que no tienen el carácter de información clasificada de la UE. La parte no pública constituye información de difusión restringida y no es objeto de publicación. No obstante, dicha parte no pública se facilitará, conforme al principio «necesidad de conocer», a los operadores y entidades que tuviesen un interés legítimo.

La parte pública del Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil establece diversas medidas en materia de seguridad en los aeropuertos, seguridad de las aeronaves, pasajeros y equipajes de manos, equipaje de bodega, carga y correo, material de las compañías aéreas, suministros, etc.

Las citadas medidas serán aplicables en todos los aeropuertos y helipuertos nacionales con vuelos comerciales e instalaciones de navegación aérea (incluidas o no incluidas en el recinto aeroportuario), a los operadores y compañías aéreas que presten servicios en tales aeropuertos, y a las entidades que aplican normas de seguridad aérea y que lleven a cabo sus actividades en locales situados dentro o fuera de las instalaciones del aeropuerto y suministren bienes y servicios en aquellos aeropuertos. No se aplica, por el contrario, a las bases aéreas y los aeródromos militares ni a las aeronaves de Estado.

Puertos y aeropuertos. Tasas

Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 (BOE de 30 de junio de 2012)

Conforme a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 2/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, el artículo 78 de la Ley 2/2012 establece los coeficientes correctores aplicables a las tasas portuarias del buque (T-1), el pasaje (T-2) y la mercancía (T-3). Por su parte, y por lo que se refiere a las bonificaciones a las tasas de ocupación, del buque (T-1), del pasaje (T-2) y de la mercancía (T-3), el artículo 79 de la Ley 2/2012 remite al anexo IX de esta misma norma, que recoge las que resultan aplicables por cada autoridad portuaria. La Ley ahora comentada modifica también los artículos 157, 159.3.b) y 197.1.e) del Real Decreto Legislativo 2/2011, relativos al régimen económico del sistema portuario estatal.

Por lo que se refiere a las infraestructuras aeroportuarias, la disposición final vigésima primera de la Ley 2/2012 modifica determinados preceptos de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, reguladores de las prestaciones patrimoniales de carácter público. Así, en particular, se modifican los importes de las prestaciones públicas por aterrizaje y servicios de tránsito de aeródromo (artículos 75 y 76 de la Ley 21/2003), por salida de pasajeros, PMRs y seguridad (artículo 78 de la Ley 21/2003), por carga (artículo 80 de la Ley 21/2003), por servicios de estacionamiento (artículo 83 de la Ley 21/2003), por suministro de combustible y lubricantes

(artículo 85 de la Ley 21/2003), por uso de pasarelas (artículo 87 de la Ley 21/2003) y por servicios de asistencia en tierra (artículo 89 de la Ley 21/2003). Asimismo, se establecen las bonificaciones aplicables a las prestaciones patrimoniales de carácter público en los aeropuertos de las Islas Baleares y de las Islas Canarias.

[Portugal]

Condutores Independentes em Transporte Rodoviário: Tempo de Trabalho

Decreto-Lei 117/2012 (DR 109 1.ª série de 2012-06-05)

O Decreto-Lei n.º 117/2012, de 5 de junho («DL 117/2012»), transpõe a Diretiva n.º 2002/15/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 2002, relativa à organização do tempo de trabalho das pessoas que exercem atividades móveis de transporte rodoviário, na parte relativa a condutores independentes. Como tal, o DL 117/2012 regula a organização do tempo de trabalho de condutores independentes em atividades de transporte rodoviário, tomando como referência as atividades de transporte rodoviário abrangidas pelo Regulamento (CE) n.º 561/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006, relativo à harmonização de determinadas disposições em matéria social no domínio dos transportes rodoviários, e pelo Acordo Europeu Relativo ao Trabalho das Tripulações dos Veículos Que Efetuam Transportes Internacionais Rodoviários.

Entre as matérias reguladas pelo DL 117/2012, destaca-se assim a duração semanal do tempo de trabalho, os requisitos do intervalo diário de descanso, a duração máxima do trabalho noturno, os registos do tempo de trabalho, o regime de responsabilidade contra-ordenacional, incluindo quanto à graduação e agravação das coimas, bem como a fiscalização do cumprimento das disposições vertidas no DL 117/2012.

O DL 117/2012 entra em vigor a 1 de agosto de 2012.

Transporte Terrestre de Mercadorias Perigosas

Decreto-Lei 206-A/2012 (DR 169 1.ª série de 2012-08-31)

O Decreto-Lei n.º 206-A/2012, de 31 de agosto («DL 206-A/2012») transpõe a Diretiva n.º 2010/61/UE da Comissão, de 2 de setembro, que adapta pela primeira vez ao progresso científico e técnico os anexos da Diretiva n.º 2008/68/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de setembro, relativa ao transporte terrestre de mercadorias perigosas.

Em consonância, o DL 206-A/2012 altera o Decreto-Lei n.º 41-A/2010, de 29 de abril («DL 41-A/2010»), que regula o transporte terrestre, rodoviário e ferroviário, de mercadorias perigosas.

As alterações fazem-se sentir nos anexos I e II do DL 41-A/2010, bem como no artigo 13.º, que é adaptado em conformidade com essas alterações, nomeadamente quanto à autonomização da figura do descarregador, à criação de novas marcas de perigo e ao alargamento da previsão de fichas de segurança para a tripulação dos meios de transporte ao transporte ferroviário.

Por outra banda, o DL 206-A/2012 conforma também o DL 41-A/2010 com o Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho de 2010, que estabelece os princípios e as regras necessárias para simplificar o livre acesso e exercício das atividades de serviços e transpõe a Diretiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro.

Neste sentido, o DL 206-A/2012 altera ou adita no DL 41-A/2010 matérias de formação profissional, certificação e deveres das entidades formadoras, contraordenações aplicáveis, aptidão dos condutores rodoviários de mercadorias perigosas e validade de certificados de formação de pessoal envolvido no transporte terrestre de mercadorias perigosas que comprovem qualificações obtidas noutro Estado membro da União Europeia ou do espaço económico europeu,

O DL 206-A/2012 entrou em vigor a 1 de setembro de 2012.

Mobilidade Elétrica: Alterações de Regime

Decreto-Lei 170/2012 (DR 148 1.ª série de 2012-08-01)

O Decreto-Lei n.º 170/2012, de 1 de agosto de 2012 («DL 170/2012») altera o Decreto-Lei n.º 39/2010, de 26 de abril («DL 39/2010»), que cria o regime jurídico da mobilidade elétrica.

As alterações visam adaptar o DL 39/2010 ao Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho de 2010 («DL 92/2010»), que estabelece os princípios e as regras necessárias para simplificar o livre acesso e exercício das atividades de serviços e transpõe a Diretiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro.

Neste contexto, o DL 170/2010 reforça o papel do balcão único eletrónico dos serviços. Contudo, as disposições do DL 170/2012 que pressupõe a existência de tal balcão único serão aplicadas de forma faseada, em termos a fixar por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da modernização administrativa, da energia e da economia. No entanto, aplicam-se as disposições revogadas e alteradas pelo DL 170/2012. Este diferimento justifica-se pela necessidade de adaptar e desenvolver os sistemas informáticos atualmente existentes. Todavia, a aplicação das novas regras deve tomar lugar no prazo de um ano desde a entrada em vigor do DL 170/2012.

Por outro lado, o DL 170/2012 elimina as exigências de forma jurídica especial para os operadores de pontos de carregamento e para os comercializadores de eletricidade para a mobilidade elétrica. Por outro lado ainda, adota regimes de deferimento tácito na atribuição das respetivas licenças. Quanto às inspeções periódicas dos pontos de carregamento, o DL 170/2012 prevê a realização por iniciativa das entidades fiscalizadoras. Por fim, o DL 170/2012 elimina, na senda do DL 92/2010, a proibição de exercício conjunto das atividades de comercialização de eletricidade para a mobilidade elétrica e de operação de postos de carregamento entre si.

O DL 170/2012 entrou em vigor a 2 de agosto de 2012, com as especificidades acima descritas quando às disposições relativas ao balcão único de serviços.

2 · JURISPRUDENCIA

[Estados Unidos]

Contaminación marítima. Asunto «Prestige»

Sentencia de la US Court of Appeals for the Second Circuit, de 29 de agosto de 2012

Esta decisión desestima el recurso de apelación que interpuso el Reino de España contra la sentencia del Juzgado de Distrito Sur de Nueva York («US District Court for the Southern District of New York»), que había resultado favorable a la sociedad de clasificación American Bureau of Shipping, Inc. (ABS) al indicar que esta última no tenía una obligación de responder extracontractualmente («*a duty in tort*») frente al Reino de España en relación con las inspecciones que había hecho al petrolero «Prestige».

El Tribunal de apelación, sin entrar en la cuestión anterior, entiende que, incluso en el supuesto de que existiera esa obligación, el Reino de España no habría logrado aportar los elementos probatorios suficientes para establecer una auténtica disputa fáctica en cuanto a si ABS habría infringido de manera gravemente negligente tal obligación. Nótese que se exigía acreditar una conducta reprochable en ABS que va más allá de la negligencia grave («*gross negligence*»), exigiéndose que dicha conducta sea calificada como «*reckless*», conducta o comportamiento similar a nuestro dolo eventual; esto es, que en la infracción de los reglamentos o normas de diligencia exigible ABS hubiera actuado de manera temeraria y a sabiendas del daño que podría ocasionar la infracción.

El Tribunal ha señalado que, en los precedentes de decisiones en que se pretendía la declaración de responsabilidad de una sociedad de clasificación, no se había llegado a tratar específicamente si una sociedad de clasificación puede resultar responsable frente a un tercero por conducta negligente con ocasión de una inspección de clasificación (en el asunto «Sundancer» ABS había sido demandada por los armadores del buque clasificado por la propia ABS). El Reino de España, aceptando que a las sociedades de clasificación no les resulta de aplicación la regla general de responsabilidad por negligencia frente a terceros, aducía que en este caso concreto ABS no había sido simplemente negligente, sino «*recklessly*». Tras examinar los hechos y los argumentos que el Reino de España planteó (que no se hubiera hecho una inspección en profundidad para valorar la fatiga estructural y corrosión del buque, conocida como «*safe hull*»), o que ABS no había aplicado las recomendaciones sugeridas de inspeccionar los tanques de lastre o mixtos de lastre/

carga en petroleros de cierta edad como el «Prestige», o que las últimas inspecciones efectuadas al «Prestige» fueron deficientes), y valorar la argumentación mantenida por ambas partes, acaba concluyendo que el material probatorio aportado no ha resultado suficiente para que se pueda establecer una responsabilidad de ABS frente a España por haber actuado «recklessly».

TRIBUTARIO*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Normativa estatal

— *Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 (BOE de 30 de junio de 2012)*

Entre otras medidas, extiende la aplicación de la Directiva «matriz-filial» a Islandia y Noruega.

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

— *Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE de 14 de julio de 2012)*

Entre otras medidas, el tipo general del IVA pasa del 18% al 21%, y el gravamen reducido, del 8% al 10%. Se mantiene el tipo superreducido del 4%. Algunos bienes y servicios se reclasifican y pasan a estar gravados bajo el nuevo tipo general. Los cambios en el impuesto estarán vigentes desde el 1 de septiembre. En el Impuesto sobre Sociedades se eleva la cuantía del pago fraccionado para grandes empresas y se amplía la limitación de deducción por gastos financieros. En el IRPF, se suprime la compensación por deducción por la compra de vivienda habitual bajo la anterior normativa y el tipo de retención sobre los rendimientos derivados de actividades profesionales pasa del 15% al 21% con efectos hasta el 31 de diciembre de 2013.

Convenios para evitar la doble imposición

— *Denuncia del Convenio entre la República Argentina y el Reino de España para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio (Boletín Oficial de la República Argentina, de 13 de julio)*

— *Instrumento de ratificación del Convenio entre el Reino de España y la República Federal de Alemania para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio y su protocolo, hecho en Madrid el 3 de febrero de 2011 (BOE de 30 de julio de 2012)*

[Portugal]

IRC - Aplicação das Normas Antiabuso

Informação Vinculativa n.º 2890/2007, de 13 de março de 2012

Na informação vinculativa em referência a AT vem esclarecer que o procedimento especial antiabuso a que se refere o art.º 63º do CPPT não é aplicável à medida antiabuso prevista no

* Esta sección de Derecho Tributario ha sido coordinada por Jesús López-Tello y Víctor Manuel Martín Samaniego, y en su elaboración han participado Caldas, Mafalda Alves y Mariana Coentro Ribeiro del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

art.º 73º, n.º 10 do Código do IRC, que estabelece que o regime da neutralidade fiscal não é aplicável às operações de cisão, fusão, entrada de ativos e permuta de partes sociais quando as mesmas não sejam realizadas por razões económicas válidas.

Mais esclarece a mesma informação vinculativa que a razão de ser da inaplicabilidade do procedimento previsto no art.º 63º do CPPT à medida anti-abuso prevista no art.º 73º, n.º 10 do Código do IRC resulta do facto de (i) a aplicação da norma antiabuso prevista no 73º, n.º 10 do Código do IRC não impor uma desconsideração da operação, mas apenas a desaplicação de benefícios especiais, e (ii) o próprio art.º 63º do CPPT ter sido alterado pela Lei do Orçamento do Estado para 2012 no sentido de restringir a sua aplicabilidade à cláusula geral antiabuso constante do n.º 2 do art.º 38º da LGT.

Orçamento Retificativo

Lei n.º 20/2012 (Diário da República n.º 93, Série I, de 14 de maio de 2012)

O Orçamento Retificativo procede a diversas alterações em matéria fiscal, incluindo as seguintes:

- (i) É concedida autorização legislativa ao Governo para criar uma Unidade dos Grandes Contribuintes;
- (ii) É revogada a Parte III do Código Fiscal do Investimento, relativa ao regime fiscal do investidor residente não habitual, e é introduzido no CIRS um prazo para que os sujeitos passivos possam requerer a sua inscrição como residentes não habituais (até 31 de março, inclusive, do ano seguinte àquele em que os sujeitos passivos se tornem residentes em território nacional);
- (iii) É restringido o âmbito da dispensa da entrega da declaração Modelo 22 de IRC aplicável às entidades isentas de IRS, passando a estar dispensadas desta obrigação apenas a entidades isentas ao abrigo do art.º 9 do Código do IRC (Estado, Regiões Autónomas, autarquias locais, suas associações de direito público e federações e instituições das segurança social) que não estejam sujeitas a tributação autónoma;
- (iv) A taxa de 7,5% de IMI aplicável a um prédio que seja propriedade de residentes em paraísos fiscais não é aplicável quando o prédio seja propriedade de uma pessoa singular;
- (v) A taxa de 10% de IMT aplicável à transmissão onerosa de imóveis cujos adquirentes sejam residentes em paraísos fiscais não se aplica quando os adquirentes sejam pessoas singulares;
- (vi) O diretor-geral da AT ou o seu substituto legal, bem como o conselho diretivo do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, I.P., passam a poder solicitar a qualquer momento, às instituições de crédito e sociedades financeiras informações que respeitantes aos fluxos de pagamentos com cartões de crédito e de débito, efetuados por seu intermédio aos sujeitos passivos que auferiram rendimentos de Categoria B de IRS e de IRC, sem identificar os titulares dos referidos cartões;
- (vii) Passa a ser obrigatório efetuar pagamentos através de meio de pagamento que permita a identificação do respetivo destinatário (transferência bancária, cheque nominativo, débito direto) relativamente a faturas ou documentos equivalentes de valor igual ou superior a € 1.000;
- (viii) Os limites mínimo e máximo da coima prevista para a falta de apresentação dentro de prazo de documentação prevista no regime de imputação de rendimentos de entidades não residentes sujeitas a regime fiscal privilegiado foram aumentados para € 500 e € 10.000, respetivamente.
- (ix) Em sede de EBF, a isenção de IMI prevista para entidades licenciadas ou que venham a ser licenciadas para operar no âmbito institucional da Zona Franca da Madeira e da Zona Franca da ilha de Santa Maria, quanto aos prédios ou parte de prédios destinados diretamente à realização dos seus fins, deixa de ser aplicável a entidades que exerçam atividade de intermediação financeira, de seguros e às instituições auxiliares de intermediação financeira e de seguros e do tipo «seguros intragrupo».

EBF - Retroatividade da lei fiscal - Revogação de benefícios fiscais relativos à interioridade**Informação vinculativa da AT no âmbito do Processo 413/2012**

A AT veio considerar que a revogação do art. 43.º, n.º 1, alínea b) do EBF não implica a extinção desse benefício temporário em relação às entidades beneficiárias ao tempo da alteração legislativa. Em causa encontra-se a aplicação de uma taxa reduzida de 10% durante os primeiros cinco exercícios a empresas que se tiverem instalado em áreas beneficiárias.

A AT concluiu que deixar de aplicar a taxa reduzida a uma empresa beneficiária antes de terminarem os referidos cinco exercícios constituiria um caso de retroatividade fiscal, proibida nos termos do art.º 103.º, n.º 3 da CRP. A AT invoca ainda o próprio art.º 11.º do EBF, que estatui que as normas que alterem benefícios fiscais temporários (como é o caso) não se aplicam aos contribuintes que já aproveitam do direito ao benefício fiscal.

Assim, a taxa reduzida de 10% continuará a aplicar-se a uma empresa constituída nos últimos quatro anos numa área beneficiária, até ao final dos cinco exercícios acima mencionados.

IRC - Rendas pagas no âmbito de contratos de renting (aluguer operacional de viaturas)**Informação vinculativa da AT no âmbito do Processo 4399/2011**

Através da informação vinculativa em apreço, a AT vem esclarecer questões relacionadas com amortização de capital e taxas de tributação autónoma no âmbito do contrato de renting.

Os contratos de renting de duração igual ou superior a três meses, ou inferior a três meses mas renováveis, são considerados «contratos de aluguer sem condutor» para efeitos do art.º 45.º, n.º 1 do CIRC. Deste modo, a qualificação da parcela de renda correspondente à amortização do capital como gasto fiscal encontra-se sujeita ao limite do valor das depreciações anuais que nos termos do art. 34.º, n.º 1 alíneas c) e e) seriam dedutíveis nos casos de aquisição direta da viatura.

O valor do preço considerado pelo locador para calcular a renda mensal, acrescido de IVA, será considerado como «custo de aquisição», sobre o qual serão aplicadas as taxas de tributação autónoma e que será utilizado para determinar as depreciações anuais que seriam dedutíveis.

O eventual acréscimo de 10% à taxa de tributação autónoma aplicável, em caso de prejuízo fiscal, nos termos do art.º 88.º, n.º 14 do CIRC, terá em atenção os resultados do grupo, e não das sociedades que o integram, no caso de grupos abrangidos pelo regime especial de tributação das sociedades.

Não se encontra sujeita a tributação autónoma, nos termos do n.º 6 do art.º 88.º do CIRC, a parcela de renda, devida por força de contrato de renting, que corresponda à amortização do capital de viaturas ligeiras de passageiros ou mistas que sejam afetas, por acordo escrito, à utilização pessoal dos colaboradores da empresa. Os demais encargos relativos a viaturas ligeiras ou mistas, sejam ou não dedutíveis, encontram-se sujeitos a tributação autónoma, tendo em conta a redação dada aos n.ºs 3 e 4 do art.º 88.º do CIRC pela Lei do Orçamento do Estado para 2011.

IRC - Tributação autónoma de encargos provenientes de contratos de rent-a-car**Informação vinculativa da AT no âmbito do Processo 1228/2012**

A AT determina, na informação vinculativa em apreço, que os encargos provenientes de contratos de rent-a-car continuam sujeitos à taxa de tributação autónoma de 10%, prevista no artigo 88.º, n.º 3 do CIRC. Colocava-se a questão de saber se estariam sujeitos à taxa de 20% prevista no n.º 4 do mesmo artigo.

A AT considera que não tendo o legislador alterado expressamente a taxa de tributação dos encargos de rent-a-car, não sendo os encargos provenientes do contrato em causa assimiláveis a encargos de aquisição e sendo estes encargos totalmente dedutíveis para efeitos fiscais (nos termos do artigo 23.º do CIRC), deverá ser aplicada a taxa de 10% prevista pelo n.º 3 do artigo em apreço aos referidos encargos.

IRC - Dispensa de aplicação de coimas a entidades isentas**Despacho do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, de 30 de maio de 2012**

Foi afastada por Despacho do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, de 30 de maio, a aplicação de coimas pela entrega fora de prazo e até dia 15 de julho de 2012 de declarações Modelo 22 por parte de entidades dispensadas da sua entrega, de acordo com a redação dos n.ºs 6

e 7 do artigo 117.º do CIRC anterior à entrada em vigor da Lei n.º 20/2012, de 14 de maio - designadamente entidades isentas de IRC.

IRC - Dedução de prejuízos em casos especiais de reconhecido interesse económico

Circular n.º 8/2012 do Diretor-Geral da Autoridade Tributária e Aduaneira

Na Circular em apreço vem o Diretor-Geral informar sobre os elementos que deverão acompanhar os requerimentos apresentados à AT, tendo em vista a dedução de prejuízos em sede de IRC em casos especiais de reconhecido interesse económico. Esta possibilidade aplica-se a sujeitos passivos que tenham procedido à modificação do objeto social, que tenham alterado de forma substancial a natureza da sua atividade ou em relação aos quais a titularidade de pelo menos 50% do capital social ou da maioria dos direitos de voto tenha sido alterada, e que em princípio não teriam direito à dedução.

Para tal, o sujeito passivo deve acompanhar o pedido com os seguintes elementos (sem prejuízo da AT solicitar, caso considere necessário, informações adicionais):

- a) Descrição pormenorizada do contexto económico em que ocorreu a alteração;
- b) Certidão atualizada do teor da matrícula e inscrições na Conservatória do Registo Comercial;
- c) Informação sobre peso relativo das atividades antes exercidas no volume de negócios futuro;
- d) Previsão do volume de negócios, investimento e resultados fiscais para os três períodos seguintes; e
- e) Número de postos de trabalho nos três períodos anteriores e previsão para os três períodos seguintes.

Em caso de alteração da titularidade social, os pedidos deverão ser ainda acompanhados dos seguintes elementos:

- a) Identificação das relações especiais entre as partes envolvidas na operação, nos termos do art.º 63.º, n.º4 CIRS; e
- b) Preço e data previstos para a transação das partes sociais.

Alterações à Convenção de Dupla Tributação entre Portugal e o Luxemburgo

Aviso n.º 65/2012 (Diário da República n.º 118, Série I, de 20 de junho de 2012)

O Aviso n.º 65/2012 informa que foram cumpridas as formalidades constitucionais internas de aprovação do Protocolo e Protocolo Adicional que alteram a Convenção de Dupla Tributação entre Portugal e o Luxemburgo, celebrada em 25 de Maio de 1999.

As alterações introduzidas têm como efeito o alargamento do âmbito do procedimento de troca de informações entre os Estados Contratantes. Estes trocarão informações previsivelmente relevantes relativas a impostos de qualquer natureza, e não apenas aos abrangidos pela Convenção, sem necessidade de o sujeito passivo sobre quem recaem as informações ser residente de um ou ambos os Estados Contratantes.

Define-se ainda, entre outras alterações, que os Estados não se podem recusar a prestar informações pelo facto de estas não serem relevantes ou úteis para efeitos da sua própria tributação. O facto de as informações requeridas serem detidas por um banco, outra instituição financeira, um mandatário ou por uma pessoa agindo na qualidade de agente ou fiduciário, ou que estejam conexas com o direito de propriedade, não pode igualmente obstar à cedência das mesmas.

As alterações entraram em vigor no dia 18 de Maio de 2012.

IMI - Regime Especial para Prédios Arrendados relevante para Liquidação de IMI

Portaria n.º 240/2012, de 10 de agosto de 2012

Ofício-Circulado n.º 40106, de 10 de agosto de 2012

A Lei n.º 60-A/2011, de 30 de novembro, que veio consagrar a avaliação geral dos prédios urbanos, estabeleceu um regime especial para os prédios urbanos que sejam arrendados por

contrato de arrendamento para habitação celebrado antes da entrada em vigor do Regime de Arrendamento Urbano (Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de outubro) ou por contrato de arrendamento para fins não habitacionais celebrado antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 257/95, de 30 de setembro. Segundo este regime especial, se a avaliação geral do prédio arrendado for superior ao valor da capitalização de renda anual através de aplicação do fator 15, é este o valor relevante para efeitos de liquidação de IMI.

A Portaria em referência vem regulamentar aquele regime especial, estabelecendo que até ao dia 31 de outubro de 2012, o proprietário, usufrutuário ou superficiário do prédio deve apresentar, por transmissão eletrónica de dados ou mediante entrega em qualquer serviço de finanças, uma participação de renda segundo o modelo que a Portaria aprova, acompanhada de uma cópia autenticada do contrato de arrendamento, e da cópia dos recibos de renda ou dos canho-tos desses recibos relativos aos meses de dezembro de 2010 até ao mês anterior à data de apresentação da participação de renda.

O Ofício-Circulado *supra* identificado vem, *inter alia*, esclarecer os procedimentos a adotar quer em caso de falta do contrato escrito de arrendamento quer em caso de contitularidade de direitos sobre prédios.

IVA - Regras de Localização de Prestação de Serviços de Locação de Meios de Transporte e de Faturação

Decreto-Lei n.º 197/2012, de 24 de agosto de 2012

O Decreto-Lei em referência vem alterar o Código do IVA procedendo à transposição para ordem interna (i) do art.º 4º da Diretiva n.º 2008/8/CE, do Conselho, de 12 de fevereiro, em matéria do lugar de prestação do serviço de locação de meios de transporte, e (ii) da Diretiva n.º 2010/45/UE, do Conselho, de 13 de julho, em matéria de faturação.

No que respeita à regras de localização das prestações dos serviços de locação de meios de transporte o Código do IVA passa a dispor que (i) não são tributadas em Portugal as locações de meios de transporte que não sejam de curta duração sempre que o destinatário seja uma pessoa estabelecida ou domiciliada fora do território nacional, e (ii) são tributadas em Portugal as locações de meios de transporte que não sejam de curta duração sempre que o destinatário seja uma pessoa estabelecida ou domiciliada em território nacional.

No que respeita à matéria de faturação, este Decreto-Lei vem introduzir novas regras no Código do IVA, no sentido de reforçar a obrigatoriedade da fatura para todas as transmissões de bens e prestações de serviços, independentemente da qualidade do adquirente dos bens ou do destinatário dos serviços e mesmo que estes não a solicitem. Por outro lado, é permitida a emissão de faturas simplificadas (i) nas transmissões de bens efetuadas por retalhistas a particulares sempre que o valor da fatura seja inferior a € 1.000, e (ii) na prestações de serviços de montante não superior a € 100, independentemente da qualidade do adquirente.

IRS - Inscrição no Registo de Residentes Não Habituais

Circular n.º 9/2012 do Diretor-Geral da Autoridade Tributária e Aduaneira

A presente Circular vem proceder à atualização dos procedimentos de inscrição dos residentes não habituais estabelecidos pela Circular n.º 2/2010, da Direção de Serviços do IRS, em consonância com as alterações introduzidas no regime dos residentes não habituais pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, e pela Lei n.º 20/2012, de 14 de maio.

De acordo com a Circular em apreço, os contribuintes que se tornem fiscalmente residentes de acordo com os n.ºs 1 e 2 do art.º 16º do CIRS, poderão solicitar a inscrição como residentes não habituais e beneficiar do respetivo regime, desde que apresentem uma declaração que ateste que não estavam verificados os requisitos anteriormente referidos para a residência em território português nos últimos cinco anos.

Desta forma, deixa de ser obrigatória a apresentação de certificado de residência e de comprovativo de liquidação de imposto no país onde anteriormente se considerava residente, sem prejuízo de, em caso de dúvida, poderem ser exigidos ao sujeito passivo elementos adicionais de prova da não residência.

IRS - Dedução de IVA em sede de IRS *Decreto-Lei n.º 198/2012, de 24 de agosto de 2012*

De acordo com o Decreto-Lei em referência, a partir de dia 1 de janeiro de 2013, os contribuintes pessoas singulares passam a poder deduzir em sede de IRS 5% do IVA suportado nesse ano, com o limite de € 250, com as prestações de serviços de manutenção e reparação de serviços automóveis e de motociclos, serviços de alojamento e restauração e ainda serviços prestados por salões de cabeleireiro e institutos de beleza, sempre que tais serviços estejam fora do âmbito da sua atividade profissional ou empresarial.

Para efeito de tal dedução, os sujeitos passivos deverão (i) exigir ao emitente a aposição do seu número de identificação fiscal nas faturas, e (ii) manter na sua posse as faturas durante um período de quatro anos.

Por outro lado, o prestador dos serviços anteriormente citados deverá comunicar à Autoridade Tributária e Aduaneira os elementos das faturas que emitiu, até ao dia 8 do mês seguinte ao da respetiva emissão.

2 · JURISPRUDENCIA

[Espanña]

Impuesto sobre Sociedades. Ampliación de capital con prima de emisión desproporcionada suscrita por uno de los socios

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de marzo de 2012

Se discute si se produce un incremento patrimonial lucrativo gravable en el Impuesto sobre Sociedades cuando una sociedad que amplía su capital recibe de uno de sus socios una prima de emisión injustificadamente elevada, posición sustentada por el defensor de la Administración General del Estado, o, por el contrario, no se produce el hecho imponible del impuesto, al resultar improcedente el gravamen de cualquier aportación de un socio a la sociedad, tesis que sostiene la Sala de instancia.

El Tribunal Supremo confirma el criterio de la Audiencia Nacional, considerando que «*los movimientos de entrada y salida en los recursos propios de la sociedad (capital y reservas) derivados de las relaciones entre la misma y sus socios carecen de repercusión fiscal en el Impuesto sobre Sociedades, de tal forma que los desplazamientos patrimoniales de los socios a los recursos propios de la sociedad, aunque constituyan un incremento económico en la perceptora, no se computan como partida gravable, pues no son ganancia o mayor valor generado por la sociedad, sino precisamente el soporte para generarlos y son los rendimientos e incrementos producidos en la propia sociedad, a partir de una cifra de recursos propios aportada desde el exterior, los que se someten a tributación*».

IVA. Renuncia a la exención en operaciones inmobiliarias

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de junio de 2012

El Tribunal confirma el criterio sostenido en anteriores ocasiones, en clara evolución jurisprudencial, de que cabe la renuncia tácita a la exención en el IVA cuando aquella se desprende de la propia escritura de compraventa por el hecho de someter las partes la transmisión al citado impuesto (criterio sentado en la sentencia de 20 de enero de 2011, recurso núm. 24/05, FJ 5.º) y, sobre todo, cuando además de esta voluntad de las partes intervinientes se hace constar el acto de repercusión del impuesto (sentencia de 13 de diciembre de 2006, recurso núm. 4704/01, FJ 4.º *in fine*).

En el mismo sentido se pronuncia el TS en su sentencia de 21 de mayo de 2012, recurso núm. 171/2009.

[Portugal]

IMI - Fundamentação de Ato de Fixação de Valor Patrimonial Tributário

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 2 de maio de 2012

No acórdão em apreço, proferido no âmbito de um recurso por oposição de acórdãos, o STA vem entender que o ato de fixação do valor patrimonial tributário de um imóvel se deve considerar suficientemente fundamentado, sempre que se encontrem identificados (i) o prédio ava-

liado, (ii) a sua identificação geográfica, (iii) a percentagem dos coeficientes legais aplicados, (iv) as «operações de quantificação», e (v) as normas aplicadas.

Entendeu, assim, o STA que não decorre das exigências legais de fundamentação a necessidade de especificar quais os motivos que levam a que determinado coeficiente de localização seja utilizado. Esta utilização decorre diretamente da aplicação de uma portaria, e não de uma qualquer decisão subjetiva do avaliador, pelo que não é exigível nem necessário que o avaliador fundamente as escolhas subjacentes à própria portaria na sua decisão.

IMT - Isenção de IMT e Processo de Insolvência

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 30 de maio de 2012

No acórdão do STA supra identificado estava em análise a abrangência da isenção de IMT prevista no n.º 2 do art.º 270.º do CIRE - que estabelece que estão isentos de IMT «os actos de venda, permuta ou cessão da empresa ou de estabelecimentos desta integrados no âmbito de plano de insolvência ou de pagamentos ou praticados no âmbito da liquidação da massa insolvente» -, discutindo-se se tal isenção se deveria aplicar apenas quando estivessem em causa vendas ou permutas da empresa ou de estabelecimentos nesta integrados ou se, pelo contrário, tal isenção abrange também as vendas ou permutas de imóveis isoladamente considerados.

O STA acabou por decidir que a isenção de IMT prevista pelo n.º 2 do art.º 270.º do CIRE se aplica, não apenas às vendas ou permutas de empresas ou estabelecimentos enquanto universalidade de bens, mas também vendas e permutas de imóveis (enquanto elementos do seu ativo), desde que enquadradas no âmbito de um plano de insolvência ou de pagamento, ou praticados no âmbito da liquidação da massa insolvente.

Considerou pois o STA que, embora o argumento literal pudesse apontar para uma solução diversa, uma interpretação conforme à CRP impõe que se considere que a isenção em causa se aplica também às vendas e permutas dos elementos do ativo de empresas enquadradas no âmbito de um plano de insolvência ou de pagamento, ou praticados no âmbito da liquidação da massa insolvente, uma vez que é para essa solução que aponta a lei de autorização legislativa que autorizou o Governo a legislar sobre esta matéria, pelo que uma interpretação diversa seria inconstitucional, uma vez que, nesse caso, teria o Governo legislado em desrespeito pelo «sentido e extensão» da autorização legislativa.

IVA - Restrições ao direito à dedução de IVA

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia nos processos apensos C-80/11 e C-142/11

O TJUE decidiu que as autoridades tributárias nacionais não podem recusar a um sujeito passivo o direito de deduzir o montante de IVA de que é devedor, em virtude da aquisição de bens ou serviços, pelo facto do emitente das respetivas faturas ter cometido fraudes fiscais, sem que essas autoridades provem que o sujeito passivo sabia ou devia saber que a operação em causa estava implicada numa fraude fiscal.

Não pode igualmente ser exigido ao sujeito passivo, quando este não disponha de indícios que justifiquem a suspeita de irregularidades, que este se certifique de que o emitente não está envolvido em qualquer fraude. Nestas circunstâncias, para o exercício do direito à dedução basta que estejam preenchidas as condições materiais e formais previstas previstos na Diretiva 2006/112 do Conselho, de 28 de novembro de 2006 (que substituiu, sem alterações substanciais, a Sexta Diretiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de maio de 1977), nomeadamente a apresentação de fatura.

Embora o art.º 273.º da Diretiva permita que os Estados-Membros adotem medidas a fim de evitar a fraude, essas medidas não podem subverter o princípio da neutralidade fiscal, colocando de forma sistemática em causa o direito à dedução. Não podem, mais concretamente, redundar num regime de responsabilidade objetiva dos sujeitos passivos ou na transferência das responsabilidades de fiscalização do Estado-Membro aos sujeitos passivos.

A decisão do TJUE em apreço deverá ter implicações na aplicação do art.º 19.º, n.º 4 do CIVA.

CPPT - Taxa Municipal dos Direitos de Passagem

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 281/12, de 14 de junho de 2012

Através do presente Acórdão, o STA vem entender que «para além da TMDP [Taxa Municipal dos Direitos de Passagem] não podem ser cobradas às empresas que oferecem redes e serviços de comu-

nicações eletrónicas acessíveis ao público quaisquer outras taxas pela instalação de sistemas, equipamentos e demais recursos em terrenos do domínio público municipal e que tenham como contrapartida a utilização desses terrenos, sob pena de se estar a tributar duplamente a mesma realidade».

O STA acabou por concluir, no caso em apreço, que a Taxa Municipal de Ocupação da Via Pública, cuja contraprestação é a utilização do domínio público municipal com instalações e equipamentos necessários à distribuição de televisão por cabo, é ilegal, por incidir sobre a mesma realidade que a TMDP.

IMT - EBF - Isenção de IMT nas concentrações ou acordos de cooperação

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 475/12, de 14 de junho de 2012

O Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF) estabelece, no seu art.º 60º, n.º1, al. a), que as empresas que, exercendo uma atividade de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestações de serviços, procedam a uma reorganização, mediante concentração ou acordos de cooperação, podem estar isentas de IMT nas transmissões de imóveis necessários à referida reorganização, desde que esses imóveis não estejam destinados a habitação.

No presente Acórdão, o STA vem entender que na interpretação desta disposição deverá atender-se à finalidade do imóvel que, independentemente de ser destinado à habitação, deve constituir um fator em relação substantiva com a atividade exercida pela empresa e apto a incrementar a sua capacidade concorrencial, isto é, um núcleo essencial do objeto económico da empresa, para que haja lugar à isenção.

Assim, nos casos das empresas de locação financeira de imóveis, como é o caso daquele autos, os imóveis estão afetos ao objeto do negócio e, portanto, são um fator necessário e apto a incrementar a capacidade concorrencial numa reorganização, independentemente de serem afetos à habitação por parte dos seus locatários e em seu proveito, pelo que, entendeu o STA que fazer incidir IMT nesta reorganização seria impeditivo da própria operação, acabando por gerar uma violação do princípio de igualdade face a outras empresas de locação financeira de imóveis cujo objeto de negócio seja a locação de imóveis não destinados à habitação.

Retroatividade da lei fiscal - Tributação autónoma

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 310/2012, de 20 de junho de 2012

O TC declarou inconstitucional a aplicação retroativa das novas taxas de tributação autónoma previstas no art.º 81.º do CIRC, relativas, por exemplo, a despesas de representação e encargos com viaturas ligeiras ou mistas, motos e motociclos. Estas taxas foram introduzidas pela Lei nº 64/2008, de 5 de Dezembro, que prevê que os efeitos por si produzidos retroagem ao dia 1 de janeiro de 2008.

Ao contrário do que tinha decidido em 2011 (Acórdão nº 18/2011, de 12 de janeiro de 2011), o TC considerou que a realização destas despesas constitui um facto tributário instantâneo, autónomo do lucro tributável enquanto facto tributário de formação sucessiva relevante para efeitos de IRC. Não releva a este propósito o momento da liquidação, mas sim o momento da ocorrência do ato que determina o pagamento do imposto.

Encontramo-nos, portanto, perante um caso em que o facto tributário que a lei nova pretende regular já produziu todos os seus efeitos ao abrigo da lei antiga, ou seja, um caso de retroatividade autêntica, proibida pelo artigo 103.º, nº 3 da CRP.

Deste modo, o TC declarou a inconstitucionalidade das normas em apreço, e as despesas realizadas pelo contribuinte até 6 de Dezembro de 2008 ficaram sujeitas às taxas anteriormente previstas no artigo 81º do CIRC.

IRC - Dedutibilidade de custos não devidamente documentados em sede de IRC

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 658/11, de 5 de julho de 2012

No Acórdão em apreço, o STA pronuncia-se sobre os requisitos das faturas e de documentos comprovativos de gastos para efeitos de dedutibilidade dos mesmos ao lucro tributável de IRC.

De facto, ao contrário do regime do IVA, no qual as exigências de conteúdo das faturas para deduções estão explicitamente enumerados no art.º 36.º, n.º 5 do CIVA, no regime do IRC, o art.º 42º apenas refere que os encargos não devidamente documentados não são dedutíveis para efeito de determinação de lucro tributável, sem se alargar sobre o conteúdo obrigatório mínimo do documento para que sejam aceites como gastos.

No presente Acórdão o STA vem entender que o documento que faça prova do gasto não tem de consistir, necessariamente, numa fatura, mas tem, isso sim, de ter força probatória quanto ao objeto da operação, o adquirente, o fornecedor e o preço, para que o gasto seja passível de dedução em sede de IRC.

Mais entendeu o STA naquele Acórdão que, caso o documento não revista as formalidades probatórias essenciais para a identificação da operação, poderá o contribuinte vir, eventualmente, prestar prova, através de qualquer meio probatório idóneo, da ocorrência efetiva desse gasto, não ficando, portanto, comprometida a dedutibilidade do gasto por deficiência dos elementos constantes no documento justificativo.

3 · DOCTRINA ADMINISTRATIVA (RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL)

Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. Prenda sobre derechos de crédito

Resolución de 23 de febrero de 2012 (00/5735/2010)

Se analiza si una prenda sobre los derechos de crédito derivados de determinados contratos de arrendamiento documentada en escritura pública tributa por la modalidad de actos jurídicos documentados (AJD).

Al respecto, indica el TEAC que, de conformidad con la legislación hipotecaria, la garantía constituida no es un derecho real de naturaleza inmobiliaria e inscribible, sino que se trata de una prenda de derechos, no contemplada expresamente en el Código Civil, pero sí (como tal prenda posesoria) plenamente aceptada en nuestro Derecho (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1997), cuyo desplazamiento posesorio se manifiesta con la comunicación al deudor, por lo que no se trata de un negocio jurídico inscribible. En consecuencia, no se cumplen los requisitos previstos en el artículo 31.2 de la Ley del ITP-AJD para que la operación resulte gravada por el AJD.

Procedimientos de gestión. Alcance del procedimiento de verificación de datos

Resolución de 23 de febrero de 2012 (00/2498/2010)

El TEAC considera que el procedimiento de verificación de datos se agota en el mero control formal de la declaración tributaria presentada y de su coincidencia, o no, con los datos provenientes de otras declaraciones o en poder de la Administración, no suponiendo el ejercicio de una actividad de comprobación en sentido estricto para la que la propia LGT prevé otro tipo de actuaciones, como son el procedimiento de comprobación limitada o el procedimiento inspector.

Así, según el TEAC, la tramitación de un procedimiento de verificación de datos amparado en la letra c) del artículo 131 de la Ley General Tributaria nace con una clara limitación: que la indebida aplicación de la norma que, según el órgano tributario, se aprecia en la declaración del sujeto pasivo sea «patente» a la vista de los justificantes aportados.

A estos efectos, el cumplimiento de las condiciones legalmente exigidas para acceder a un beneficio fiscal (concretamente el nivel de retribuciones para acceder a la reducción del 95% en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones) constituye una discrepancia de cierta complejidad que no puede quedar supeditada al mero examen de la documentación de la operación sin llevar a cabo otras comprobaciones, todo lo cual hace del procedimiento de verificación de datos un procedimiento inadecuado para tal finalidad, según concluye el TEAC.

Impuesto sobre Sociedades. Exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos. Juros o capital próprio brasileños

Resolución de 26 de abril de 2012 (00/4085/2010)

El TEAC concluye que para determinar si los juros o *capital próprio* tienen la consideración de intereses o dividendos (dividendos que, a diferencia de los intereses, podrían quedar exentos de tributación en virtud del artículo 21 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, «TRLIS»), debe atenderse a la norma fiscal brasileña, y ello en aplicación del convenio para evitar la doble imposición suscrito entre ambos países, el cual remite a la legislación fiscal del país de la fuente para la calificación de la renta.

De forma que, aun cuando de acuerdo con la norma mercantil o contable brasileña los juros tengan la consideración de dividendos, si en aplicación de la norma fiscal brasileña se califican como intereses debido al cumplimiento de determinadas condiciones (como ocurre en el presente caso, según el TEAC) y para la sociedad que los distribuye resultan deducibles a la hora de determinar su base imponible, al percibirlos la sociedad española no habría existido la doble imposición internacional que justificaría la aplicación de la exención prevista en el artículo 21 del TRLIS.

Impuesto sobre el Valor Añadido. Exenciones inmobiliarias. Renuncia a la exención

Resolución de 21 de junio de 2012 (00/3136/2010)

Ninguna norma exige que, para la validez de la renuncia a la exención del IVA en operaciones inmobiliarias, la declaración suscrita por el adquirente en la que haga constar que es empresario con derecho a la deducción se realice en documento público.

Normalmente, la renuncia vendrá contenida en el propio documento notarial en el que se hace la transacción principal, pero ello no puede ser óbice para que el precepto pueda aplicarse también en aquellos supuestos en que la renuncia venga recogida en otro documento independiente, sea o no notarial, pues otra interpretación, según el TEAC, supondría desvirtuar la finalidad perseguida por la norma.

Impuesto sobre el Valor Añadido. Repercusión efectuada transcurrido un año desde el devengo

Resolución de 21 de junio de 2012 (00/114/2010)

El hecho de que transcurra el plazo de un año desde el devengo de la operación no impide que se pueda repercutir el impuesto en el caso de que la entidad destinataria de la repercusión decida voluntariamente soportarla.

El destinatario de la operación no está obligado a soportar la repercusión en tal caso, puesto que el deber de hacerlo exige que la repercusión se ajuste a lo dispuesto en la Ley y, por tanto, que se haga conforme a Derecho, pero no incumple ninguna obligación si voluntariamente decide soportar la citada repercusión.

Impuesto sobre Sociedades. Fondo de comercio financiero

Resolución de 26 de junio de 2012 (00/3637/2010)

Será deducible fiscalmente el fondo de comercio financiero (artículo 12.5 del TRLIS) cuando la inversión española en el exterior que lo genera incida en la actividad de la empresa adquirida y esta tenga carácter productivo.

No es relevante, por tanto, el hecho de que la adquisición de las participaciones de la entidad no residente se haya realizado a través de empresas del grupo o vinculadas.

El criterio que fija el TEAC es que no se debe impedir la aplicación de este beneficio fiscal por el solo hecho de que la adquisición de la participación en la entidad no residente se haya realizado a una sociedad del mismo grupo. Ni del tenor del precepto, ni de un análisis lógico y sistemático del marco fiscal en el que se inserta la deducción del fondo de comercio financiero, se desprende que se hayan pretendido excluir adquisiciones a otras entidades del grupo o vinculadas.

4 · CONSULTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS

Impuesto sobre Sociedades. Régimen especial de las ETVE

Consulta de 16 de diciembre de 2011 (V2922-11)

Una sociedad A, acogida al régimen de ETVE, tiene una participación del 100% en dos entidades residentes en España, también acogidas al régimen de ETVE (entidades subholding B1 y B2).

Afirma la DGT que los dividendos distribuidos por A, en la medida en que procedan de rentas (dividendos o plusvalías) que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 del TRLIS, podrán aplicar el régimen previsto en el artículo 118 del TRLIS atendiendo al carácter que tenga cada uno de los socios. En concreto, respecto de los dividendos que A distribuya a los socios que procedan de rentas (dividendos o plusvalías) generadas por las entidades B1 y B2, «cabe señalar

que el activo de las ETVEs «subholding» B1 y B2 consistirá exclusivamente en una única participación en una entidad no residente respectivamente, siendo la totalidad de sus rentas dividendos o plusvalías derivadas de esas participaciones que estarían exentas por aplicación del artículo 21 del TRLIS, es decir, estas ETVEs subholding son meras entidades instrumentales cuya interposición no deberá alterar la tributación que hubiera resultado en su ausencia». Por tanto, concluye la DGT, los beneficios distribuidos a los socios por parte de la entidad A que procedan de las entidades subholding B1 y B2, aún cuando formalmente dichos beneficios habrán sido objeto de integración en la base imponible de A y de la deducción por doble imposición a que se refiere el artículo 30.2 del TRLIS, «los mismos pueden equipararse a rentas exentas a los efectos de la aplicación del artículo 118 del TRLIS, en la medida que la subholding sea una sociedad meramente instrumental y ninguna de sus rentas haya sido obtenida en territorio español, sino que procedan en su totalidad de participaciones en entidades no residentes que cumplan los requisitos del artículo 21 del TRLIS. Lo mismo sería aplicable a las rentas obtenidas por los socios en la transmisión de la participación en la entidad A».

Impuesto sobre Sociedades. Régimen fiscal especial de fusiones

Consulta de 19 de diciembre de 2011 (V2949-11)

Se plantea en la consulta la posibilidad de aplicar el régimen fiscal especial de fusiones a la absorción de dos filiales operativas por su sociedad matriz, la cual inició en el año 2006 una actividad de comercialización de productos de panificación.

La DGT rechaza la posibilidad de aplicar el régimen especial a esta fusión. En concreto, considera el centro directivo que «dada la situación patrimonial de la entidad H donde su actividad económica propia es inmaterial, es decir, dicha entidad es una mera entidad holding, el patrimonio de la absorbente es equiparable al existente en las absorbidas con carácter previo a la fusión, por lo que no se añade nada nuevo al funcionamiento de las actividades desarrolladas en sede de las absorbidas, por lo que no se aprecia una verdadera reestructuración de tales actividades. Por otra parte, dado que en esta operación sale a relucir los efectos fiscales establecidos en el artículo 89.3 del TRLIS, los ahorros de costes alegados como motivación de la operación son marginales en comparación con la ventaja fiscal resultante de la fusión planteada, es decir, esta operación parece estar motivada por la mera finalidad de corregir una ventaja fiscal al margen de otra motivación económica, por lo que esta operación no podría acogerse al régimen fiscal establecido en el capítulo VIII del título VII del TRLIS».

Impuesto sobre Sociedades. Deducción por reinversión de beneficios extraordinarios

Consulta de 23 de diciembre de 2011 (V3042-11)

Se plantea una operación de reducción de capital con devolución de aportaciones en la que la sociedad que reduce capital transmite a los socios bienes inmuebles afectos a su actividad, que formaban parte del inmovilizado material de la sociedad, y que han permanecido afectos a la actividad de manera ininterrumpida durante más de tres años.

La DGT confirma que esta operación es susceptible de generar rentas que constituyan la base de la deducción prevista en el artículo 42 del TRLIS, debiendo entenderse que el importe obtenido en la transmisión, que ha de reinvertirse, es el valor que a efectos fiscales tienen los elementos transmitidos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 del TRLIS, esto es, su valor de mercado.

Impuesto sobre Sociedades. Residencia fiscal de una sociedad constituida conforme a normativa española que traslada su domicilio social y sede de dirección efectiva a Perú

Consulta de 10 de enero de 2012 (V0004-12)

En ausencia de convenio para evitar la doble imposición, una sociedad constituida conforme a las leyes españolas continúa siendo residente fiscal en España, con independencia de que traslade su domicilio social y su sede de dirección efectiva fuera de territorio nacional, dado que el artículo 8 del TRLIS establece que se considerarán residentes en territorio español las entidades en las que concurra alguno de los tres requisitos establecidos, entre los que se incluye que la sociedad se hubiera constituido conforme a las leyes españolas.

Impuesto sobre Sociedades. Régimen especial de las fusiones. Aportación no dineraria y posterior escisión financiera. Inexistencia de motivos económicos válidos

Consulta de 24 de enero de 2012 (V0127-12)

La entidad consultante H se dedica al arrendamiento de inmuebles urbanos, servicios de gerencia y dirección a empresas inmobiliarias y la tenencia de valores. Cuenta con organización empresarial autónoma y separada para gestionar cada una de estas dos actividades. H participa en el 100% del capital de B, en el 20% del capital de C, D y E, en el 29,71% del capital de F, en el 30% del capital de G y en el 25% en la entidad J. Todas las entidades son residentes en España, salvo J que está domiciliada en Brasil.

Se pretende reorganizar el grupo con la finalidad de pasar de la estructura actual de una sola entidad *holding*, a distribuir las sociedades en dos *holdings* diferenciadas. Para ello, se realizarán las siguientes operaciones: (i) aportación a la entidad B, por parte de la sociedad H, de las participaciones que posee en C, F y J; (ii) escisión financiera de la entidad H, por la que se segregará la participación del 100% en el capital de B en favor de una entidad de nueva creación NEWCO; y (iii) fusión inversa, por la que B absorberá a la NEWCO constituida.

La DGT considera que la primera aportación no dineraria no podría acogerse al régimen fiscal especial, al entender que no existe un motivo económico válido diferente al fiscal que la justifique. Y ello porque, aun cuando de forma individualizada cada una de las operaciones mencionadas (aportación no dineraria, escisión financiera y posterior fusión por absorción) cumple los requisitos del régimen especial, sin embargo, la aportación no dineraria primera no tiene ninguna razón económica diferente al hecho de preparar o posibilitar que posteriormente pueda realizarse una escisión financiera que cumpla los requisitos del artículo 83.2.1.ºc), y transformar posteriormente en directa la participación indirecta que tiene la consultante en ellas a través de la entidad B. Este hecho queda corroborado con la desaparición posterior de la nueva entidad beneficiaria de la escisión, poniendo de manifiesto el carácter instrumental de esta operación con la finalidad exclusiva de preparar una operación posterior que cumpliera los requisitos del régimen fiscal especial.

Impuesto sobre Sociedades. Cuestiones relativas a la aplicación del artículo 21 del TRLIS

Consulta de 15 de febrero de 2012 (V0331-12)

Esta consulta es ampliación de otra anterior (núm. V0509-10): una entidad residente fiscal en España participa en el 99,96% de las acciones de otra entidad, residente en Turquía, dedicada a la explotación y desarrollo de una mina situada en dicho país.

De acuerdo con la legislación mercantil turca, las compañías de dicho país no pueden distribuir dividendos a cuenta, siendo necesario el cierre anual del ejercicio contable para poder proceder a su distribución en el ejercicio siguiente, y deben destinar un porcentaje de sus beneficios a una reserva legal hasta que se alcance el 50% del capital social de la entidad.

Con el objeto de rentabilizar el efectivo generado en el desarrollo de sus actividades empresariales, la entidad turca invierte en depósitos y activos financieros equivalentes el exceso de tesorería disponible, obteniendo ingresos financieros y similares que en la actualidad no exceden del 15% de los ingresos de dicha entidad. Asimismo, mantiene en dólares su tesorería y existen unas diferencias de conversión en los estados financieros a la moneda local (lira turca).

Se consulta acerca del tratamiento, a efectos de la aplicación del artículo 21 del TRLIS, de los ingresos derivados de los depósitos y activos financieros equivalentes poseídos como consecuencia del imperativo legal existente en Turquía.

La DGT señala que el hecho de que la entidad turca intente rentabilizar los fondos «cautivos» que no puede distribuir por razones legales, no debe desvirtuar la propia naturaleza de la actividad económica realizada por dicha entidad (*i. e.*, explotación y desarrollo de una mina).

Por tanto, cualquier ingreso que proceda de una actividad económica, aunque sea indirectamente a través de la colocación de beneficios empresariales que no pueden ser objeto de distribución por razones legales y se han materializado en activos financieros, tendrá el mismo tratamiento que el procedente directamente de aquella actividad, esto es, será considerado como procedente de actividades económicas.

En los mismos términos concluye la DGT en relación con las diferencias de cambio y conversión, ya que en ningún caso tendrán la consideración de rentas pasivas *per se*, sino que se les atribuirá

el mismo carácter, empresarial o no, que el de los elementos a los que afectan. En definitiva, se entenderán cumplidos los requisitos señalados en el artículo 21 del TRLIS respecto de ambas rentas.

Impuesto sobre Sociedades. Deducibilidad del fondo de comercio

Consulta de 21 de marzo de 2012 (VO608-12)

La DGT considera que la deducción fiscal del fondo de comercio financiero debe hacerse extensiva a los distintos niveles de participación en filiales extranjeras, de manera que el artículo 12.5 del TRLIS resulte aplicable no solo al fondo de comercio existente en una entidad directamente participada, sino también al que se encuentre en segundos o ulteriores niveles de participación.

Para ello, resulta preciso probar, a través del balance consolidado o por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho, que existe una parte del precio de adquisición de la entidad *holding* directamente adquirida que, en el momento de la adquisición, inequívocamente se corresponde con un fondo de comercio financiero existente en una entidad indirectamente participada sobre la que se cumplan los requisitos del artículo 21 del TRLIS.

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Reducción por irregularidad

Consulta de 6 de febrero de 2012 (VO250-12)

Se ha pactado que un convenio colectivo surta efectos a partir de 1 de enero de 2012, salvo por lo que se refiere a las retribuciones del personal, para las que tiene efectos retroactivos desde 1 de enero de 2009. El convenio prevé el pago en 2012 de las cantidades resultantes de aplicar las subidas o revisiones de los salarios establecidas en el convenio a los tres años precedentes (2009, 2010 y 2011). Se consulta si este pago constituye un rendimiento de trabajo irregular.

La DGT confirma la irregularidad de este pago, a la vista de la retroactividad que el propio convenio establece para los incrementos salariales, unida a su exigibilidad conjunta y a su extensión temporal a lo largo de un período que abarca más de dos años; ello, a pesar de que la cláusula de revisión salarial no estaba pactada antes del inicio del período al que se aplica, por lo que pudiera calificarse como *ex novo*.

Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Renuncia a los derechos de suscripción preferente en una ampliación de capital

Consulta de 17 de enero de 2012 (VO056-12)

La DGT califica la renuncia por parte de dos socios a su derecho de asunción preferente, en una ampliación de capital que será suscrita en su integridad por otro socio, como una renuncia de derechos a favor de persona determinada, que el artículo 12.b) de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) califica como negocio jurídico gratuito e *inter vivos* y, por lo tanto, sujeto a tributación por el ISD.

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Escritura de novación de una hipoteca de máximo

Consulta de 22 de febrero de 2012 (VO403-12)

Mediante escritura pública de 24 de octubre de 2011, la entidad consultante pacta con una entidad bancaria la prórroga del vencimiento de la disponibilidad del crédito que aquella le había concedido el 24 de junio de 2006, hasta el 23 de diciembre de 2013, sin modificar la responsabilidad recayente sobre las fincas hipotecadas, por lo que plantea a la DGT si la referida escritura está o no sujeta a AJD.

La DGT señala que la escritura de novación del crédito hipotecario a que se refiere la consulta planteada (que es una escritura de novación de una hipoteca en garantía de un crédito en cuenta corriente, es decir, una hipoteca de máximo) carece de contenido económico, en tanto en cuanto la garantía hipotecaria no ha sufrido modificación alguna, por lo que no estará sujeta a la cuota variable del AJD, sino solo a la cuota fija.

Impuesto sobre el Valor Añadido. No sujeción al impuesto de la transmisión de una unidad económica autónoma

Consulta de 5 de marzo de 2012 (VO477-12)

Según la DGT, la transmisión por parte de una sociedad española de un salto de agua dedicado a la producción de energía eléctrica no puede ser considerada como constitutiva de una transmisión de una unidad económica autónoma, puesto que la sociedad transmitente no dispone de personal afecto a la actividad de producción de energía eléctrica (se da la circunstancia de

que la entidad consultante no precisa personal para esta actividad, puesto que mantiene con un tercero un contrato de supervisión y mantenimiento de la planta, contrato que es rescindido con anterioridad a la transmisión).

Esta posición se mantiene a pesar de que se transmiten el terreno donde se ubica el salto, la maquinaria y los elementos de transformación y cuadros de control y la correspondiente concesión administrativa, así como la posición contractual por subrogación en los contratos de venta de energía eléctrica.

Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Cláusula de nación más favorecida

Consulta de 14 de marzo de 2012 (V0569-12)

México suscribió el 11 de junio de 1997 un convenio para evitar la doble imposición con Dinamarca en el que se contempla un tipo inferior para los intereses, cuando se perciban por un banco, que el recogido en el artículo 11 del convenio hispano-mexicano. En particular, el convenio danés-mexicano contempla un tipo del 5%. Adicionalmente, la tasa más alta prevista en el convenio danés-mexicano es idéntica a la tasa establecida por el convenio hispano-mexicano, un 15%.

En consecuencia, entiende la DGT que el tipo que corresponde aplicar a los pagos a los que resulte de aplicación el artículo 11.2.a) del convenio hispano-mexicano será del 5%. Dicho tipo es el más bajo que, según la información disponible para la DGT, México ha incluido en sus convenios con otros países de la UE para esta categoría de rentas, dentro del plazo de cinco años previsto en la cláusula de nación más favorecida del convenio hispano-mexicano. Además, aclara la DGT que este tipo será aplicable tanto a los intereses procedentes de México y pagados a un residente español como a los procedentes de España y pagados a un residente mexicano.

UNIÓN EUROPEA*

1 · LEGISLACIÓN

Cooperación administrativa en materia de impuestos especiales

Reglamento (UE) 389/2012, del Consejo, de 2 de mayo de 2012, sobre cooperación administrativa en el ámbito de los impuestos especiales y por el que se deroga el Reglamento (CE) 2073/2004 (L 121, de 8 de mayo de 2012)

El Reglamento establece las condiciones de cooperación de las autoridades de los Estados miembros entre sí y con la Comisión en la aplicación de la legislación en materia de impuestos especiales. El objetivo del Reglamento es la simplificación y el refuerzo de la cooperación administrativa entre Estados miembros, que requiere un enfoque armonizado.

Armonización del derecho a la información en los procesos penales

Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho a la información en los procesos penales (L 142, de 1 de junio de 2012)

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

* Esta sección de Derecho de la Unión Europea ha sido coordinada por Edurne Navarro, y en su elaboración han participado Luis Moscoso del Prado y Marta Andrés Vaquero, del Grupo de Coordinación de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea, Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Bruselas y Madrid).

2 · JURISPRUDENCIA

Importaciones directas de tabaco de otros Estados miembros

Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de abril de 2012 en el asunto Asociación Española de Expendedores de Tabaco y Timbre (ANETT) contra Administración del Estado (as. C-456/10)

El Tribunal de Justicia declara que la norma española que prohíbe a los minoristas de tabaco (que tienen reservada la venta en exclusiva al por menor de tabaco en España) importar productos derivados del tabaco constituye una restricción a la libre circulación de mercancías. La prohibición de las importaciones directas de estos productos obstaculiza el acceso al mercado español de tabaco proveniente de otros Estados miembros, en tanto que obliga a los minoristas a abastecerse de los mayoristas autorizados. Dicha restricción además no resulta proporcionada para alcanzar los objetivos de interés general invocados por el Estado relativos al control fiscal, aduanero y sanitario, o la protección de los consumidores.

Restricción a la libre circulación de mercancías por razones de protección de los derechos de autor

Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de junio de 2012 en el procedimiento penal contra Titus Alexander Jochen Donner (as. C-5/11)

El Tribunal de Justicia señala que la libre circulación de mercancías puede ser restringida por razones de protección de la propiedad industrial y comercial. En particular, el Tribunal no se opone a la aplicación del Derecho penal alemán a supuestos de complicidad en la distribución no autorizada de copias de obras protegidas en Alemania por derechos de autor, en el marco de ventas realizadas desde otro Estado miembro en el que dichas obras no gozan de tal protección. En efecto, la aplicación del Derecho penal puede considerarse necesaria para proteger el objeto concreto de los derechos de autor y, en consecuencia, la restricción en cuestión parece justificada y proporcionada al objeto perseguido.

Reclamación de daños por la Comisión ante los tribunales nacionales

Conclusiones del Abogado General Sr. Cruz Villalón de 26 de junio de 2012 en el asunto Unión Europea/Otis NV y otros (as. C-199/11)

Según el Abogado General, la Carta de los Derechos fundamentales y en particular el derecho a la tutela judicial efectiva no impiden que la Comisión, tras adoptar una decisión en la que declara la existencia de un cártel, reclame ante los tribunales nacionales una indemnización por los daños que la Unión haya sufrido como resultado de la infracción.

Respecto del principio de la igualdad de armas de las partes en el procedimiento, el Abogado General considera que no existe un desequilibrio entre las partes por el simple hecho de que la Comisión haya recabado determinada información en el marco del expediente sancionador, ya que dicha información no ha sido puesta a disposición del juez. En consecuencia, el juez no dispone de elementos que puedan favorecer a una parte en detrimento de la otra, y la información obrante ante el juez puede ser contrastada y contestada por todas las partes en cualquier momento del proceso.

La confiscación de documentos electrónicos en el contexto de una investigación penal constituye una violación de los derechos fundamentales

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de julio de 2012 en el asunto Robathin contra Austria (as. 30457/06)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que las inspecciones llevadas a cabo por las autoridades austriacas en la oficina de un abogado (en el marco de una investigación penal por fraude y malversación de fondos) constituyen una violación de sus derechos fundamentales y en particular del derecho a la correspondencia, garantizado por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En concreto, el Tribunal considera desproporcionado que los inspectores se llevaran copia de todos los documentos electrónicos disponibles en la oficina. En este sentido, llama la atención sobre la redacción de la orden de inspección «*en términos muy amplios*» y considera que la revisión independiente de la inspección por un órgano de supervisión fue insuficiente para proteger sus derechos.

Prohibición de publicidad de casinos

Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2012 en el asunto HIT e HIT LARIX/Bundesminister für Finanzen (as. C-176/11)

El Tribunal de Justicia declara que un Estado miembro puede prohibir la publicidad de casinos situados en otro Estado miembro cuando el grado de protección de los jugadores en este último no sea equivalente.

A pesar de constituir una restricción a la libre prestación de servicios, el Derecho de la Unión no se opone a que los Estados miembros exijan, para que se conceda la autorización de realizar publicidad, que se demuestre que la normativa aplicable en otro Estado miembro garantiza una protección contra los riesgos del juego de un nivel equivalente a la que garantiza ella misma. Dicha restricción estaría justificada por el objetivo de proteger a la población contra los riesgos inherentes a los juegos de azar y resulta proporcionada, ya que no constituye una carga excesiva para los explotadores de casinos extranjeros.

Transformación de sociedades de otros Estados miembros

Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2012 en el asunto VALE Építési kft (as. C-378/10)

El Tribunal de Justicia establece que cuando un Estado miembro reconoce a una sociedad la facultad de transformarse, también debe otorgársela a una sociedad constituida en otro Estado miembro.

En concreto, una normativa como la controvertida, que reconoce únicamente la facultad de transformarse a las sociedades que tienen su sede en Hungría, establece, de manera general, una diferencia de trato entre sociedades en función del carácter interno o transfronterizo de la transformación y constituye una restricción no justificada de la libertad de establecimiento.

Obligaciones lingüísticas en materia de contratos de trabajo infringen la libre circulación de trabajadores

Conclusiones del Abogado General Sr. Jääskinen de 12 de julio de 2012 en el asunto Anton Las / PSA Antwerp NV (as. C-202/11)

Según el Abogado General, la obligación de redactar en la lengua de una región de un Estado miembro todos los documentos relativos a una relación laboral que tenga un carácter internacional infringe la libre circulación de los trabajadores.

La normativa controvertida en el caso de autos, el Decreto lingüístico flamenco, impone el uso del neerlandés en el marco de las relaciones laborales entre trabajadores y empresarios cuyo centro de actividad radique en la región lingüística neerlandesa. El Abogado General considera que dicha política lingüística puede tener un efecto disuasorio respecto de los trabajadores y empresarios no neerlandófonos y no está justificada por ninguno de los objetivos invocados por el Gobierno belga: protección de los trabajadores, eficacia de los controles administrativos y judiciales y defensa de la lengua oficial.

Competencia del Tribunal de Justicia para resolver una cuestión de derechos fundamentales a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón de 12 de junio de 2012 en el asunto Aklagare contra Hans Akenberg Fransson (as. C-617/10)

Este asunto tenía por objeto una cuestión prejudicial relativa a la compatibilidad del principio de *non bis in idem* con una normativa de un Estado miembro que preveía la imposición de una doble sanción administrativa y penal aplicable en casos de fraude fiscal.

El Abogado General considera que el Tribunal de Justicia no es competente para conocer de este asunto, ya que la cuestión planteada estaba relacionada esencialmente con la potestad sancionadora del Estado sin que se identificase una conexión suficiente con el Derecho de la Unión Europea que justificase la intervención del Tribunal de Justicia (si bien la cuestión se refería al impago del IVA, la disposición nacional relevante que sanciona el impago de impuestos no está limitada al impago de impuestos con base en normativa comunitaria). Por este motivo, entiende que el Tribunal de Justicia debería declarar su falta de competencia para dar respuesta a las cuestiones formuladas por considerar que en aquellos casos en los que no pueda establecerse un vínculo claro con el Derecho de la Unión Europea, no procede la intervención de las instituciones europeas para revisar los actos de los poderes públicos de los Estados miembros.

Subsidiariamente, y para el supuesto de que el Tribunal de Justicia entendiese que es competente, el Abogado General entra a analizar el fondo del asunto. En concreto, analiza cuál es el alcance de los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ámbito del Derecho europeo. A este respecto sostiene que, si bien la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos forman parte del Derecho de la Unión como principios generales, el Convenio no es un instrumento jurídicamente vinculante integrado en el ordenamiento europeo y, por tanto, los derechos que reconoce no gozan de efecto directo ni de primacía. Por ello, el Abogado General considera que el alcance de la protección concedida a los derechos reconocidos en el Convenio por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es directamente trasladable al ámbito del Derecho europeo. Esta conclusión supone que el Derecho europeo puede conceder un nivel de protección diferente a estos derechos que el reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, el Abogado General advierte de que esta conclusión deberá ser revisada una vez se produzca la adhesión formal de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya que en ese momento el Convenio pasará a ser parte integrante del Derecho europeo.

El Abogado General concluye que, a pesar de que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que la imposición de dos sanciones, una administrativa y una penal, por los mismos hechos sería contraria al principio de *non bis in idem*, en el ámbito del Derecho de la Unión Europea esta conclusión debe matizarse, y considera que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no impediría a los Estados miembros el procesamiento ante la jurisdicción penal por unos mismos hechos ya sancionados en vía administrativa, siempre que se garantizase que el juez penal se encuentre en situación de tomar en consideración la previa existencia de la sanción administrativa a los efectos de mitigar la pena a imponer por la jurisdicción penal.

BIBLIOGRAFÍA

VV.AA.: «Enciclopedia de Derecho Concursal» (E. Beltrán y J.A. García-Cruces, dirs.), editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012

Hay que destacar la aparición de esta «Enciclopedia de Derecho concursal», en la que han colaborado juristas de reconocido prestigio, ya que ha dado lugar a un libro singular que no existía en el mercado editorial español.

Es una obra en dos tomos estructurada como un diccionario, donde cada voz sigue un esquema común: se explican los conceptos básicos que facilitan la comprensión de cada institución, se desarrolla el estudio completo del régimen jurídico aplicable y se añade la información jurisprudencial o bibliográfica necesaria para profundizar en la materia.

VV.AA.: «Derecho bancario y bursátil» (F. Zunzunegi, dir.), editorial Colex, Majadahonda, 2012

La presente obra es fruto de la colaboración de abogados y profesores de reconocido prestigio que ofrecen una colección de trabajos de indudable interés para todos los profesionales interesados en este sector, que está sufriendo una importante transformación en la actualidad.

En el libro se contienen, entre otros, estudios sobre la regulación financiera actual, el régimen del Banco de España, la contrapartida central, el tratamiento jurídico de las crisis bancarias, las ofertas públicas de venta o suscripción de valores, las ofertas públicas de adquisición, la sociedad anónima cotizada, las instituciones de inversión colectiva, las entidades de pago y de dinero electrónico, las tarjetas de crédito, la financiación de proyectos, las reestructuraciones financieras, los contratos bancarios sobre instrumentos financieros y la contratación en los mercados de futuros y opciones españoles.

Cunha, Carolina: «Letras e livranças: paradigmas actuais e recompreensão de um regime», editorial Almedina, Coimbra, 2012

A utilização das letras e livranças no mundo dos negócios moderno continua a verificar-se, embora com funções diferentes das que ditaram o seu nascimento. Entre as principais características deste novo modelo encontramos a ausência de circulação dos títulos, um aumento substancial dos títulos subscritos em branco e um maior protagonismo do aval. Os títulos são agora predominantemente utilizados como meio de acesso direto à ação executiva ou como via de obtenção de financiamento ou liquidez.

Nesta obra, uma tese de doutoramento, a autora analisa as principais questões colocadas por este novo modelo de utilização das letras e livranças.

* Sección realizada por Cristina Rodríguez-Morcón y Cláudia Lopes Gonçalves del Departamento de Gestión del Conocimiento

VV.AA. «*La regulación del mercado laboral: un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*» (I. García-Perrote y J. Mercader, dirs.), editorial Lex Nova, Valladolid, 2012

En este caso, se trata de una obra que contiene el estudio de las novedades que ha incorporado la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral tras la tramitación como proyecto de ley del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, junto con un primer análisis del reciente Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

Se ofrece, por tanto, un completo análisis práctico de una de las reformas más importantes que han afectado al mercado laboral desde la promulgación del texto original de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en el año 1980.

Blázquez Alonso, Noemí: «Manual de ordenación comercial», editorial La Ley, Las Rozas, 2012

Se trata del primer manual en el que se ofrece de forma integral un riguroso y exhaustivo estudio de la compleja regulación que afecta al sector de la distribución comercial en España, en el que, junto con la legislación estatal hay que tener en cuenta las diferentes normas de las Comunidades Autónomas y al que, además, recientemente ha afectado de forma esencial la transposición de la Directiva de Servicios.

La obra está dividida en tres secciones, dedicadas al estudio de la Directiva de Servicios, el modelo comercial estatal y los modelos autonómicos. En esta última sección se encuentra el núcleo esencial de este trabajo, donde se realiza un análisis completo de toda la regulación autonómica aplicable a los equipamientos comerciales, junto con una valoración crítica del grado de transposición alcanzado.

Epifânio, Maria do Rosário: «Manual de Direito da insolvência», editorial Almedina, Coimbra, 2012

O tema das insolvências mantém-se na ordem do dia em Portugal, pelo que, este manual, que vai já na sua 4 edição, é uma obra de reafirmado interesse.

A autora procede ao estudo (i) da tramitação do processo de insolvência constante do CIRE, (ii) dos efeitos da declaração de insolvência, (iii) e de alguns casos especiais, como sejam o processo especial de revitalização, o plano de insolvência e a insolvência das pessoas singulares (iv) não deixando de tratar das matérias relativas ao direito internacional da insolvência.