

CRÓNICA LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Unión Europea, España y Portugal

ADMINISTRATIVO

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Modificaciones normativas contenidas en la LPGE 2013

Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 (BOE de 28 de diciembre de 2012)

Esta Ley modifica el contenido de distintas normas administrativas, siempre con efectos desde el 1 de enero de 2013. Entre los cambios producidos, cabe destacar los siguientes:

- (i) Real Decreto Legislativo 3/2011 (TRLCSF), en relación con la adquisición centralizada de medicamentos y productos sanitarios.
- (ii) Real Decreto Legislativo 2/2011 (Texto Refundido de la Ley de Puertos), en relación con la tasa de ayudas a la navegación.
- (iii) Ley 43/2010 del Servicio Postal Universal. Se modifica la regulación relativa a la cuenta de compensación en las sociedades concesionarias de autopistas de peaje dependientes de la Administración General del Estado, principalmente, para dar garantías de financiación a estas sociedades concesionarias:
 - Se amplía el ámbito de aplicación de esta disposición adicional, incorporando a las sociedades concesionarias de tres nuevas autopistas de peaje.
 - La consignación anual, en la cuenta de compensación, de la diferencia entre los ingresos de peaje que se hubieran producido de haberse alcanzado el 80 % del tráfico previsto en el plan económico-financiero y los ingresos de peaje reales se podrá realizar hasta el año 2018.
 - Se permite la posibilidad de solicitar préstamos participativos al Ministerio de Fomento, y se puede proceder al reequilibrio de la concesión para el único fin de permitir la devolución del importe del préstamo y sus intereses.
- (iv) Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, respecto de la que, esencialmente, a) se prevén anticipos garantizados previstos en convenios de colaboración y encomiendas de gestión; b) se fija el momento de abono de la retención adicional de crédito del 10% del importe de adjudicación en los contratos de obra de carácter plurianual, con excepción de los realizados bajo la modalidad de abono total del precio; y c) se establece el procedimiento a seguir en el caso de que la Ley de Presupuestos Generales del Estado no autorizase créditos suficientes para hacer frente a obligaciones nacidas de negocios o actos jurídicos.

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

(v) Ley 39/2003 del Sector Ferroviario. Se establece que los servicios ferroviarios gestionados por FEVE serán ahora gestionados tanto por RENFE-Operadora como por el ADIF.

(vi) Ley 38/2003 General de Subvenciones. Se añaden previsiones respecto del otorgamiento de subvenciones nominativas.

(vii) Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Se añaden a los negocios jurídicos que deben formalizarse en documento administrativo las enajenaciones de inmuebles rústicos cuyo precio de venta sea inferior a 150.000 euros.

(viii) Ley 8/1972 de Construcción, conservación y explotación de las autopistas en régimen de concesión. Se tipifica como infracción administrativa el impago por parte del usuario del importe del peaje que corresponda.

(ix) Ley de Expropiación Forzosa. Se han realizado tres modificaciones: a) se incorpora la figura del interventor en la composición del Jurado Provincial de Expropiación; b) se amplía el plazo de retasación a 4 años, y c) se reconoce el derecho del expropiado a ser indemnizado en caso de nulidad del expediente expropiatorio, siempre que concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial administrativa.

Medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo

Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE de 23 de febrero de 2013)

El Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (en adelante, el «RD-L 4/2013») introduce una serie de previsiones que, fundamentalmente, establecen:

(i) Una ampliación del mecanismo de financiación de proveedores de entidades locales y de comunidades autónomas, que fue puesto en marcha por el Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, y completado por el Real Decreto-ley 7/2012, de 9 de marzo, y el Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 6 de marzo de 2012, normas que se aplican supletoriamente.

Se produce una extensión subjetiva del anterior mecanismo a todas las Comunidades Autónomas (y a sus entidades dependientes), también expresamente a las mancomunidades de municipios y a las entidades locales (también las del País Vasco y Navarra, previa suscripción de un convenio entre la Administración General del Estado y las Diputaciones Forales correspondientes).

Podrán beneficiarse de esta nueva fase:

a) Aquellos que mantengan con las entidades locales y comunidades autónomas a las que resulten de aplicación los modelos de participación en tributos del Estado, con obligaciones pendientes de pago que se hayan contabilizado o aplicado a los presupuestos de la entidad correspondientes a ejercicios anteriores a 2012, según el caso y que deriven de convenios de colaboración, concesiones administrativas, encomiendas de gestión, si la entidad encomendada tiene atribuida la condición de medio propio, contratos de arrendamiento sobre bienes inmuebles, contratos previstos en la Ley 31/2007, de Sectores Excluidos, contratos de concesión de obras públicas, contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, y contratos de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, correspondientes a la subvención que se hubiere pactado a cargo de la Comunidad Autónoma o ente local, siempre que se tuviese que haber ingresado al contratista con anterioridad a 1 de enero de 2012.

b) Aquellos que hayan suscrito con mancomunidades o con entidades locales del País Vasco y Navarra los contratos previstos en los RD-L 4/2012 y RD-L 7/2012, junto con los contratos indicados en el anterior apartado (a).

c) Proveedores que tuvieran facturas pendientes de cobro con entidades públicas que no se acogieron a la primera fase del mecanismo de financiación.

Finalmente, el RD-I 4/2013 establece el procedimiento que habrán de seguir los proveedores y las entidades públicas deudores para el cobro efectivo de las deudas, una vez aprobados/revisados los respectivos planes de ajuste, y la suscripción del correspondiente préstamo.

(ii) Medidas de lucha contra la morosidad en el pago de deudas contractuales entre las empresas y las Administraciones públicas. Las más relevantes son las siguientes: a) se simplifican los plazos de pago; b) se incrementa en un punto el tipo legal de interés de demora que se ha de sumar al tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación; c) se prevé que, en lo que se refiere a la indemnización por los costes de cobro, en todo caso se ha de abonar al contratista-acreedor una cantidad fija de 40 euros que se añadirán a los que resulten de la reclamación, desapareciendo asimismo el anterior límite de esta indemnización; y d) se incluye una relación indicativa de cláusulas y prácticas que han de considerarse abusivas.

(iii) Medidas en el sector ferroviario. Básicamente son las siguientes: a) se traspasa a ADIF la titularidad de la red ferroviaria de interés general (RIG); b) se introducen medidas (otorgamiento de licencia ferroviaria y certificado de seguridad, pero con la necesidad de acreditar posteriormente la concurrencia de las condiciones para su otorgamiento) en relación con las cuatro sociedades mercantiles estatales en que se reestructuró Renfe-Operadora; c) se procede al ajuste de las competencias administrativas en cumplimiento de lo dispuesto en la STC 245/2012 (*cf.* Jurisprudencia España); y d) se prevé que, salvo en los trenes «turísticos», se produzca una progresiva apertura a la competencia el transporte ferroviario de viajeros atribuyendo al Consejo de Ministros la competencia para determinar el número de títulos habilitantes a otorgar para cada línea en las que se prestará el servicio en régimen de concurrencia, títulos que se otorgarán a través del correspondiente procedimiento de licitación.

Nueva regulación de las tasas judiciales

Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (BOE de 21 de noviembre 2012)

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

Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita (BOE de 23 de febrero 2013)

A través de la Ley 10/2012, se instauró el nuevo régimen de la «tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social». Dicho régimen se ha modulado con la aprobación del Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita.

La tasa tiene carácter estatal y será exigible por igual en todo el territorio nacional. Sus caracteres principales, en lo que se refiere a la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo, son los siguientes:

(i) *Hecho imponible*: constituye el hecho imponible de la tasa la interposición del recurso contencioso-administrativo, de apelación contra sentencias y de casación.

(ii) *Sujeto pasivo*: lo es quien promueva el ejercicio de la potestad jurisdiccional y realice su hecho imponible, tanto si se trata de una persona jurídica como de una persona física.

(iii) *Exenciones de la tasa*: se prevén exenciones objetivas y subjetivas. Entre las primeras se incluyen a) la demanda y ulteriores recursos en procesos para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, así como contra la actuación de la Administración electoral; b) la interposición de recursos contencioso-administrativos cuando se recurra en casos de silencio administrativo negativo o inactividad de la Administración; c) la interposición de la demanda de ejecución de laudos dictados por las Juntas Arbitrales de Consumo; y d) la interposición de recurso contencioso-administrativo por funcionarios en defensa de sus

derechos estatutarios. Entre las exenciones subjetivas se encuentran los beneficiarios de la justicia gratuita, el Ministerio Fiscal y las entidades públicas, los órganos legislativos y los funcionarios; estos últimos, cuando actúen en defensa de sus derechos estatutarios, tendrán una exención del 60% en la cuantía de la tasa que les corresponda por la interposición de los recursos de apelación y casación.

(iv) *Devengo de la tasa*: con la interposición del recurso.

(v) *Determinación de la cuota*: sobre la base imponible (*i. e.*, la cuantía, que en los casos de cuantía indeterminada será de 18.000 euros), se aplica una cantidad variable que dependerá de si el sujeto pasivo es persona jurídica o física.

— Cuando el sujeto pasivo sea persona jurídica se satisfará, además, el tipo de gravamen que corresponda según la siguiente escala:

| De | A | Tipo-% | Máximo variable |
|----|-------------|--------|-----------------|
| 0 | 1.000.000 € | 0,5 | 10.000 € |
| | Resto | 0,25 | |

— Cuando el sujeto pasivo sea persona física se satisfará, además, la cantidad que resulte de aplicar a la base imponible de la tasa un tipo del 0,10% con el límite de cuantía variable de 2000 euros.

A ello se suma una cuota fija:

| Abreviado | Ordinario | Apelación | Casación |
|-----------|-----------|-----------|----------|
| 200 € | 350 € | 800 € | 1200 € |

Cuando el recurso contencioso-administrativo tenga por objeto la impugnación de resoluciones sancionadoras, la cuantía de la tasa, incluida la cantidad variable que prevé el apartado siguiente, no podrá exceder del 50% del importe de la sanción económica impuesta.

(vi) *Miscelánea*: la tasa se autoliquida según el modelo oficial; en caso de no acompañarse el justificante tras requerimiento de subsanación, no se dará curso al escrito, lo que puede dar lugar a la preclusión del acto procesal y a la consiguiente continuación o finalización del procedimiento, según proceda.

También se establecen las consecuencias de modificación sucesiva de la cuantía del proceso, supuestos de devoluciones y bonificaciones (10%) en caso de utilización de medios telemáticos.

Finalmente, el RD-L 3/2013 también adelanta la entrada en vigor de determinados aspectos del Anteproyecto de Ley de Justicia Gratuita, en concreto el aumento del número de beneficiarios y la elevación de los umbrales de renta para poder acceder a este derecho.

[Portugal]

SEN – 5.ª Alteração ao Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de outubro (DR 194, SÉRIE I, 8 de outubro de 2012)
Decreto-Lei n.º 29/2006, de 8 de outubro

O presente diploma procede à quinta alteração ao Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro, que estabelece regras comuns para o mercado interno de eletricidade.

No que respeita à produção de eletricidade, alteram-se os conceitos de produção em regime ordinário e de produção em regime especial, deixando esta última de se distinguir da primeira apenas pela sujeição a regimes especiais no âmbito de políticas de incentivo, na medida em que a produção em regime especial passa também a contemplar a produção de eletricidade em regime remuneratório de mercado.

Quanto ao transporte de eletricidade, e em face dos desafios colocados pelo processo de reprivatização do capital social de empresas no setor energético, visa clarificar e reforçar as exigências impostas em matéria de independência e separação jurídica e patrimonial do operador da RNT. Para o efeito, para além da revisão do procedimento de certificação e reapreciação da certificação, prevê-se o procedimento de certificação relativamente a países terceiros e da respetiva reapreciação, bem como modelos alternativos ao modelo de separação jurídica e patrimonial do operador da RNT, previstos na Diretiva n.º 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho, de modo a assegurar a liberdade da ERSE na conclusão e decisão dos referidos procedimentos.

Para além disso, estabelecem-se mecanismos que permitem ao Estado acompanhar e supervisionar as atividades da operadora da RNT não diretamente relacionadas com o transporte de eletricidade ou com a gestão técnica do sistema, com vista a que tais atividades sejam exercidas de forma independente e em harmonia com o interesse público.

Os requisitos em matéria de separação jurídica do operador da rede de distribuição são igualmente objeto de revisão, com o objetivo de assegurar, por essa via, a independência do referido operador face aos interesses de comercialização e produção, eliminando o risco de discriminação no acesso às redes e impedindo a troca de informações de natureza confidencial.

No que toca à comercialização, prevê-se, em articulação com as alterações realizadas ao conceito de produção em regime especial, que o comercializador de último recurso mantenha a obrigação de adquirir a eletricidade produzida em regime especial apenas enquanto esta beneficiar de tarifa ou outra remuneração garantida. A referida obrigação de aquisição cessa a partir do momento em que a eletricidade produzida pelos referidos centros eletroprodutores passe a ser remunerada a preços de mercado.

Não obstante, com vista a assegurar a aquisição de toda a energia produzida em regime especial, cria-se a figura do agregador facilitador de mercado, ao qual será atribuída, mediante licença, a obrigação de aquisição da referida energia aos produtores que o pretendam.

Por último, estabelecem-se regras que preveem uma repercussão favorável nas tarifas reguladas de práticas de consumo de eletricidade orientado para uma maior eficiência energética.

**SEN – 6.ª Alteração
ao Decreto-Lei n.º
172/2006, de 23 de
agosto**

Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de outubro (DR 194, SÉRIE I, 8 de outubro de 2012)

O presente diploma procede à sexta alteração ao Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto, que estabelece regras comuns para o mercado interno de eletricidade.

São desenvolvidas as regras aplicáveis à gestão técnica global do SEN, correspondente ao conjunto de funções cujo exercício é absolutamente fundamental para assegurar o funcionamento integrado e harmonizado das infraestruturas que integram esse sistema, ao mesmo tempo que se densifica o regime de planeamento dessas infraestruturas, em particular, da RNT e da RND.

Na sequência dos processos de reprivatização ocorridos no setor energético, procura o presente diploma, em particular, clarificar e reforçar as obrigações que impendem sobre os operadores da RNT e da RND, nas aludidas matérias de gestão técnica global do sistema e, de igual modo, no que toca à permissão de acesso não discriminatória e transparente às redes e à garantia de confidencialidade de informações comercialmente sensíveis, sendo, para o efeito, instituídos novos mecanismos de acompanhamento e de supervisão do cumprimento das obrigações constantes dos contratos de concessão e adaptadas as respetivas bases.

No que respeita à produção de eletricidade, altera os conceitos de produção em regime ordinário e produção em regime especial, deixando esta última de se distinguir da primeira apenas pela sujeição a regimes especiais no âmbito de políticas de incentivo, na medida em que a produção em regime especial passa também a contemplar a produção de eletricidade através de recursos endógenos em regime remuneratório de mercado.

Neste contexto, o presente decreto-lei procede a uma consolidação do regime jurídico aplicável à produção de eletricidade em regime especial e, em particular, através de fontes de energias renováveis, até agora dispersa por vários diplomas, completando a transposição da Diretiva n.º

2009/28/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, de 23 de abril, relativa à promoción da utilización e enerxía proveniente de fontes renovábeis.

Por seu turno, clarifica, en articulación con as alteracións realizadas ao concepto de produción en réxime especial, os contornos da obrigação de o comercializador de último recurso adquirir a electricidade producida en réxime especial, bem como asegurar a aquisição de toda a enerxía producida ao abrigo do referido réxime por via da criação da figura do agregador facilitador de mercado.

No que se refere   comercialização en réxime de mercado, simplifica as regras de acceso e exercicio a essa actividade, visando a súa adaptação aos principios e regras constantes do Decreto -Lei n.  92/2010, de 26 de julho, que transp s para a ordem jurídica interna a Diretiva n.  2006/123/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, de 12 de dezembro, relativa aos servizos no mercado interno, e clarifica o estatuto dos diversos comercializadores en réxime de mercado e de último recurso.

Por fim, no plano da proteção dos consumidores, asegura, designadamente, o fornecimento de electricidade pelos comercializadores de último recurso n o apenas aos clientes finais economicamente vulnerábeis mas também en locais onde n o exista oferta dos comercializadores de electricidade en réxime de mercado, bem como en situaç es en que o comercializador de mercado tenha ficado impedido de exercer a actividade de comercialização de electricidade.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

Inconstitucionalidad en la Ley del Sector Ferroviario al introducir un criterio «subjetivo» en la delimitación de la Red Ferroviaria de Interés General

Sentencia 245/2012, de 18 de diciembre, del Pleno del Tribunal Constitucional (BOE de 22 de enero de 2013)

La sentencia señala que las competencias del Estado en materia de ferrocarriles vienen dispuestas en los apartados 21.  («criterio territorial») y 24.  («criterio del interés general»).

Frente a esta situación, el Tribunal Constitucional no admite que la DA 9.  de la Ley del Sector Ferroviario introduzca un nuevo criterio de delimitación de la competencia estatal, que cabría denominar «criterio subjetivo». En virtud de este nuevo criterio, pasaban a formar parte de la Red Ferroviaria de Interés General (RIG) controlada por el Estado todas las infraestructuras ferroviarias que a su entrada en vigor estuvieran siendo administradas por RENFE, GIF, las Autoridades Portuarias y FEVE.

Tampoco permite que el Ministerio de Fomento realice la determinación concreta de las líneas ferroviarias que integran la RIG por entender que conlleva «la sustitución pura y simple del criterio territorial por el del interés general».

Validez en los pliegos de un criterio de preferencia en la adjudicación denominado «igualdad», que otorga puntuaciones, en caso de empate de las ofertas, en atención al porcentaje de personal femenino fijo en la sociedad licitadora

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de julio de 2012 (recurso núm. 5377/2009)

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de Extremadura que declaró conforme a Derecho la resolución por la que se anunció un procedimiento de contratación abierto para la contratación de unas obras, en la que se incluía un criterio de preferencia en la adjudicación denominado «igualdad», que otorgaba puntuaciones en atención al porcentaje de personal femenino fijo en la sociedad licitadora.

La Sala comparte con el tribunal de instancia que la «igualdad» no se estableció como un criterio más de adjudicación, sino como un «elemento para otorgar una preferencia en la adjudicación» solamente en el caso de que, con la aplicación de los criterios objetivos que deben regir la adjudicación, se produzca una situación de igualdad o empate entre dos o más ofertas.

A efectos de la contratación in house, se precisa participación tanto en el capital social como en los órganos de dirección de la entidad

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de noviembre de 2012 (asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, el «TJUE») especifica que el requisito del «ejercicio conjunto sobre la entidad de un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios», definido a través de su jurisprudencia, «se considerará cumplido cuando cada una de las administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión».

No obstante, el TJUE no entra a analizar si en este caso el pacto de accionistas suscrito por estos dos Ayuntamientos les confiere un «control efectivo» sobre ASPEM, por ser una cuestión que incumbe al órgano judicial remitente.

No cabe admitir ofertas con expresiones tales como «sin límite» o «ilimitadas» cuando se han fijado en los pliegos criterios evaluables mediante fórmulas matemáticas

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de octubre de 2012 (recurso núm. 585/2011)

La Sala considera plenamente válida y conforme a los pliegos la exclusión de la recurrente por la realización de una oferta de carácter ilimitado. De acuerdo con los pliegos del caso, la puntuación de las ofertas se obtendría de aplicar una fórmula matemática en la que se multiplica la oferta a valorar por un factor determinado y se divide por la oferta más alta. Teniendo en cuenta lo anterior, la sentencia aprecia que la no cuantificación de una oferta y su sustitución por una expresión que equivale a infinito suponía que la aplicación de la fórmula a todas las ofertas arrojaba cero como resultado, de modo que, en el caso de autos, quedaría eliminada la concurrencia en dos de los cuatro criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas. A juicio de la Sala, lo anterior supone una «considerable e injustificada ventaja para la única oferta que, conforme a la interpretación propuesta [la de la recurrente], obtendría la máxima puntuación en ambos casos» y, en consecuencia, desestima el recurso interpuesto.

Los operadores de telefonía móvil que no sean titulares de las instalaciones no están sujetos a la tasa de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de octubre de 2012 (rec. 1085/2010)

La sentencia de instancia había desestimado las pretensiones de la recurrente (operadora de telefonía móvil) en el entendimiento de que lo que la tasa objeto de recurso grava es la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, con independencia de que el sujeto sea o no el propietario de las redes o instalaciones.

Sin embargo, el TS aplica el criterio establecido por el TJUE en su sentencia de 12 de julio de 2012. En ella se resolvió que el artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos a los operadores que no sean sus propietarios. Ello se debe a que los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, ya sea por encima o por debajo de ella, se conceden a la empresa que está habilitada para instalar tales recursos en el suelo, el subsuelo o el vuelo, es decir, a la empresa que sea propietaria de la instalación. Por tanto, los operadores que utilicen dichos recursos, pero no sean sus propietarios, no realizan el hecho imponible y no están sujetos a la tasa.

Además, tal y como resolvió el TJUE, el artículo 13 de la citada Directiva tiene efecto directo, por lo que es posible invocarlo ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a la aplicación de una resolución administrativa que resulte incompatible con dicho artículo.

Aclaración de los límites de las decisiones de investigación de la Comisión Europea, en sus decisiones de investigación en materia de competencia

Sentencias del Tribunal General de la Unión Europea de 14 de noviembre de 2012, en los asuntos T-135/09 (Nexans France SAS y Nexans SA contra Comisión) y T-140/09 (Prysmian SpA y Prysmian Cavi e Sistemi Energia Srl contra Comisión)

Se trata de dos sentencias casi idénticas que estiman parcialmente dos recursos de anulación contra sendas decisiones de la Comisión Europea por las que se resuelve abrir investigaciones contra una serie de entidades por prácticas colusorias, en aplicación de los artículos 81 y 82 TCE y 20.4 del Reglamento (CE) 1/2003.

Se señala que, en la decisión por la que se inicia la investigación, deben precisarse con claridad los sectores de actividad afectados por ella, de tal modo que (a) la entidad investigada sepa

hasta dónde llega su deber de colaboración y (b), en caso de revisión judicial, el Tribunal pueda decidir si los indicios en que se basa la decisión eran suficientemente fundados o no respecto de cada sector. A este respecto, es la Comisión la que tiene la carga de probar que efectivamente dispone de tales indicios.

Así pues, las peticiones de información que se hagan durante la inspección deben limitarse a los sectores especificados, y los documentos que no tengan relación con ellos no pueden utilizarse. Sin embargo, no habría en principio una limitación geográfica.

Finalmente, se hace una precisión sobre qué actos son recurribles en anulación: podría serlo la decisión de abrir la investigación, pero no las concretas peticiones de información, que son simplemente actos de ejecución de dicha decisión y, por tanto, no están entre los actos.

ARBITRAJE*

1 · JURISPRUDENCIA

[España]

El Juzgado de Primera Instancia nº 101 de Madrid rechaza despachar ejecución de laudos si no se acompaña copia original del convenio arbitral

Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 101 de Madrid de 6 de febrero de 2013

El Juzgado de Primera Instancia nº 101 de Madrid ha dictado recientemente una resolución por la que rechaza despachar ejecución de un laudo por no acompañar la demanda de ejecución con la copia original del convenio arbitral.

La parte ejecutante, parte beneficiaria de un pronunciamiento de condena en un laudo, formuló demanda de ejecución y presentó la fotocopia del contrato que unía a las partes y en el que se incluía el convenio arbitral.

Sin embargo, el Juzgado, en un primer momento y probablemente por error, acordó inadmitir la demanda de ejecución por considerar que no se acompañaba el convenio arbitral y que, por tanto, no se cumplían los requisitos previstos en el artículo 550 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La parte ejecutante se alzó ante esta resolución e interpuso un recurso de reposición solicitando la admisión de la demanda y el despacho de ejecución frente a la parte condenada en el laudo arbitral.

El Juzgado, a la vista del recurso, revocó el auto por el que inadmitía la demanda de ejecución y reconoció expresamente que se había presentado copia del convenio arbitral desde un primer momento. No obstante, dado que en los autos solo constaba una fotocopia del documento, el Juzgado requirió a la ejecutante para que presentase la copia original del convenio arbitral y señalaba expresamente que, de lo contrario, no se procedería a despachar ejecución.

La decisión del Juzgado es consistente con lo dispuesto en el artículo IV.b) de la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, que exige acompañar el original del convenio arbitral (o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad) a la solicitud de reconocimiento y ejecución de laudo extranjero.

* Esta sección ha sido coordinada por Álvaro López de Argumedo y Miguel Virgós Soriano, y en su elaboración han participado José María Fernández de la Mela, Katharine Menéndez de la Cuesta Lamas, Pablo Martínez Llorente, Juliana de Ureña, Patricia Ugalde Revilla, Beatriz Hernández-Gil Quiroga, Constanza Balmaseda Serrat-Valera, Laura Machuca Menéndez, Rafael del Rosal, Patricia Rodríguez Martín, Paula Adrega y Rita Castanheira, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

Este obstáculo podrá ser salvado en la mayor parte de los casos aportando el Acta de Misión firmada por ambas partes o mediante la invocación del artículo 9.5 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que supone la existencia de convenio arbitral cuando las partes se intercambian escritos de demanda y contestación, y la parte demandada no niega su vigencia.

Sin perjuicio de lo anterior, no deja de llamar la atención el formalismo de esta resolución, que se muestra inconsistente con la línea mantenida por nuestro Tribunal Supremo, quien ha declarado en múltiples ocasiones que la «*voluntad [de someter sus diferencias a arbitraje] (...), a falta de su exteriorización y plasmación en un documento suscrito por las partes, cabe encontrar[la] en el conjunto de las comunicaciones mantenidas y en las actuaciones llevadas a cabo entre una y otra parte de la relación negocial*» (vid. ATS de 31 de julio de 2999, RJ 6875; ATS de 21 de octubre de 2003, JUR 2003, 261845 y los autos allí citados).

La indefensión carece de trascendencia anulatoria cuando es imputable a la parte que la alega

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, de 18 de mayo de 2012

La sentencia delimita el alcance de la indefensión que el motivo de anulación recogido en el artículo 41.1.b) de la Ley de Arbitraje tiene como presupuesto, al establecer que no podrá apreciarse su concurrencia cuando la supuesta indefensión sea imputable al propio comportamiento de quien la alega como motivo de anulación del laudo.

La fundamentación de la sentencia descansa sobre una «*reiterada*» doctrina del Tribunal Constitucional que excluye la producción de indefensión en «*aquellas otras [hipótesis] en que la eliminación o disminución del derecho de defensa fue provocado por la propia gestión del interesado que, de modo consciente o por negligencia o falta de diligencia se colocó en situación de indefensión*».

En el caso examinado consta acreditado que la notificación de la iniciación del procedimiento arbitral a la parte demandada fue intentada en diversas ocasiones en el domicilio indicado en el contrato del que derivaba la disputa y mediante llamadas telefónicas al número de teléfono móvil proporcionado por la actora, siempre sin éxito. También se tiene por probado que la demandada había recibido debidamente requerimientos de pago previos al inicio del arbitraje en ese domicilio, respecto del cual nunca se comunicó cambio alguno, y que, concluido el arbitraje, la Comisión Judicial practicó en esa misma dirección la notificación del auto que despachaba la ejecución del laudo. La sentencia considera por ello que los árbitros actuaron de conformidad con lo estipulado en la Ley de Arbitraje y en el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Alicante y que observaron la diligencia debida tanto en el emplazamiento inicial como en la notificación del laudo. Con base en lo anterior, la sentencia concluye que «*ha sido la actitud pasiva del propio interesado, demandante en este juicio de anulación, la que ha provocado su «presunta» indefensión*».

La notificación practicada en circunstancias que no permitan obtener constancia de su recepción es inválida aun cuando se haya efectuado de conformidad con lo pactado

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18ª) de 27 de septiembre de 2012

La sentencia establece que no es suficiente con efectuar la notificación en el domicilio designado a efectos de comunicaciones en el contrato cuando la notificación así efectuada no permite tener constancia de su efectiva recepción.

La disputa que da origen al arbitraje y al posterior procedimiento de anulación surge de un contrato de compraventa de participaciones sociales en el que se pactó que el domicilio de las partes intervinientes como avalistas —promotoras de la acción de anulación— sería el mismo que el de la sociedad avalada. Con base en ese acuerdo, la solicitud de arbitraje fue notificada a todas las codemandadas, tanto a las avalistas como a la avalada, en el domicilio de esta última. Como consecuencia de lo anterior, las avalistas nunca fueron directamente notificadas de la iniciación de las actuaciones arbitrales, lo que a juicio de la Sala les privó de la posibilidad de ejercer su defensa en el seno del procedimiento arbitral.

La anterior conclusión no decae, según la Sala, como consecuencia de las concretas previsiones contractuales sobre notificación convenidas por las partes, pues «*debe distinguirse entre las notificaciones y comunicaciones que a lo largo de la vida ordinaria negocial se efectúen con fun-*

damento en ese contrato y sus vicisitudes y las comunicaciones y notificaciones que hayan de efectuarse en el proceso arbitral, puesto que en el convenio arbitral no se pactó que para su tramitación hubiera de considerarse también como domicilio el mismo que para el desarrollo de esa relación negocial o contractual ordinaria».

La diligencia debida en la notificación de las actuaciones arbitrales exige acudir a cualesquiera otros domicilios designados por las partes en el contrato

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª) de 8 de octubre de 2012

La sentencia examina el estándar de diligencia exigible en la práctica de la notificación de las actuaciones arbitrales y acuerda la anulación del laudo impugnado al no haberse intentado la notificación de la solicitud de arbitraje más que en uno de los domicilios de la demandada designados al efecto en el contrato litigioso.

En el caso enjuiciado, la notificación de la solicitud de arbitraje fue únicamente intentada, con resultado negativo, en el domicilio correspondiente al local arrendado, a pesar de que *«en el convenio arbitral se designó también como domicilio el que «figura en el encabezamiento de este contrato, aquéllos que figuran en el contrato de arrendamiento (...) y en todo caso, el arrendatario designa el domicilio arrendado»*. La Sala aprecia por ello que el órgano arbitral (se entiende que se refiere a la institución administradora del arbitraje, la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad) no cumplió con las cautelas y garantías exigibles, según las cuales debería haber intentado notificar la solicitud de arbitraje en cualquiera de los otros domicilios designados a efectos de notificaciones, con la finalidad de *«evitar cualquier atisbo de indefensión»*.

Al fundar su decisión, la sentencia recuerda que, según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (SSTC 12-2-2001 y 16-3-2001), en los actos de comunicación procesal *«a la Jurisdicción le viene impuesto un deber específico de adoptar (...) todas las cautelas y garantías que resulten razonablemente adecuadas para evitar que esa finalidad [llevar al conocimiento de los afectados las resoluciones judiciales para que estos puedan adoptar la postura que estimen pertinente para la defensa de sus intereses] se frustre por causas ajenas a la voluntad de aquellos a quienes afecte»*.

2 · DECISIONES

Un tribunal se declara incompetente para conocer de una reclamación presentada por un banco británico contra Tanzania, por considerar que dicho banco no era un inversor bajo el APPRI al carecer de participación activa en el proceso de inversión

Laudo del Tribunal Arbitral del caso CIADI n.º ARB/10/12 (Standard Chartered Bank c. República Unida de Tanzania) de 2 de noviembre de 2012

Un Tribunal Arbitral constituido en el marco del Convenio CIADI ha establecido que para que un inversor quede protegido por el APPRI es necesario que este haya contribuido activamente a la inversión. No basta, como sucede en el presente caso, con que la conexión con la inversión derive únicamente de una relación pasiva de titularidad sobre las acciones de la compañía inversora. Por estos motivos, el Tribunal se ha declarado incompetente para conocer una reclamación presentada por Standard Chartered Bank («SCB»), banco de Reino Unido, contra la República Unida de Tanzania («Tanzania») bajo el Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Tanzania, de 7 de enero de 1994 (el «APPRI»).

El origen de la disputa es un contrato entre la empresa pública tanzana, Tanzanian Electric Supply Company («Tanesco») y la compañía Independent Power Tanzania Limited («IPTL»), por la que IPTL se comprometía a diseñar, construir y operar una planta de energía en Tegeta. Para la financiación del proyecto, IPTL obtuvo en 1997 una línea de crédito a través de un consorcio de bancos malasio. En agosto de 2005, la filial hongkonesa de SCB, SCB HK, compró al consorcio de bancos malasio dichos créditos y se convirtió en el único prestamista de IPTL.

En mayo de 2010, SCB demandó a Tanzania ante un tribunal CIADI por haber infringido el APPRI, entre otras razones, como consecuencia de la adquisición de la planta energética que, según la demandante, constituía una expropiación. Según SCB, al adquirir el préstamo concedido a IPTL a través de su filial, la demandante se habría convertido en «inversor» bajo el APPRI. En concreto, en mayo de 2010, SCB era socio minoritario de SCB HK, con el 39% de las accio-

nes. El restante 61% lo controlaba indirectamente a través de SC Sherwood, íntegramente participada por SCB.

La demandante sostiene que el artículo 8(1) del APPRI («referencia a las disputas CIADI») debe interpretarse extensivamente cuando habla de controversias en relación con una «inversión de» («*an investment of*»). En consecuencia, tanto las inversiones directas como las indirectas quedan bajo la protección del APPRI y basta con tener una participación en la compañía inversora, aunque no se tenga control sobre ella. Sin embargo, la demandada sostiene que el citado precepto únicamente confiere competencia al tribunal sobre las inversiones en Tanzania que sean de facto realizadas o directamente controladas por un nacional o empresa del Reino Unido.

El Tribunal analiza el lenguaje del artículo 8(1) del APPRI, que reproducimos en sus términos literales: «*Each Contracting Party hereby consents to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (...) any legal dispute arising between that Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former*» El Tribunal advierte que, a diferencia de otros tratados, el APPRI no define la relación que debe existir entre el demandante y la inversión para que se dé el requisito de jurisdicción bajo el tratado. El Tribunal parte de las reglas de interpretación recogidas en el Convenio de Viena sobre el Derecho de Tratados de 1969 y señala que debe atenderse al «*sentido corriente*» que ha de atribuirse a los términos del artículo 8(1) del APPRI, teniendo en cuenta su contexto, su objeto y propósito.

Entre las consideraciones del Tribunal destacan las siguientes:

(i) Por una parte, el Tribunal advierte que el APPRI ofrece una definición amplia de «inversión», que engloba «*cualquier tipo de activo*», incluidas las acciones, obligaciones o cualquier otro tipo de participación en una compañía. Sin embargo, el Tribunal se centra en la interpretación del artículo 8(1) del APPRI y analiza otras disposiciones del APPRI que, a su juicio, implican una relación activa entre el inversor y la inversión. Así, por ejemplo, puesto que el preámbulo y el artículo 11 del APPRI hablan de «*inversión por inversores*» o «*inversión por nacionales o compañías*», el Tribunal entiende que debe inferirse que el APPRI protege la inversión realizada por inversores. Por otra parte, señala el Tribunal que otros preceptos del APPRI se refieren expresamente al territorio del Estado donde la inversión se realiza. Nada indica que deba interpretarse el artículo 8(1) en sentido diferente. En definitiva, el texto del APPRI revela que lo que protege es al inversor que desempeña un rol activo en la inversión, ya sea directamente o a través de un agente o entidad bajo su control.

(ii) El Tribunal señala que debe tenerse en cuenta que el APPRI tiene como propósito fundamental, tal y como se desprende de su preámbulo, atraer inversión extranjera. En este sentido, a juicio del Tribunal resulta difícil que un tratado pueda promover la inversión extranjera si el nacional del Estado inversor no tiene ningún rol en la decisión de invertir, ni en la financiación de la inversión, o no puede controlarla y gestionarla una vez realizada.

(iii) Por último, el Tribunal relaciona el hecho de que la adquisición de los préstamos fue realizada por la filial hongkonesa y no por el banco británico, con la naturaleza recíproca del APPRI. En este sentido, el Tribunal advierte que no cabe imaginar a un directivo de la filial hongkonesa decidiendo adquirir los préstamos con la expectativa de quedar protegido por el APPRI Reino Unido-Tanzania. Si ello fuera así, el APPRI favorecería la inversión solo en una única dirección, pues no impone responsabilidades sobre Hong Kong que protejan a inversores tanzanos ni ofrece beneficio alguno a los nacionales de Tanzania que inviertan en Hong Kong.

En definitiva, el Tribunal hace una lectura restrictiva de la definición de inversor bajo el APPRI y concluye que este solo protege a los inversores británicos que tienen un rol activo en el proceso de la inversión. A juicio del Tribunal, una cadena indirecta de titularidad sobre las acciones de una compañía cuyo control no se tiene no es suficiente para que exista inversión bajo el APPRI.

Miembros del Tribunal Arbitral: Prof. William W. Park, Presidente (Estados Unidos de América); Sr. Barton Legum (Estados Unidos de América) y Prof. Michael C. Pryles (Australia).

[Portugal]

Arbitragem - Prazo Para Requerer a Anulação de Sentença

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 256/2012, de 26 de setembro de 2012

O TC julgou não-inconstitucional a interpretação do artigo 28.º, n.º 2, da LAV, segundo a qual o prazo para a propositura de ação de anulação de decisão arbitral, quando existam duas decisões arbitrais, se conta a partir da notificação da primeira decisão que se pronuncie sobre o mérito da causa e não a partir da segunda decisão que seja meramente complementar da primeira (ainda que tenham sido arguidas nulidades ou suscitada a reforma da primeira decisão).

No caso em apreço, o demandado num processo arbitral requereu ao tribunal arbitral a retificação de lapsos de escrita constantes da decisão proferida, a declaração de nulidade da mesma e a respetiva reforma. Em consequência, o tribunal arbitral proferiu uma segunda decisão, complementar da primeira, na qual procedeu à retificação de lapsos materiais, e considerou improcedente o pedido de reforma da decisão arbitral originária.

Insatisfeito com a segunda decisão do tribunal arbitral, o demandado intentou em juízo uma ação de anulação da decisão arbitral, a qual foi julgada improcedente pelo TRP, com fundamento em extemporaneidade para a propositura da ação de anulação (nos termos do artigo 28.º, n.º 2, da LAV (prazo este que, no entendimento do TRP se conta a partir da data da prolação da decisão originária e não a partir da data da prolação da decisão complementar).

Na perspetiva dos recorrentes aquele prazo deveria iniciar-se apenas com a notificação da segunda decisão, porque apenas nesse momento se consolidou, em termos definitivos, a decisão sobre o mérito da causa sob pena de denegação do direito de acesso à Justiça.

O TC entendeu que a interpretação do TRL não era inconstitucional por duas ordens de motivos.

Por um lado, porque os recorrentes, tendo voluntariamente escolhido recorrer à arbitragem, não podiam desconhecer que é consensual o entendimento de que, uma vez proferida a decisão, se esgota o poder jurisdicional dos árbitros e que estes apenas podem proceder à retificação de lapsos e erros materiais involuntários, mas não apreciar nulidades e alterar a decisão proferida. O TC entendeu ainda que esta interpretação «permite a promoção de outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos, tais como a celeridade processual (...) e a segurança jurídica», reduzindo as possibilidades de retardar o trânsito em julgado da decisão arbitral sobre o mérito da questão.

Por outro lado, o TC argumentou que tal solução interpretativa não priva os recorrentes do acesso ao controlo da decisão pelos tribunais comuns, uma vez que as aludidas nulidades sempre poderão ser arguidas em sede de oposição à execução, caso a decisão arbitral venha a ser executada.

COMPETENCIA*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

No sujeción de las operaciones de reestructuración bancaria a las normas de control de concentraciones nacionales

Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita

La disposición final cuarta del Real Decreto-ley 3/2013 ha establecido una modificación de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, por la que se dispone que las adquisiciones de activos por parte de la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (Sareb) al amparo de lo dispuesto en la Ley 9/2012 no estarán sujetas al régimen de control de concentraciones previsto en la Ley 15/2007. Esta medida no afecta a la obligación de notificar a la Comisión Europea estas operaciones si se alcanzan los umbrales de notificación europeos establecidos en el Reglamento 139/2004, de control de concentraciones económicas.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

El TJUE confirma la legitimación activa de la Comisión Europea para reclamar daños resultantes de un acuerdo sancionado por dicha institución

Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 2012 en el asunto Comisión Europea contra Otis y otros (as. C-199/11)

En el año 2007, la Comisión Europea sancionó a varias empresas por su participación en un acuerdo anticompetitivo en el mercado de los ascensores y escaleras mecánicas. Con posterioridad a la publicación de la sanción, dicha institución presentó ante un tribunal civil de Bruselas una reclamación para recabar de las empresas sancionadas una indemnización de daños y perjuicios derivada de la compra de aparatos elevadores afectados por la práctica sancionada por parte de instituciones de la Unión Europea.

Las empresas sancionadas cuestionaron que la Comisión, tras haber investigado y declarado la existencia de una práctica anticompetitiva, pudiera acudir a los tribunales nacionales para solicitar una indemnización de daños. Según las demandantes, la Comisión habría tenido un acceso privilegiado a información, obtenida en el uso de sus facultades de inspección, y que ahora podía utilizar contra las partes en el proceso civil. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha rechazado este argumento y ha confirmado la legitimación de la Comisión Europea para reclamar daños y perjuicios por apreciar que, en su acción civil, la Comisión Europea no había empleado más información que la publicada en la versión no confidencial de la Decisión, accesible a cualquier empresa.

El TGUE confirma la sanción por ejecución prematura de una concentración económica (gun jumping)

Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2012 en el asunto Electrabel contra Comisión Europea (as. T-332/09)

El 10 de junio 2009 la Comisión Europea impuso a Electrabel una sanción de 20 millones de euros por haber ejecutado una operación de concentración sin la preceptiva autorización. En

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

concreto, los hechos se remontaban al año 2003 y se habían materializado mediante la adquisición de una participación minoritaria, pero de control, en la empresa adquirida.

La sentencia confirma la sanción impuesta por la Comisión Europea. El Tribunal General recuerda que es posible la toma de control exclusivo (y por tanto la existencia de una operación de concentración) por parte de un accionista minoritario cuando éste dispone de capacidad para ejercer una influencia decisiva sobre la empresa afectada. En este caso, y en contra de lo sostenido por la empresa, esta influencia se materializaba en varias circunstancias de hecho y de derecho (como, por ejemplo, la dispersión del capital social de la empresa adquirida o la consideración del accionista en cuestión como único socio industrial).

El TGUE acota los poderes de inspección de la Comisión Europea

Sentencia del Tribunal General de 14 de noviembre de 2012 en el asunto Nexans France SAS y Nexans SA contra Comisión (as. T-135/09)

En esta resolución judicial, el Tribunal General ha establecido importantes límites para la práctica de una inspección domiciliaria por parte de la Comisión Europea. El Tribunal General ha confirmado que, aunque en el momento de realizar inspecciones la Comisión no está obligada a delimitar de forma precisa el mercado o mercados concretos cubiertos por la investigación, la Comisión siempre debe identificar los sectores concretos a los que afecta la supuesta infracción y respecto de los cuales debe disponer de motivos suficientes para sospechar la existencia de un incumplimiento. Esta identificación debe realizarse con un grado de precisión suficiente que permita a las empresas en cuestión limitar su cooperación a sus actividades en dichos sectores.

En este caso, las demandantes habían alegado que la Comisión había llevado a cabo una *fishing expedition* (i. e., la práctica de una inspección sin que existan indicios de infracción respecto de todos los productos objeto de la inspección). A este respecto, el Tribunal General condenó la práctica de realizar *fishing expeditions*, precisando que es necesario determinar si, en el momento de la decisión de inspección, la Comisión disponía de indicios suficientemente importantes para justificar la injerencia en la esfera de actividad privada de la empresa relativa a todos los productos afectados. En este caso, ante la constatación de la inexistencia de tales indicios, el Tribunal General estimó que los productos respecto de los que no existían indicios debían excluirse del ámbito de la inspección, procediendo a la anulación de la decisión de inspección en este extremo.

[España]

La AN anula una sanción por ejecución prematura de una concentración económica (gun jumping)

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 28 de septiembre de 2012, en el recurso contencioso-administrativo núm. 566/2010, Bergé

La Audiencia Nacional («AN») ha estimado el recurso presentado por una sociedad contra una resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia («CNC»), de 29 de julio de 2010, en la que se le imponía una sanción por la ejecución de una concentración que no había sido notificada. La sanción de la CNC se basaba en la consideración de que Bergé había cometido un error en la definición del mercado relevante, lo que hacía que su cuota de mercado superase el umbral de notificación obligatoria.

La AN confirma que, en un procedimiento sancionador de esta naturaleza, la definición del mercado relevante y de la cuota de mercado de las partes debe quedar probada por la CNC fuera de toda duda razonable. Por ello, en caso de que existan dudas o de insuficiencia en las pruebas aportadas, prevalece el derecho a la presunción de inocencia de la empresa y, por tanto, no cabría declarar la existencia de una infracción. En este caso, la propia CNC no cerró de manera definitiva la definición del mercado, concluyendo en su resolución que ha optado por la delimitación del mercado más razonable. La AN señala que este juicio de razonabilidad puede ser suficiente en un procedimiento de concentración, pero no en un procedimiento sancionador en que los elementos del tipo deben constar debidamente acreditados. Por último, la AN ha confirmado también que el hecho de que la empresa no hubiera hecho uso del mecanismo de consulta previa previsto en la Ley 15/2007, no es relevante para determinar una negligencia atribuible a la empresa, en la medida en que este mecanismo no es obligatorio para las empresas.

La AN anula parcialmente una sanción en el mercado de los residuos sanitarios

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 15 de octubre de 2012, en el recurso contencioso-administrativo núm. 1470/2010, Cespa

La AN ha anulado parcialmente una resolución sancionadora del Consejo de la CNC en la que se imponía a una empresa una multa de 600.000 euros por la firma de un pacto de no competencia que excedía los límites establecidos por la práctica de la CNC como admisibles para una restricción accesoria en el marco de una operación de concentración. En su sentencia, y tras constatar la falta de efectos de la cláusula en cuestión, la AN ha considerado que este tipo de infracciones deben entenderse en su caso restrictivas en atención a sus efectos, y no por su objeto. En consecuencia, ha procedido a anular la resolución en este punto.

El TS declara la prescripción de una sanción impuesta por el TDC

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 20 de diciembre de 2012, en el recurso de casación núm. 3495/2009, Telefónica Móviles España, S.A. c. Comisión Nacional de la Competencia

El 26 de febrero de 1999, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia («TDC») impuso una sanción por un abuso de posición de dominio de 3.666.173,83 euros. La empresa recurrió la resolución sancionadora y solicitó, como medida cautelar, la suspensión de la obligación del pago de la multa. La petición de suspensión fue rechazada por la AN en 2002 y por el Tribunal Supremo («TS») en 2006. En 2007 el TDC reclamó a la empresa el pago de la multa impuesta en 1999.

Esta sentencia resuelve el recurso de casación presentado por la empresa contra dicha reclamación alegando la prescripción de la sanción. El TS ha casado la sentencia de la AN desestimatoria de la pretensión de la recurrente y ha estimado la prescripción de la sanción del TDC. El TS entiende que el plazo inicial del cómputo de prescripción es el de la firmeza administrativa de la resolución, que se habría producido tras la desestimación de la medida cautelar de suspensión en el año 2002, momento en que la sanción impuesta por la CNC fue exigible por la Administración.

La AN anula la resolución sancionadora en el sector de los seguros

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 18 de diciembre de 2012, en el recurso contencioso-administrativo núm. 865/2009, Munich RE c. Comisión Nacional de la Competencia

La AN ha anulado la resolución del Consejo de la CNC de 12 de noviembre de 2009 por la que se imponían importantes sanciones a varias empresas en relación con su participación en determinadas conductas en el mercado del seguro decenal. En concreto, la CNC había sancionado a seis empresas de seguros por un supuesto pacto para fijar los precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación. La sanción total impuesta por la CNC en este caso es una de las más elevadas impuestas por la CNC, sumando un total de 120,72 millones de euros.

En su sentencia, la AN considera que no ha quedado acreditada una concertación prohibida por la Ley 15/2007, sino que la práctica investigada constituye, de hecho, un elemento de cooperación lícita entre las empresas. Esta licitud se derivaría de las especialidades del sector de seguros, donde las empresas pueden cooperar para realizar los estudios actuariales que les permitan ajustar las primas y evitar la quiebra porque fijen primas demasiado bajas en relación con los riesgos asumidos (art. 25.3 de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobada por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre).

3 · DECISIONES EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

[Unión Europea]

La Comisión Europea autoriza una joint venture en el mercado de los pagos electrónicos móviles

Decisión de la Comisión de 4 de noviembre de 2012, asunto M.6314, Telefónica UK / Vodafone UK / Everything Everywhere / JV

La operación notificada consistía en la creación de una empresa en participación entre tres sociedades británicas para la prestación de servicios a empresas de comercio electrónico a través de una plataforma de telecomunicaciones móviles. Entre estos servicios se encuentran los ser-

vicios de pago electrónico, los servicios de publicidad móvil y los servicios asociados de análisis de información.

La Comisión Europea incoó la segunda fase del procedimiento por apreciar posibles problemas de competencia en relación con los mercados emergentes de aplicaciones de pago a través de teléfonos móviles. En principio, la competencia de soluciones alternativas con la empresa en participación pasaría por el acceso seguro de la plataforma alternativa a las tarjetas SIM de los teléfonos de los usuarios, al objeto de garantizar el almacenamiento de datos comerciales necesarios para las operaciones, como las cuentas bancarias. Considerando que el acceso a esta información está controlado por operadores móviles (como dos de las matrices), podría pensarse que estas empresas tienen un incentivo a bloquear estas soluciones. La Comisión Europea, no obstante, consideró acreditado (i) que el acceso seguro a las tarjetas SIM no es imprescindible para la puesta en marcha de sistemas alternativos y (ii) que es poco probable que las matrices de la empresa en participación bloqueen técnicamente estas opciones alternativas. En suma, la Comisión Europea constató la existencia de opciones alternativas suficientes para asegurar cierta presión competitiva sobre la plataforma de la *joint venture*.

[España]

Autorizada con compromisos una adquisición en el mercado de ascensores

Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 29 de noviembre de 2012 e Informe y Propuesta de Resolución de la Dirección de Investigación en el Expediente C/0469/12 Otis/Enor

La CNC ha autorizado en primera fase con compromisos una adquisición en el sector de los ascensores con presencia significativa en Galicia y en las provincias de Salamanca, Valladolid y Madrid. Tras apreciar posibles riesgos para el mantenimiento de la competencia en la actividad de mantenimiento y reparación de ascensores en una determinada provincia (en la que alcanzaba una cuota conjunta superior al 50%), el Consejo de la CNC acordó condicionar su autorización de la operación en primera fase al cumplimiento de determinados compromisos relativos a la cartera de clientes de la sociedad adquirida con contratos de mantenimiento y reparación de ascensores en dicha provincia. Estos compromisos incluyen el reconocimiento a los clientes de la adquirida de una facultad de rescisión de sus contratos de mantenimiento de ascensores durante un período de tres años o la prohibición por la adquirente de contratar en un año con cualquier cliente que hubiera hecho uso de su facultad de rescisión del contrato de mantenimiento.

4 · DECISIONES EN MATERIA DE EXPEDIENTES SANCIONADORES

[Unión Europea]

La Comisión Europea acepta compromisos en un caso de abuso de posición de dominio

Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2012, asunto COMP/39.654 – Reuters Instrument Codes

En este caso, la conducta investigada estaba fundada en un supuesto abuso de posición de dominio consistente en la imposición por Thompson Reuters de restricciones sobre el uso de los códigos de Thompson Reuters (RICs) para procesar información de terceros. En concreto, la empresa (i) prohibía a sus clientes usar los RICs para recuperar datos de flujos de datos consolidados en tiempo real de otros proveedores e (ii) impedía a terceros crear y mantener memorias de correspondencias que incorporasen los RICs que permitirían a los sistemas de los clientes de Thompson Reuters interoperar con los flujos de datos consolidados en tiempo real de otros proveedores. Estas restricciones podían suponer, a juicio de la Comisión Europea, obstáculos para cambiar de proveedor.

Ante las objeciones detectadas por la Comisión Europea, Thompson Reuters ofreció como compromiso la concesión de una licencia ampliada que permite a sus clientes usar los RICs para

recuperar datos financieros en tiempo real de flujos de datos consolidados en tiempo real procedentes de los competidores de Thompson Reuters, permitiendo el cambio de algunas o todas las aplicaciones en servidor por las de otros proveedores de este tipo de datos. La Comisión Europea ha considerado este compromiso suficiente y, por tanto, ha cerrado el expediente.

[España]

Sanción a varias empresas de telecomunicaciones móviles en el mercado de los mensajes cortos

Resolución de la CNC de 19 de diciembre de 2012, Mensajes Cortos, Exp. S/0248/10

El Consejo de la CNC ha sancionado a tres operadores de red de telefonía móvil en España por un abuso de posición de dominio, en los mercados mayoristas de acceso, originación y terminación de mensajes cortos en sus respectivas redes, consistente en la aplicación de precios abusivos. La CNC ha considerado que cada uno de los operadores de red sancionados posee un monopolio en los servicios de terminación de mensajes cortos de su propia red. Estos operadores tendrían además una posición de dominio colectiva en el mercado de originación de SMS.

La resolución menciona las siguientes características del sector de la telefonía móvil para justificar la existencia de una posición de dominio colectiva: (i) existencia de elevadas barreras de entrada; (ii) productos homogéneos; (iii) elevada concentración de la oferta; (iv) estabilidad de las cuotas de los tres principales operadores que tienen además un grado de integración vertical similar; (v) homogeneidad de políticas comerciales; (vi) mercado transparente; y (vii) limitado poder compensatorio de la demanda. Asimismo, se considera que las empresas sancionadas tenían incentivos para alinear su comportamiento comercial y para aplicar represalias en el supuesto de que alguna de ellas se desalineara de la estrategia común.

La CNC ha considerado que los precios aplicados por estos operadores a la terminación de mensajes cortos son excesivos, por considerarlos desproporcionados no solo respecto de los costes de cada operador, sino también comparados con los precios aplicados en otros servicios de telefonía y a nivel internacional en este mismo mercado. En consecuencia, la CNC concluye que estos precios excesivos constituyen un abuso explotativo de los consumidores.

Dado que la terminación es un coste que se traslada a los precios minoristas, los precios excesivos en terminación habrían permitido a los operadores sostener unos precios minoristas más elevados de los mensajes cortos.

COMUNICACIÓN, TECNOLOGÍA Y OCIO*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

La UE aprueba las normas sobre protección de datos de Nueva Zelanda

Decisión de Ejecución de la Comisión 2013/65/UE, de 19 de diciembre de 2012, de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada de los datos personales por Nueva Zelanda (DOUE de 30 de enero de 2013)

El pasado mes de diciembre, la Comisión Europea reconoció oficialmente la adecuación de la normativa neozelandesa en materia de protección de datos personales.

* Esta sección ha sido elaborada por Cecilia Álvarez, Reyes Bermejo y José Soria, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

Según informa la propia Comisión Europea, el comercio total de bienes entre Nueva Zelanda y la Unión Europea asciende a 6.700 millones de euros al año y el de servicios, a 3.100 millones de euros anuales. El reconocimiento de Nueva Zelanda como país «*con nivel de protección adecuado*» facilitará las transferencias internacionales de datos personales e impulsará el comercio con el país insular.

[España]

Formato de entrega de los datos a los agentes facultados

Orden PRE/199/2013, de 29 de enero, por la que se define el formato de entrega de los datos conservados por los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicaciones a los agentes facultados (BOE de 15 de febrero de 2013)

De acuerdo con la disposición final cuarta de la Ley 25/2007, de conservación de datos, los Ministros del Interior, de Hacienda y Administraciones Públicas han aprobado una Orden a través de la cual se establecen las especificaciones técnicas del formato de entrega a los agentes facultados de los datos conservados por los operadores que son generados y tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación. Para ello, se ha adoptado el modelo promovido por el Instituto Europeo de Normalización de las Telecomunicaciones (ETSI), que establece distintos formatos de entrega según sea el número de solicitudes individuales de cesión de datos entre todos los agentes facultados. Se prevén, asimismo, dos canales de comunicación distintos, uno para el intercambio de información administrativa sobre peticiones/respuestas y otro para transmitir los datos retenidos.

La Orden también establece reglas para los intercambios de información «*entre sujetos obligados*» (de los que excluye los datos personales), lo cual no está previsto en la Ley 25/2007 que solo habilita la comunicación de los datos objeto de retención entre cada sujeto obligado (por una parte) y el correspondiente «*agente facultado*» (por otra parte).

Telecomunicaciones

Anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones aprobado por el Consejo de Ministros el 28 de diciembre de 2012 a propuesta del Ministerio de Industria, Energía y Turismo

El 28 de diciembre de 2012 el Consejo de Ministros aprobó el anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones a propuesta del Ministerio de Industria, Energía y Turismo (el «Anteproyecto»).

El Anteproyecto incorpora reformas estructurales en el régimen jurídico de las telecomunicaciones con el fin de facilitar a los operadores el despliegue de redes y la prestación de sus servicios. El último fin de estas reformas es que el usuario pueda beneficiarse de servicios más competitivos, de mayor calidad y más innovadores.

En la exposición de motivos se indica que en la actual situación de evolución tecnológica e incertidumbre económica, se debe establecer un marco regulatorio claro y estable que fomente la inversión, proporcione seguridad jurídica y elimine las barreras que han dificultado el despliegue de redes.

Entre las principales novedades del Anteproyecto, cabe destacar la adopción e implementación de determinadas medidas orientadas a recuperar la unidad de mercado, reducir cargas administrativas, permitir el acceso a las redes de operadores de otros sectores y garantizar la libre competencia.

En lo relativo a la recuperación de la unidad de mercado en el sector de las telecomunicaciones, el Anteproyecto establece procedimientos de coordinación y resolución de conflictos, entre la legislación sectorial estatal y la legislación de las administraciones territoriales, cuando la legislación de estas últimas no respete los principios de agilización y reducción de cargas administrativas.

Por lo que respecta a la reducción de cargas administrativas, se produce una simplificación administrativa, al eliminar licencias y autorizaciones para determinadas categorías de instalaciones que hacen uso del espectro, todo ello, con el objetivo de facilitar el despliegue de redes y la

prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Con el mismo fin, se prevé una revisión de las licencias o autorizaciones por parte de las administraciones territoriales, suprimiendo en algunos casos su exigibilidad.

La simplificación administrativa, viene necesariamente acompañada de un refuerzo en el control del dominio público radioeléctrico. En particular, se revisan las potestades de inspección y sanción, facilitando la adopción de medidas cautelares y estableciendo nuevas cuantías para las sanciones.

Asimismo, se introducen determinadas medidas encaminadas a facilitar el acceso a las redes de operadores de otros sectores, como el del gas, el transporte o la electricidad en condiciones equitativas y neutrales.

Por último, y para evitar la distorsión de la competencia y racionalizar el gasto público, el Anteproyecto fija determinados límites y parámetros para la existencia de operadores públicos o para la participación pública en operadores privados, de manera que se garantice la provisión de los servicios en condiciones de mercado.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Tratamiento de datos de tráfico asociados a un derecho de crédito cedido

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de noviembre de 2012

Un juez alemán solicita al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el «TJUE») que se pronuncie sobre la interpretación de las siguientes previsiones de la Directiva 2002/58/CE (la «Directiva»), en el marco de un litigio entre el cesionario de un derecho de crédito de una operadora de comunicaciones electrónicas y el abonado de tales servicios, cesión que tiene lugar en virtud de un contrato de *factoring*:

- Conforme al artículo 6.2 de la Directiva, pueden tratarse los datos de tráfico necesarios a efectos de la facturación de los abonados y los pagos de las interconexiones (hasta la expiración del plazo durante el cual pueda impugnarse legalmente la factura o exigirse el pago).
- Conforme al artículo 6.5 de la Directiva, solo pueden encargarse del tratamiento de datos de tráfico en el supuesto del artículo 6.2 citado (entre otros), las «*personas que actúen bajo la autoridad del proveedor de las redes públicas de comunicaciones o de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público que se ocupen de la facturación (...) y dicho tratamiento deberá limitarse a lo necesario para realizar tales actividades*».

Olvidándose de que se ha producido en este supuesto una cesión previa del derecho de crédito (y, por tanto, que el cesionario debe ser el nuevo responsable del tratamiento y no un mero prestador de servicios de recobro), el TJUE considera que el cesionario puede tratar los datos de tráfico asociados al crédito cedido, en la medida en que actúe bajo la autoridad del cedente, esto es, de conformidad con los artículos 16 y 17 de la Directiva 95/46/CE.

Por tanto, el TJUE llega a la asombrosa conclusión de que el titular del derecho de crédito nacido en el marco de una relación de servicio de comunicaciones electrónicas debe actuar por cuenta del operador de tales servicios (cedente del crédito) cuando trate los datos de tráfico asociados a su derecho de crédito (del que ya no es titular tal proveedor).

[España]

Condena a divulgar el fallo de una sentencia en Twitter

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Pamplona, de 15 de octubre de 2012

Se condena a una exconcejal por intromisión en el honor de una edil a través de unos comentarios en *Twitter*. Según el juez, los comentarios vertidos a través de la red social constituyen una

intromisión ilegítima en su derecho al honor, y se exige a la demandada que suprima dichos comentarios de su perfil de *Twitter* y que publique un *tuit*, durante el plazo de dos meses, en el que declare expresamente que los controvertidos *tuits* que publicó vulneran el honor de la demandante.

Validez de la inclusión de una dirección web en un SMS como sistema de oposición sencillo y gratuito

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de julio de 2012

La Audiencia Nacional estima el recurso interpuesto contra una resolución de la Agencia Española de Protección de Datos («AEPD») a través de la cual se imponía una sanción de 50.000 euros a una cadena de televisión, por el envío masivo de mensajes promocionales vía SMS sin ofrecer un procedimiento de oposición sencillo y gratuito. La entidad denunciada incluía en cada uno de sus SMS una dirección web en la que se explicaban las indicaciones para ejercer el derecho de oposición, sistema que, según la AEPD, no permitía a los destinatarios deducir que se le estaba ofreciendo un procedimiento de oposición. Según la Audiencia, sí se ofrece un sistema de oposición sencillo y gratuito, por lo que anula la sanción impuesta por la AEPD.

El Tribunal Supremo confirma que el acceso a datos de pacientes por facultativos distintos a los estrictamente necesarios constituye una infracción del deber de secreto

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de noviembre de 2012

El Tribunal Supremo confirma una resolución de la AEPD a través de la cual se declara la infracción del deber de secreto por parte de un centro de salud al publicar un documento que contenía datos personales, entre ellos, el nombre y los apellidos de los pacientes (y los médicos asignados) a los que se les suministraba metadona, en el que se indicaban las modificaciones en las pautas de su tratamiento.

En su defensa, el centro de salud alegó que la publicación de dicha información era necesaria para la prestación de la asistencia sanitaria o tratamientos médicos, y que el lugar donde estuvo publicado el documento tenía un acceso limitado a los facultativos del centro.

El TS desestima estas alegaciones entendiendo que la finalidad de la publicación de la información fue «*vencer la renuncia de ciertos facultativos a suministrar metadona*» (y no la prestación de asistencia sanitaria) y que, aunque el deber de secreto recae sobre «*el responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos*», no significa que todas las personas al servicio de esa persona jurídica puedan tener legítimamente conocimiento de los datos personales protegidos por el deber de secreto.

El acceso por el empleador a conversaciones entre trabajadores no siempre constituye una vulneración de derechos fundamentales

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 17 de diciembre de 2012

El Tribunal Constitucional deniega el amparo constitucional solicitado por una trabajadora aduciendo la vulneración de sus derechos fundamentales a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones como consecuencia del acceso, por parte del empleador, a las conversaciones mantenidas con otra trabajadora (en las que se vertían comentarios despectivos en relación con compañeros de trabajo) a través de un programa informático de mensajería que había sido descargado por estas en un ordenador de uso común en la empresa.

El Tribunal entiende que los derechos fundamentales mencionados no resultan vulnerados porque el ordenador era de uso común para todos los trabajadores de la empresa y se accedía sin clave, y la empresa había prohibido expresamente a los trabajadores instalar programas en el ordenador, prohibición que se enmarca en el ámbito de las facultades organizativas del empresario.

Sin embargo, esta sentencia cuenta con un voto particular (al que se adhiere otro magistrado) en el que se afirma que el incumplimiento de la prohibición empresarial no habilita a llevar a cabo interferencias en el proceso o en el contenido de la comunicación, sin perjuicio de que pueda acarrear algún tipo de sanción.

3 · DECISIONES DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

[Unión Europea]

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>El Supervisor Europeo de Protección de Datos valora las propuestas de revisión de la legislación europea sobre dispositivos médicos</p> | <p><i>Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre las propuestas de la Comisión a favor de un Reglamento de dispositivos médicos y modificación de la Directiva 2001/83/CE, Reglamento CE 178/2002 y Reglamento CE 1223/2009, y un Reglamento de dispositivos médicos de diagnóstico in vitro</i></p> <p>El Supervisor Europeo de Protección de Datos ha emitido un dictamen sobre la propuesta de Reglamento de dispositivos médicos y Reglamento de dispositivos médicos de diagnóstico <i>in vitro</i>, haciendo una serie de recomendaciones en materia de protección de datos personales. Entre ellas, destaca la necesidad de que las regulaciones propuestas:</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) incluyan expresamente que su aplicación se realizará de conformidad con las normas locales en materia de protección de datos y se refieran de forma expresa a las normas sobre el tratamiento de categorías especiales de datos de acuerdo con lo previsto en la Directiva 95/46/CE de protección de datos y el Reglamento 45/2001; (ii) impidan que todos los datos de salud del paciente sean incluidos en el módulo de investigaciones clínicas de la base de datos europea sobre productos sanitarios (Eudamed); y (iii) establezcan un periodo máximo de retención de los datos personales. |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

4 · AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

[España]

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Los datos relativos a profesionales autónomos, ¿esfera personal o profesional?</p> | <p><i>Resolución estimatoria de la Agencia Española de Protección de Datos, de 17 de julio de 2012</i></p> <p>La AEPD estima la reclamación presentada por un trabajador autónomo contra una entidad que no contestó su petición de cancelación por entender que sus datos estaban excluidos del ámbito de aplicación de la normativa en materia de protección de datos. En el presente caso, los datos del reclamante habían sido comunicados a un fichero de solvencia por la entidad reclamada.</p> <p>La AEPD, citando una sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos según la cual las actividades profesionales no tienen por qué estar excluidas del concepto de «<i>vida privada</i>», considera que los datos del interesado que pueden entenderse como profesionales pueden ser a su vez coincidentes con los particulares, por lo que afectan a su esfera particular en cuanto identifican a la persona en los ficheros de solvencia.</p> |
| <p>Sanción a un sindicato por dejar datos de sus afiliados accesibles a través de Emule</p> | <p><i>Resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 5 de octubre de 2012</i></p> <p>La AEPD sanciona a un sindicato con una multa por infracción del deber de implementar las medidas de seguridad pertinentes a los ficheros con datos personales de sus afiliados, al estar tales datos accesibles por cualquier tercero a través del programa informático de intercambio de información (entorno compartido) «<i>Emule</i>». La multa quedó reducida a 6.000 euros (siendo la infracción sancionable de hasta 300.000 euros) por la falta de intencionalidad y reincidencia del sindicato, así como por la adopción de adecuadas medidas correctoras.</p> |
| <p>Sanción a un partido político por enviar una invitación para participar en un foro. Ausencia del interés legítimo</p> | <p><i>Resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 10 de octubre de 2012</i></p> <p>La AEPD sanciona con una multa de 1.500 euros a un partido político por enviar al denunciante un <i>e-mail</i> con una invitación para participar en un foro. Según la AEPD, dicho mensaje puede ser considerado como una comunicación comercial cuya recepción requiere el consentimiento del destinatario, consentimiento que en este caso no había sido previamente obtenido.</p> |

Las alegaciones del partido político, basadas fundamentalmente en la prevalencia de su interés legítimo, son desestimadas por la AEPD, entendiendo dicha Agencia que este interés podría prevalecer, por ejemplo, en el supuesto de que el mensaje hubiera sido enviado en el periodo de campaña electoral (circunstancia que no ha acontecido en este caso).

Sanción por publicar en Internet una sentencia con datos personales de los denunciantes

Resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 29 de octubre de 2012

La AEPD sanciona con una multa de 2.000 euros a un sindicato por difundir una sentencia en su página web en la que constan los datos personales de los denunciantes (nombre, apellidos, DNI, profesión y municipio) y las circunstancias de hecho que determinaron el proceso.

Según la AEPD, la publicación en Internet de los datos personales constituye la comisión de dos infracciones en materia de protección de datos: tratar los datos sin consentimiento de su titular y vulnerar el deber de secreto. En este caso, la AEPD subsume una de las infracciones en la otra, sancionando únicamente por la infracción originaria (*i.e.*, la falta de consentimiento).

Sanción por emitir imágenes sobre las que se había solicitado su cancelación

Resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 20 de diciembre de 2012

La AEPD sanciona con una multa de 3.000 euros a una productora de televisión por entender que impidió u obstaculizó el ejercicio del derecho de cancelación del denunciante al no comunicar a una tercera entidad cesionaria de los datos dicha solicitud de cancelación para que a su vez la llevara a cabo en los ficheros que obraban en su poder.

En el presente caso, los datos sobre los que se solicitaba la cancelación consistían en imágenes sobre la enfermedad y el proceso quirúrgico al que se había sometido el denunciante, imágenes que fueron emitidas después de haber instado el denunciante a su destrucción.

ENERGÍA*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

— *Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE (DOUE de 14 de noviembre de 2012)*

— *Decisión n.º 994/2012/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establece un mecanismo de intercambio de información con respecto a los acuerdos intergubernamentales entre los Estados miembros y terceros países en el sector de la energía (DOUE de 27 de octubre de 2012)*

[España]

— *Orden IET/221/2013, de 14 de febrero, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2013 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial (BOE de 16 febrero de 2013)*

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

- Resolución de 7 de febrero de 2013, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se modifican las Normas de Gestión Técnica del Sistema NGTS-06 «repartos» y NGTS-07 «balance», y el protocolo de detalle PD-02 «procedimiento de reparto en puntos de conexión transporte - distribución (PCTD)» (BOE de 12 febrero de 2013)
- Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, por el que se modifica el sistema de retribución de las actividades reguladas y la fórmula de retribución a las instalaciones del régimen especial (BOE de 2 febrero de 2013)
- Resolución de 24 de enero de 2013, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba el procedimiento de operación P.O.14.10 liquidación de la corrección de registros de medidas posteriores a la liquidación definitiva (BOE de 30 enero de 2013)
- Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social (BOE de 31 diciembre de 2012)
- Real Decreto 1718/2012, de 28 de diciembre, por el que se determina el procedimiento para realizar la lectura y facturación de los suministros de energía en baja tensión con potencia contratada no superior a 15 kW (BOE de 14 enero de 2013)
- Orden IET/2813/2012, de 27 de diciembre, por la que se aprueban las cuotas de la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos correspondientes al ejercicio 2013 (BOE de 31 diciembre de 2012)
- Orden IET/2805/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Orden ITC/3995/2006, de 29 de diciembre de 2006, por la que se establece la retribución de los almacenamientos subterráneos de gas natural incluidos en la red básica (BOE de 29 diciembre de 2012)
- Orden IET/2812/2012, de 27 de diciembre, por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas (BOE de 31 diciembre de 2012)
- Resolución de 21 de diciembre 2012 de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se modifica el protocolo de detalle PD-01 «Medición, Calidad y Odorización de Gas» de las normas de gestión técnica del sistema gasista (BOE de 7 enero de 2013)
- Resolución de 20 de diciembre 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 cuarto trimestre de 2012, a los efectos del cálculo del complemento de eficiencia y los valores retributivos de las instalaciones de cogeneración y otras en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (BOE 31 de diciembre de 2012)
- Resolución de 27 de diciembre 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 enero de 2013 (BOE de 29 diciembre de 2012)
- Orden IET/2804/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Orden ITC/2370/2007, de 26 de julio, por la que se regula el servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad para los consumidores que adquieren su energía en el mercado de producción (BOE de 29 diciembre de 2012)
- Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de diciembre de 2012, que autoriza a la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Energía y Turismo a emitir informes favorables, si procede, para la incorporación de nuevas instalaciones de la red de energía eléctrica necesarias para la seguridad de suministro
- Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética (BOE de 28 diciembre de 2012)
- Orden IET/2736/2012, de 20 de diciembre, por la que se modifica la Orden IET/822/2012, de 20 de abril, por la que se regula la asignación de cantidades de producción de biodiésel para el cómputo del cumplimiento de los objetivos obligatorios de biocarburantes (BOE de 22 diciembre de 2012)

— Resolución de 5 de diciembre 2012, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se establece el protocolo de detalle PD-16 «intercambio de señales operativas entre los titulares de las instalaciones del sistema gasista, y entre estos y el gestor técnico del sistema» (BOE de 17 diciembre de 2012)

— Resolución de 28 de noviembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se establece la fecha de entrada en vigor del nuevo algoritmo utilizado en el procedimiento de casación de los mercados diario e intradiario (BOE de 4 diciembre de 2012)

— Resolución de 28 de noviembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se fija el volumen máximo de producción y los precios de retribución de la energía, para el cuarto trimestre del año 2012 y se regularizan las cantidades de carbón a aplicar en el proceso de resolución de restricciones por garantía de suministro durante el año 2012 (BOE de 30 de noviembre de 2012)

— Resolución de 4 de octubre de 2012, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se fijan las cantidades de carbón, el volumen máximo de producción y los precios de retribución de la energía, para el tercer trimestre del año 2012 a aplicar en el proceso de resolución de restricciones por garantía de suministro (BOE de 8 de octubre de 2012)

— Resolución de 27 de septiembre 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 octubre de 2012 (BOE de 29 de septiembre de 2012)

— Circular 6/2012, de 27 de septiembre, de la Comisión Nacional de Energía, que regula la gestión del sistema de garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia (BOE de 31 de octubre de 2012)

— Resolución de 19 de septiembre 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 tercer trimestre de 2012, a los efectos del cálculo del complemento de eficiencia y los valores retributivos de las instalaciones de cogeneración y otras en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (BOE de 24 de septiembre de 2012)

— Resolución de 17 de septiembre 2012, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se modifican las normas de gestión técnica del sistema NGTS-01 «conceptos generales» y NGTS-04 «Nominaciones» y el protocolo de detalle PD-11 «Procedimiento de reparto en puntos de entrada a la red de transporte», y se aprueba el protocolo de detalle PD-15 «Nominaciones, mediciones y repartos en conexiones internacionales por gasoducto con Europa» (BOE de 13 de octubre de 2012)

— Orden IET/1902/2012, de 6 de septiembre, por la que se crea y regula el Registro Electrónico del Ministerio de Industria, Energía y Turismo (BOE de 11 de septiembre de 2012)

Baleares (Illes Balears)

— Resolución de 29 de enero de 2013. Ordena la publicación de la Circular del Director General de Industria y Energía que establece los criterios a seguir por los órganos implicados en la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones y los requisitos de seguridad industrial, con referencia a la subsanación de las anomalías y deficiencias detectadas en las inspecciones de instalaciones eléctricas de baja tensión (BOIB de 14 de febrero de 2013)

— Ley 13/2012, de 20 de noviembre, de medidas urgentes para la activación económica en materia de industria y energía, nuevas tecnologías, residuos, aguas, otras actividades y medidas tributarias (BOIB de 29 de noviembre de 2012)

Andalucía

— Decreto 2/2013, de 15 de enero, por el que se modifica el Decreto 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de las Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética en Andalucía (BOJA de 17 de enero de 2013)

— Resolución de 7 de diciembre de 2012, de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, por la que se aprueban los Planes Generales de Inspección en el Área de Industria, Energía y Minas para el bienio 2012-2013 (BOJA de 18 de diciembre de 2012)

- Comunidad Foral de Navarra** — *Ley Foral 24/2012, de 26 de diciembre. Regula el Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica que grava la realización de actividades de producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica, medida en barras de central, a través de cada una de las instalaciones a las que se refiere el Título IV de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico (BON de 31 de diciembre de 2012; corrección de errores en BON de 18 de enero de 2013)*
- La Rioja** — *Ley 7/2012, de 21 de diciembre. Establece una serie de medidas fiscales y administrativas para el año 2013. Crea el Impuesto sobre el Impacto Visual Producido por los Elementos de Suministro de Energía Eléctrica y Elementos Fijos de Redes de Comunicaciones Telefónicas o Telemáticas (BOR de 28 de diciembre de 2012)*
- Extremadura** — *Decreto 221/2012, de 9 de noviembre, sobre determinación de los medios de publicación de anuncios de información pública y resoluciones y de los órganos competentes para la resolución de determinados procedimientos administrativos competencia de las Consejerías de Empleo, Empresa e Innovación y de la de Agricultura, Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Energía en los sectores energético y de hidrocarburos (DOE de 15 de noviembre de 2012)*
- Cataluña** — *Acuerdo GOV/97/2012 del Gobierno de Cataluña, de 9 de octubre, que aprueba el Plan de la energía y cambio climático de Cataluña 2012-2020 (DOGC de 11 de octubre de 2012)*

2 · JURISPRUDENCIA

- Nulidad del programa anual de instalaciones de la red de transporte** *Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4ª), de 31 de octubre de 2012*

La Audiencia Nacional declara la nulidad de la Orden ITC/2906/2010, por la que se aprueba el programa anual de instalaciones y actuaciones de carácter excepcional de las redes de transporte de energía eléctrica y gas natural.

La Audiencia afirma que el programa anual de instalación de la red de transporte es un instrumento de la planificación del sector eléctrico, no del gasista. La planificación del sector de hidrocarburos corresponde al Gobierno, con la audiencia de las Comunidades Autónomas y la intervención del Congreso de Diputados; y, aunque, en el caso del sector eléctrico la legislación de desarrollo contiene un instrumento de planificación que permite ciertas adaptaciones anuales, que se plasman en el denominado Programa Anual, este programa no se ha desarrollado en el sector gasista, porque no existe ninguna norma que atribuya al titular del Departamento o a otro órgano la potestad de revisar con carácter anual la planificación acordada por el Consejo de Ministro en los programas plurianuales.

Por tanto, la Audiencia concluye la nulidad de la Orden sobre la base de que no resulta posible atribuir por analogía al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio potestades de desarrollo de la planificación del sector del gas, la cual, en virtud del artículo 4 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, corresponde al Gobierno.

INMOBILIARIO Y URBANISMO*

1 · LEGISLACIÓN

Medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios

Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre (BOE de 16 de noviembre de 2012)

Este RDL suspende por un plazo de dos años los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, es decir, que no superen tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) y que además se encuentren en alguno de estos supuestos: (i) ser familias numerosas, (ii) constituir una unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo, (iii) ser familias con algún menor de tres años, (iv) tener a su cargo a personas en situación de discapacidad superior al 33% o dependencia que incapacite de modo permanente para una actividad laboral, (v) ser deudores en paro y sin prestación por desempleo, (vi) constituir unidades familiares en las que convivan en la misma vivienda una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia o enfermedad grave que les incapacite de forma temporal o permanente para una actividad laboral y (vi) estar en algunos supuestos de violencia de género.

Procesos de actuación temprana, reestructuración y resolución de entidades de crédito y régimen jurídico del FROB

Ley 9/2012, de 14 de noviembre (BOE de 15 de noviembre de 2012)

Esta Ley prevé los instrumentos de apoyo financiero que podrán ser otorgados a las entidades de crédito (como instrumentos de recapitalización) y regula los procesos de reestructuración y resolución ordenada de las entidades de crédito, siendo el criterio fundamental para la aplicación de uno u otro el de la viabilidad de la entidad.

Delimita la posibilidad de que el FROB ordene a la entidad de crédito correspondiente el traspaso de los activos problemáticos a una sociedad de gestión de activos. Asimismo establece el régimen jurídico del FROB, prevé medidas de protección del inversor e intensifica los poderes de control que tiene la CNMV en relación con la comercialización de productos de inversión por parte de las entidades, y modifica los requerimientos de capital principal con los que deben cumplir los grupos consolidables de entidades de crédito, así como las entidades no integradas en un grupo consolidable.

Régimen jurídico de la sociedad de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria (SAREB)

Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre (BOE de 16 de noviembre de 2012)

El FROB constituirá una sociedad anónima con la denominación de Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (Sareb) cuyo objeto sea la transferencia de activos necesaria para desarrollar el actual proceso de reestructuración y saneamiento del sector bancario, y su supervisión e inspección correrá a cargo del Banco de España.

Andalucía. Establecimientos comerciales

Acuerdo de 9 de octubre de 2012, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan de Establecimientos Comerciales (BOJA de 7 de noviembre de 2012)

Regula el contenido y el procedimiento de aprobación del Plan de Establecimientos Comerciales de Andalucía. Este plan sirve de referencia al planeamiento urbanístico municipal al identificar los ámbitos aptos para ubicar grandes superficies minoristas, sin carácter obligatorio, sino preferente.

* Esta sección ha sido coordinada por Felipe Iglesias, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid), y en su elaboración han participado Paula Ordóñez, Eva Gallego, Cristina Arévalo, Miriam Galdós, Ana Hevia, Belén Simbor, Alba Esteve y Santiago Sainz, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Valencia y Bilbao).

Andalucía. Urbanismo, ámbito litoral

Decreto-ley 5/2012, de 27 de noviembre, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía (BOJA de 28 de noviembre de 2012)

Añade un tercer instrumento de planificación territorial a la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de Andalucía (nuevo título VII): el Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía, que identificará las zonas que deben ser preservadas del desarrollo urbanístico. Hasta su aprobación, prevista en los dos años siguientes, se propone la adopción inmediata de medidas como (i) la suspensión del procedimiento de aprobación de los planes de sectorización y de los planes parciales de ámbitos localizados a una distancia inferior a 500 metros de la ribera del mar de los municipios relacionados en el anexo adjunto al Decreto-ley, y (ii) la adaptación de todos los planes generales al Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía antes de diciembre de 2016.

Además, reduce el plazo de emisión de los informes vinculantes, que han de evacuarse durante la modificación del planeamiento general, así como el sentido favorable en el caso de no haberse emitido en el plazo previsto.

Andalucía. Comercio interior

Decreto-ley 1/2013, de 29 de enero, por el que se modifica el Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Comercio Interior de Andalucía y se establecen otras medidas urgentes en el ámbito comercial, turístico y urbanístico (BOJA de 5 de febrero de 2012)

Añade la disposición adicional segunda de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, de Turismo de Andalucía relativa a la autorización previa a la implantación de campos de golf de interés turístico, que se otorgará en un plazo de 6 meses, transcurrido el cual, se entenderá denegada.

Asimismo introduce, como importante novedad en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, la posibilidad de suspender cualquier instrumento de planeamiento por un plazo de hasta 2 años, a petición del municipio afectado y previo dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía. En los 6 meses siguientes a la suspensión, la Consejería tendrá que determinar las normas aplicables en su lugar.

Aragón. Medidas fiscales y administrativas

Ley 10/2012, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA de 31 de diciembre)

Entre otras cuestiones, incorpora la posibilidad de que los municipios de más de 3.000 habitantes que no sean capitales de provincia puedan fijar una reserva mínima de vivienda protegida inferior a la establecida en la legislación estatal. Además, elimina la intervención administrativa previa en la compraventa y arrendamiento de viviendas protegidas.

Cantabria. Medidas fiscales y administrativas 2013

Ley de Cantabria 10/2012, de 26 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas (BOC de 29 de diciembre)

Entre otras, modifica la Ley de Cantabria 3/2006, de 18 de abril, de Patrimonio. Como principales novedades, permite la enajenación de los bienes inmuebles propiedad de la Administración por subasta y adjudicación directa; los sujeta a la estricta aplicación del principio de equidistribución de beneficios y cargas, cuando estén afectados por actuaciones urbanísticas; e impone su recalificación en caso de desafectación.

Cataluña. Vivienda

Decreto 141/2012, de 30 de octubre, por el que se regulan las condiciones mínimas de habitabilidad de las viviendas y la cédula de habitabilidad (DOGC de 2 de noviembre de 2012)

Establece las condiciones mínimas que tienen que reunir las viviendas, tanto de nueva construcción como preexistentes, y el procedimiento para otorgar la cédula de habitabilidad.

Cataluña. Establecimientos turísticos

Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico (DOGC de 5 de diciembre de 2012)

Regula en una sola norma los establecimientos de alojamiento turístico y las viviendas de uso turístico, para lo que refunde y deroga el Decreto 183/2010, de 23 de noviembre, de Estableci-

mientos de Alojamiento Turístico, y el Decreto 164/2010, de 9 de noviembre, de Regulación de las Viviendas de Uso Turístico. Además, revisa los requisitos técnicos mínimos y los baremos de calidad aplicables a ambos.

Comunidad Valenciana. Patrimonio y vivienda

Ley 10/2012, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat (DOCV de 27 de diciembre de 2012)

Modifica la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano, y da una nueva redacción a los artículos 28, 35 y 50, que regulan el contenido de la declaración de bien de interés cultural, el régimen de autorizaciones previas a la intervención en esos bienes y el régimen de protección de los bienes de relevancia local, respectivamente. También modifica su disposición adicional quinta, donde se establecen las categorías de bienes de relevancia local.

Madrid. Medidas fiscales y administrativas 2013

Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas (BOCM de 29 de diciembre)

Entre otras, modifica la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo. Tiene como finalidad el fomento de los «Proyectos de Alcance Regional», y para ello crea los denominados «Centros Integrados de Desarrollo» (complejos privados en lo que se lleven a cabo, de modo integrado, actividades industriales, turísticas, de convenciones y congresos, de ocio, juego, culturales, comerciales y sanitarias). También modifica la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid, fijando en el 25% del tipo de licitación la garantía exigible a los procedimientos de enajenación de inmuebles de esa Comunidad.

País Vasco. Contaminación acústica

Decreto 213/2012, de 16 de octubre, de contaminación acústica de la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOPV de 16 de noviembre de 2012)

Además de los preceptos de carácter ambiental, incide en materia urbanística, destacando lo siguiente: (i) impone la revisión de la delimitación de las áreas acústicas cada diez años, máximo, o siempre que se modifique el planeamiento general municipal; (ii) exige que los planes generales integren las zonas de servidumbre acústica por infraestructuras viarias, ferroviarias y portuarias; y (iii) requiere la tramitación de un Estudio de Impacto Acústico para el desarrollo urbanístico, incluida la recalificación de usos, de las áreas acústicas.

2 · JURISPRUDENCIA

Condición resolutoria expresa impropia

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de noviembre de 2012

Los vendedores de una finca interpusieron demanda contra los compradores, instando la resolución del contrato, al no haber edificado la compradora en el plazo de los dos años pactados.

El TS estima que por condiciones impropias debemos entender aquellas que no están sujetas a incertidumbre, es decir, cuando el evento es anterior o coetáneo a la perfección del contrato, por lo que la incertidumbre no sería objetiva. Por lo tanto, en el presente caso, a la vista de los hechos, no puede calificarse de impropia la condición, pues cuando se pacta, las obras no se habían iniciado (hecho abierto) y, transcurrido el tiempo pactado, seguían sin iniciarse (hecho probado), por lo que el evento originador de la condición era radical y absolutamente incierto.

Clasificación del suelo en virtud de un plan director urbanístico

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de enero de 2013, recurso 3860/2009

Se analiza la figura de los planes directores urbanísticos regulados en la legislación catalana y, en concreto, la posible invasión de competencias municipales a la hora de clasificar el suelo. Concluye que los planes directores urbanísticos pueden clasificar suelo sin que ello suponga una invasión de competencias municipales cuando concurra un interés supramunicipal en la elaboración de los referidos planes.

Obligación de los propietarios de costear la urbanización de una infraestructura de conexión

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de diciembre de 2012, recurso nº 1314/2011.

Se alega por el recurrente que la sentencia de instancia vulnera el artículo 16.1.c del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, por mantener que el coste de urbanización de una «rotonda» debe recaer sobre los propietarios.

El Tribunal considera que aunque se considerase que la rotonda es un sistema general —que no lo es—, tampoco se ha vulnerado el precepto. Y ello porque en el apartado c del artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Suelo se establece como deber legal de la promoción el de costear y, en su caso, ejecutar todas las obras de urbanización previstas en la actuación correspondiente. No se excluye en este precepto el coste correspondiente a las obras de urbanización de los sistemas generales prevista en la actuación correspondiente.

Operatividad del silencio administrativo en la aprobación del planeamiento general

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de noviembre de 2012, recurso 3162/2010

En el ámbito urbanístico los efectos del silencio administrativo son distintos según se trate de la obtención de licencia, en los que sí rige el principio de imposibilidad de obtener licencias por silencio *contra legem*, de los relativos a la aprobación de instrumentos de planeamiento, en los que no existe norma con rango de Ley que impida su aprobación por silencio *contra legem*.

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

Régimen del consentimiento de los titulares de cargas posteriores inscritas

Resolución de la DGRN de 19 de julio de 2012

En el marco de un préstamo hipotecario otorgado a una mercantil, el registrador deniega la inscripción de la subrogación de acreedor a favor de tercero en virtud de pago efectuado por este al acreedor, consentido por el deudor. Considera el registrador que resulta necesario el consentimiento de los titulares de dichas cargas para poder inscribir la citada subrogación. Se presenta recurso ante la DGRN y esta entiende que no se requiere el consentimiento de los titulares de cargas posteriores puesto que el pago del préstamo por tercero, la confirmación de tal pago por parte del acreedor y el consentimiento del deudor al pago realizado fueron consignados en sucesivas actas notariales que se otorgaron antes del vencimiento del préstamo hipotecario. Por ello, la DGRN estima el recurso interpuesto y revoca la nota de calificación del registrador.

Hipoteca en garantía de cuenta corriente. Necesidad de que conste de forma clara la prorrogabilidad de un crédito para su posible inscripción

Resolución de la DGRN de 18 de septiembre de 2012

Se pretende la inscripción de una novación de crédito hipotecario por la que, entre otras cuestiones, se prorroga su plazo de vencimiento, y se hace una remisión genérica a la inalterabilidad del resto de cláusulas del crédito original.

La registradora deniega la inscripción por infracción del artículo 153.1º de la Ley Hipotecaria, esto es, por no constar en la escritura calificada si el nuevo plazo de duración del crédito es o no prorrogable y, en caso de serlo, la prórroga, posible.

Frente a esta calificación se presenta recurso en el que se alega que sí se ha establecido, por remisión de la escritura calificada a la escritura inicial, que el plazo de duración es improrrogable. Sin embargo, la DGRN desestima el recurso entendiendo que no existe suficiente claridad en el asunto como para concluir que, por remisión a la escritura inicial, el nuevo plazo del crédito es improrrogable.

LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Medidas contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social

Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social (BOE de 27 de diciembre de 2012)

La principal finalidad de esta disposición es garantizar la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera de la Administración Pública. Para ello se modifican el Estatuto de los Trabajadores («ET»), la Ley General de la Seguridad Social («LGSS») y la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

De esta norma, se destaca lo siguiente:

- (i) En caso de subcontratación de obras o servicios, se amplía el período de responsabilidad del empresario principal en materia de Seguridad Social. Dicho período será de tres años a contar desde la terminación del encargo.
- (ii) Se introduce un requisito cuantitativo para que opere la reducción del 50% de las sanciones por infracción en relación con la cotización: la cuantía de la sanción deberá ser menor que la que conste en el acta de liquidación.
- (iii) Se introduce como obligación del empresario el deber de comunicación a la Seguridad Social de las variaciones del calendario u horario de los trabajadores afectados por suspensión de contrato o reducción de jornada.
- (iv) La falta de ingreso o el hecho de no ingresar, en tiempo y forma, cualesquiera cuotas de la Seguridad Social no se considerará infracción grave cuando: (i) se declare el concurso de la empresa; (ii) tenga lugar un supuesto de fuerza mayor; o (iii) se haya solicitado y admitido un aplazamiento de pago previo al inicio de la actuación inspectora.
- (v) Se introduce como infracción grave la falta de entrega al trabajador de los documentos necesarios para la solicitud y tramitación de prestaciones.
- (vi) Se elimina la infracción grave consistente en no ejecutar los pagos delegados de prestaciones en tiempo y forma.
- (vii) Se introduce como infracción grave la falta de alta y cotización por los salarios de tramitación y las vacaciones devengadas y no disfrutadas antes de la extinción del contrato de trabajo.
- (viii) Se introduce como infracción grave la falta de comunicación a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, con antelación suficiente, de las variaciones de calendario y reducciones de jornada.
- (ix) Se introduce como infracción muy grave dar ocupación a trabajadores afectados por reducción de jornada o suspensión de contrato, durante el período de aplicación de la medida de suspensión o en el horario de reducción de jornada.
- (x) Se introduce como infracción muy grave la falta de ingreso de la parte de la cuota de la Seguridad Social descontada a los trabajadores, así como realizar descuentos superiores a los legales.

* Esta sección ha sido elaborada por Lourdes Martín Flórez, Alicia Beltrán Gómez-Lechón y Marta Presas, del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid, Valencia y Lisboa).

Tasas judiciales

Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto de Toxicología y Ciencias Forenses (BOE de 21 de noviembre de 2012)

Esta disposición introduce el pago obligatorio de tasas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social.

En el orden social, el hecho imponible es la interposición del recurso de suplicación o de casación, y el devengo de la tasa tiene lugar en el momento de interposición. Como consecuencia de ello, no se devengan tasas judiciales en la instancia.

El importe de la tasa se obtiene a partir de: (i) la suma de una cantidad fija, según el tipo de recurso interpuesto; y (ii) una cantidad variable que se determina conforme a una regla de porcentajes.

Sin perjuicio de lo anterior, los beneficiarios del derecho a la asistencia jurídica gratuita estarán exentos del abono de las tasas. Asimismo los trabajadores por cuenta ajena o autónomos disfrutarán de una exención del 60% de la cuantía de la tasa.

Medidas de apoyo a emprendedores

Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE de 23 de febrero de 2013)

Mediante este Real Decreto-Ley, se introduce una segunda generación de reformas estructurales con la finalidad de generar un crecimiento económico que sea capaz de crear empleo.

Con carácter general, las medidas adoptadas pueden englobarse en las siguientes categorías:

Medidas de fomento del emprendimiento y el empleo entre los jóvenes

(i) Se modifica la disposición adicional trigésimo quinta de la LGSS y se implanta una cuota inicial reducida respecto de los trabajadores autónomos que, teniendo menos de 30 años, causen alta inicial o no hubieran estado dados de alta en los 5 años inmediatamente anteriores en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

(ii) Se permite la compatibilización de la prestación por desempleo en los siguientes casos: a) el trabajo por cuenta propia, siempre y cuando esta compatibilización esté prevista por algún programa de fomento al empleo destinado a colectivos con dificultad de inserción en el mercado laboral; y b) el inicio de una actividad por cuenta propia por parte de menores de 30 años.

(iii) Se amplían las posibilidades de aplicación de la capitalización por desempleo. En este sentido, se incluye a los beneficiarios de la prestación, menores de 30 años, que la capitalicen con el objetivo de realizar una aportación al capital de una entidad mercantil de nueva creación o constituida en los 12 meses anteriores a la aportación.

Estímulos a la contratación

(i) Se incentiva la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa de jóvenes desempleados menores de 30 años, mediante una reducción de la cuota empresarial por contingencias comunes. El porcentaje de reducción varía en función del número de empleados de la empresa contratante.

(ii) Se incentiva la contratación indefinida de jóvenes desempleados menores de 30 años mediante una reducción del 100% de la cuota empresarial por contingencias comunes. Para que esta medida resulte de aplicación, la empresa contratante deberá tener una plantilla igual o inferior a 9 trabajadores en el momento de la celebración del contrato.

(iii) Se prevé una reducción del 100% de la cuota empresarial en aquellos supuestos en que un trabajador por cuenta propia, menor de 30 años y sin trabajadores asalariados, contrate por primera vez y de forma indefinida a un trabajador desempleado de 45 o más años de edad.

(iv) Se permite, como causa para la celebración de un contrato temporal, la adquisición de experiencia profesional por jóvenes desempleados menores de 30 años que no tengan experiencia laboral o que esta sea inferior a 3 meses.

(v) Se permite la celebración de contratos en prácticas con menores de 30 años, aunque hayan transcurrido 5 o más años desde la terminación de sus estudios.

(vi) Se modifican la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal («ETT»), y el Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje, y se establecen las bases de la formación profesional dual, permitiéndose a las ETT suscribir contratos para la formación y el aprendizaje con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición.

(viii) Se elimina la prohibición de concertar un contrato en prácticas con base en un certificado de profesionalidad obtenido como consecuencia de un contrato para la formación con la misma empresa.

Medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social

Real Decreto-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social (BOE de 1 de diciembre de 2012)

Esta norma desarrolla la Ley 28/2003, de 29 de septiembre, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, y tiene como principal finalidad adaptarla a la crisis económica que atraviesa España en la actualidad.

Con este propósito se introducen un conjunto de medidas mediante las que se flexibiliza la gestión de las reservas de la Seguridad Social. Dichas medidas son, muy a grandes rasgos, las que se exponen a continuación:

(i) Se establece un régimen excepcional para la disposición del Fondo de Reserva de la Seguridad Social: se aprueba un nuevo límite para las disposiciones que se realicen durante los años 2012, 2013 y 2014. Este límite será el equivalente al importe del déficit por operaciones no financieras previsto en los presupuestos de las entidades gestoras. Los importes de los que se disponga bajo este nuevo régimen se destinarán al pago de las pensiones de carácter contributivo y sus gastos de gestión.

(ii) Se aprueba la concesión de ciertos suplementos de crédito al Servicio Público de Empleo Estatal («SPEE») para paliar los efectos derivados de la pérdida de recaudación de cotizaciones durante el año 2012.

(iii) Se aprueba, como medida de ajuste, la suspensión de la revalorización y actualización de pensiones prevista en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba la LGSS. Esta suspensión se aplicará únicamente durante los ejercicios 2012 y 2013. Sin perjuicio de lo anterior, se aprueba un incremento del 1% de las pensiones abonadas por la Seguridad Social.

Contrato para la formación y el aprendizaje

Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual (BOE de 8 de noviembre de 2012)

Este Real Decreto se dicta atendiendo a la facultad de desarrollo prevista en la disposición final decimonovena de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

El objeto perseguido por este Real Decreto es doble. Por un lado, configura el desarrollo reglamentario de la modalidad contractual de formación y aprendizaje prevista en el artículo 11.2 del ET. Por otro, establece las bases sobre las que se asienta la formación dual, esto es, el conjunto de acciones e iniciativas, mixtas de empleo y formación, que tienen como finalidad última la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia.

En relación con el primero de los objetivos, cabe destacar que el contrato para la formación y el aprendizaje se puede celebrar con trabajadores de entre dieciséis y veinticinco años, siempre y

cuando carezcan de la cualificación profesional exigida para la suscripción de un contrato en prácticas. Este límite de edad no resultará de aplicación cuando el contrato se celebre con personas con discapacidad o con colectivos que se hallen en situación de exclusión social. Asimismo, y en términos temporales, el contrato no podrá celebrarse a tiempo parcial y su duración será, como mínimo, de un año y, como máximo, de tres.

Respecto del segundo de los objetivos arriba indicados, se establece la coparticipación entre centros educativos y empresas como base para el desarrollo de proyectos de formación dual. En este sentido, cada proyecto se formalizará a través de un convenio entre la empresa y la Administración educativa correspondiente y concretará las actividades a realizar en el centro y en la empresa, su duración y los criterios evaluadores. De este modo, el estudiante no celebrará un contrato de trabajo, sino que podrá ser beneficiario de una beca en los términos previstos en cada proyecto.

Despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años. Las aportaciones al Tesoro Público

Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años (BOE de 30 de octubre de 2012)

La disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, ha sido modificada por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y posteriormente por la Ley 3/2012, de 6 de julio. Por ello, el Gobierno ha aprobado, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y con las Comunidades Autónomas, este Real Decreto.

La obligación de aportar al Tesoro se limita a aquellas empresas que realicen despidos colectivos, en los términos del artículo 51 del ET, afectando a trabajadores de cincuenta o más años de edad. Es necesario, además, que los despidos colectivos sean realizados por empresas de más de cien trabajadores o por empresas que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores, y que, aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que los justifiquen, las empresas o el grupo de empresas del que formen parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquel en que el empresario inicie el procedimiento de despido colectivo.

La aportación económica en cuestión se realizará a través de liquidaciones anuales, con base en la aplicación de un porcentaje determinado. Este porcentaje está definido en una escala legalmente prevista, basada en una serie de conceptos: las prestaciones y subsidios de desempleo y las cotizaciones a la Seguridad Social de los trabajadores que, cumpliendo los requisitos de edad, estén afectados por el despido colectivo.

La liquidación provisional del procedimiento de liquidación de la aportación anual es susceptible de alegaciones por parte de la empresa, que deberá resolver el SPEE. Dicha resolución podrá ser recurrida en alzada por la empresa ante el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Nuevo Reglamento sobre despidos colectivos, suspensión de contrato y reducción de jornada

Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (BOE de 30 de octubre de 2012)

Sobre este Reglamento, ver Foro de Actualidad desarrollado por Álvaro Navarro Cuéllar en este número de la revista.

La regulación de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos

Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (BOE de 28 de septiembre de 2012)

El Gobierno da cumplimiento con este Real Decreto al mandato legislativo contenido en la disposición final segunda del ET, conforme a la redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2012.

El objeto de este Real Decreto es triple: se persigue la unificación y sistematización de la regulación de la composición y funciones de la Comisión; se busca desarrollar las funciones decisio-

rias que le son atribuidas en virtud del artículo 82.3 del ET, para la solución de discrepancias por falta de acuerdo en los procedimientos sobre inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo de aplicación; y la norma adapta la organización y funcionamiento de la Comisión a sus nuevas funciones decisorias.

En relación con lo anterior, únicamente podrá solicitarse la actuación decisoria de la Comisión cuando concurran las siguientes circunstancias: (i) que no se haya solicitado la intervención de la comisión paritaria del convenio o, en caso de haberse solicitado, que esta no haya alcanzado ningún acuerdo (debe recordarse que será preceptivo solicitar la intervención de la comisión paritaria cuando así se prevea en convenio colectivo); y (ii) que no resulten de aplicación los procedimientos establecidos en los acuerdos interprofesionales estatales previstos en el artículo 83 del ET, para solventar las discrepancias relativas a la negociación de los acuerdos a los que se refiere el artículo 82.3 del mismo texto legal, incluido el compromiso previo de sumisión a un arbitraje vinculante o cuando, habiéndose recurrido a dichos procedimientos, no hubieran resuelto la discrepancia.

[Portugal]

Contribuições e quotizações devidas à segurança social

Decreto-Lei n.º 213/2012, de 25 de setembro (DR 186, SÉRIE I, 25 de setembro de 2012)

O Decreto-Lei n.º 213/2012, de 25 de setembro, que entrou em vigor no dia 26 de setembro, (i) procede à definição do regime de celebração de acordos de regularização voluntária de contribuições e quotizações devidas à segurança social, (ii) autoriza o pagamento diferido de montante de contribuições a regularizar em situações não resultantes de incumprimento e (iii) prevê uma dispensa excepcional do pagamento de contribuições.

Os acordos de regularização voluntária de contribuições e quotizações serão autorizados pelo o Instituto da Segurança Social, I.P. («ISS, I.P.»), quando sejam previstas em resolução do Conselho de Ministros medidas de revitalização económica e recuperação e viabilização empresariais, o que sucedeu com a aprovação da resolução do Conselho de Ministros que cria o Programa Revitalizar. A celebração destes acordos só será possível se a dívida em causa não se encontrar participada para cobrança coerciva e o contribuinte não tiver nenhuma dívida de contribuições ou quotizações em cobrança coerciva, judicial ou extrajudicial de conciliação. Estes acordos apenas poderão ser celebrados uma vez em cada período de três anos e deverão incluir o pagamento integral da dívida, bem como prever que o número máximo de prestações de igual montante não exceda seis meses.

O diferimento do pagamento de contribuições pode ser autorizado pelo ISS, I. P. desde que não se trate de situação de incumprimento. Este diferimento poderá ter como justificação (i) motivos de complexidade técnica imputáveis aos serviços que determinem que a comunicação relativa à fixação definitiva da base de incidência contributiva dos trabalhadores independentes seja efetuada em momento posterior ao previsto no n.º 5 do artigo 163.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social; ou (ii) situações, declaradas por resolução de Conselho de Ministros, de catástrofe, de calamidade pública ou de fenómenos de gravidade económica ou social, nomeadamente de aleatoriedades climáticas, em que seja previsto o cumprimento diferido da obrigação contributiva.

Alteração à Regulamentação do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social

Decreto Regulamentar n.º 50/2012, de 25 de setembro (DR 186, SÉRIE I, 25 de setembro de 2012)

O Decreto Regulamentar n.º 50/2012, de 25 de setembro, procede à segunda alteração do Decreto Regulamentar n.º 1-A/2011, de 3 de janeiro, que constitui a Regulamentação do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social. Com esta alteração pretendeu adaptar-se este diploma ao disposto na Lei n.º 20/2012, de 14 de maio, que veio alterar o Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social.

Das alterações introduzidas, destacamos:

- (i) A instituição da obrigação de adesão à caixa postal eletrónica para os trabalhadores independentes e as entidades contratantes;
- (ii) A introdução de um mecanismo de atualização dos elementos relativos à identificação e enquadramento dos trabalhadores independentes, através do preenchimento de um anexo ao modelo 3 da declaração do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares; e ainda
- (iii) As alterações à determinação da base de incidência contributiva dos trabalhadores independentes.

O Decreto Regulamentar n.º 50/2012 entrou em vigor no dia 26 de setembro.

Promoção do emprego e combate à sazonalidade na região do Algarve

Portaria n.º 297/2012, de 28 de setembro (DR 189, SÉRIE I, 28 de setembro de 2012)

A Portaria n.º 297/2012, de 28 de setembro, que entrou em vigor no dia 29 de setembro, criou o Programa Formação-Algarve, que visa combater o desemprego e a sazonalidade do emprego na região do Algarve e reforçar a competitividade e a produtividade dos setores de atividade mais afetados pela sazonalidade naquela região.

Para isso, a entidade empregadora compromete-se a proporcionar formação profissional certificada durante o período da designada época baixa aos trabalhadores, podendo, em contrapartida e desde que cumpra os requisitos indicados na Portaria, beneficiar de um apoio financeiro correspondente a uma percentagem da retribuição base mensal bruta de cada trabalhador abrangido e, em determinados casos, ao subsídio de transporte dos formandos e de alguns custos suportados com a formação.

São destinatários deste programa os trabalhadores das entidades empregadoras candidatas que se encontrem vinculados através de contrato de trabalho a termo certo cujo prazo terminasse até 31 de outubro de 2012, bem como os trabalhadores cujos contratos de trabalho celebrados com as entidades empregadoras candidatas tenham cessado nos 60 dias anteriores à data da entrada em vigor desta Portaria. Os trabalhadores poderão beneficiar deste programa apenas uma vez.

A atribuição do apoio financeiro à entidade empregadora dependia ainda da verificação, até 31 de outubro de 2012, de um dos seguintes requisitos: (i) renovação, por um prazo mínimo de 12 meses, dos contratos de trabalho a termo dos trabalhadores abrangidos por este programa, podendo, para este efeito, ser aplicável o regime de renovação extraordinária previsto no artigo 1.º da Lei n.º 3/2012, de 10 de janeiro; (ii) conversão de contrato de trabalho a termo em contrato de trabalho por tempo indeterminado; ou (iii) celebração de novo contrato de trabalho a termo por um prazo mínimo de 12 meses ou por tempo indeterminado com trabalhador cujo anterior contrato de trabalho celebrado com a entidade empregadora candidata tenha cessado nos 60 dias anteriores à entrada em vigor da portaria, com observância do disposto no Código do Trabalho.

O Programa Formação-Algarve tem a duração inicial de um ano e a entidade responsável pela sua execução é o Instituto do Emprego e Formação Profissional, I.P. («IEFP, I.P.»), em articulação com o Instituto do Turismo de Portugal, I. P.

Alterações ao Programa de Estágios Profissionais

Portaria n.º 309/2012, de 9 de outubro (DR 195, SÉRIE I, 9 de outubro de 2012)

A Portaria n.º 309/2012, de 9 de outubro, que entrou em vigor no dia 10 de outubro de 2012, veio introduzir alterações à regulamentação do Programa de Estágios Profissionais, prevista na Portaria n.º 92/2011, de 28 de fevereiro.

Esta Portaria prevê um regime específico para projetos de interesse estratégico para a economia nacional ou de determinada região, alargando a duração máxima do estágio para 18 meses e prevendo a possibilidade de o IEFP, I.P. participar até 90% das bolsas concedidas aos estagiários.

Para a determinação da existência de interesse estratégico, bem como da duração do estágio e da comparticipação pelo IEFP, I.P. na bolsa de estágio, devem ser tidos em conta os seguintes critérios:

- (i) Ligação efetiva a projeto de investimento relativo à criação de nova empresa ou expansão de empresa existente;
- (ii) Inserção em setor de atividade ligado essencialmente à exportação ou reconhecimento de interesse regional;
- (iii) Envolvimento de um mínimo de 25 estagiários no projeto;
- (iv) Integração coerente dos estágios no âmbito do projeto;
- (v) Estimativa de contratação de, no mínimo, 75 % dos ex-estagiários, evidenciada na candidatura; e
- (vi) Classificação mínima de 70 %, de acordo com o modelo de avaliação dos projetos utilizado pelo IEFP, I.P. e constante de regulamento específico.

Os projetos reconhecidos como «Projetos de Potencial Interesse Nacional», nos termos do Decreto-Lei n.º 174/2008, de 26 de agosto, serão também considerados como de interesse estratégico para a economia nacional, para os efeitos desta Portaria.

A Portaria n.º 309/2012 vem ainda permitir expressamente a candidatura de empresas que tenham iniciado processo especial de revitalização, nos termos do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, a promotoras do(s) estágio(s).

**Incentivo à
Contratação por
Startups - Reembolso
da TSU**

Portaria n.º 432/2012, de 31 de dezembro (DR 252, SÉRIE I, 31 de dezembro de 2012)

O presente diploma aprova uma medida de apoio à contratação de trabalhadores por empresas startups, ou seja, empresas baseadas em conhecimento e com potencial de crescimento em mercados internacionais.

Esta medida, que consiste no reembolso, total ou parcial, da Taxa Social Única («TSU») suportada pelo empregador, enquadra-se no âmbito do Plano Estratégico de Apoio às Pequenas e Médias Empresas - «Impulso Jovem», criado através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 51-A/2012, de 14 de julho, podendo as entidades empregadoras beneficiárias cumulá-la com a medida Estímulo 2012, criada pela Portaria n.º 45/2012, de 13 de fevereiro, ou com outra medida de apoios diretos ao emprego equivalente.

A sua execução é da responsabilidade do Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e à Inovação, I.P. («IAPMEI, I.P.») e do IEFP I.P., devendo as candidaturas ser apresentadas no portal www.netemprego.pt, gerido por este último instituto.

Pode candidatar-se a este apoio a pessoa singular ou coletiva de natureza jurídica privada, com ou sem fins lucrativos, que reúna os seguintes requisitos:

- (i) Estar regularmente constituída e registada;
- (ii) Ter obtido certificação de PME, nos termos do Decreto Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro;
- (iii) Ter iniciado atividade há menos de 18 meses;
- (iv) Ter um capital social superior a € 1.000, no caso de se tratar de pessoa coletiva;
- (v) Ter, à data da apresentação da candidatura, um número de trabalhadores inferior a 20;
- (vi) Ser uma empresa startup;
- (vii) Preencher os requisitos legais exigidos para o exercício da respetiva atividade ou apresentar comprovativo de ter iniciado o processo aplicável;
- (viii) Ter a situação contributiva regularizada perante a administração fiscal e a Segurança Social;
- (ix) Não se encontrar em situação de incumprimento no que respeita a apoios financeiros concedidos pelo IEFP, I.P. e pelo IAPMEI, I.P.;

(x) Ter a respetiva situação regularizada em matéria de restituições no âmbito do financiamento do Fundo Social Europeu;

(xi) Dispor de contabilidade organizada de acordo com o previsto na lei; e, finalmente

(xii) Não se encontrar em relação de participação ou de grupo com sociedade que não preencha os requisitos ora indicados.

São requisitos de atribuição do apoio financeiro: (i) a celebração de contrato de trabalho, a tempo completo, sem termo ou a termo certo, pelo período mínimo de 18 meses, com desempregado inscrito em centro de emprego ou com outro trabalhador, em ambos os casos detentor de qualificação correspondente ao nível III do Quadro Nacional de Qualificações, aprovado pela Portaria n.º 782/2009, de 23 de julho, ou superior; e (ii) a criação líquida de emprego.

Para este efeito, considera-se que há criação líquida de emprego quando o empregador atinja um número total de trabalhadores superior à média mais baixa dos trabalhadores registados nos quatro, seis ou 12 meses que precedem a data da apresentação da sua candidatura e registe, com periodicidade mensal, a partir da contratação e, pelo menos, durante o período de duração do apoio financeiro, um número total de trabalhadores igual ou superior ao número de trabalhadores atingido por via do apoio previsto neste diploma.

É ainda de referir que os postos de trabalho abrangidos por esta medida devem situar-se nas Unidades Norte, Centro, Alentejo e Algarve de Nível II da nomenclatura de unidades territoriais, definida pelo Decreto-Lei n.º 46/89, de 15 de fevereiro.

Note-se, finalmente, que o número de trabalhadores contratados por cada empregador ao abrigo desta medida não pode exceder os 20.

O apoio financeiro previsto nesta Portaria consiste no reembolso da TSU paga pelo empregador, nos seguintes termos:

(i) 100 % do valor da TSU, até um valor máximo de € 300 por mês, por trabalhador, no caso de contratação sem termo de desempregado inscrito no centro de emprego há pelo menos quatro meses consecutivos;

(ii) 75 % do valor da TSU, até um valor máximo de € 225 por mês, por trabalhador, no caso de contratação a termo de desempregado inscrito no centro de emprego há pelo menos quatro meses consecutivos; e

(iii) 50 % do valor da TSU, até um valor máximo de € 175 por mês, por trabalhador, no caso de contratação sem termo de desempregado inscrito no centro de emprego há menos de quatro meses e na contratação sem termo de qualquer trabalhador cujo contrato de trabalho anterior noutra empresa não fosse sem termo.

Esta Portaria entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2013, devendo as candidaturas ser apresentada até 31 de dezembro de 2013, ou até data anterior, fixada por deliberação conjunta do IEFEP, I.P., e IAPMEI, I.P., quando for previsível que venha a ser atingido o limite dos fundos disponíveis.

2 · JURISPRUDENCIA

[Espanña]

Suspensión de la prestación por desempleo en el caso de ausencia del territorio nacional

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 18 de octubre de 2012

El Tribunal Supremo («TS») analiza qué incidencia tiene en la percepción de la prestación por desempleo que el beneficiario se ausente del territorio nacional.

En el caso de autos el trabajador se ausentó de España durante 22 días sin comunicar su desplazamiento a las autoridades competentes. Consecuentemente, el SPEE instó procedimiento sancionador por pérdida de los requisitos exigidos para la percepción de la prestación por desempleo.

El TS resuelve el litigio con base en los umbrales temporales previstos en dos normas de referencia: (i) el Real Decreto 6/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo; y (ii) la Ley Orgánica 4/2000, de 1 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. De acuerdo con estas disposiciones, el traslado de residencia al extranjero es una de las causas de extinción del derecho a percibir la prestación por desempleo. En este sentido, el cambio de residencia tiene lugar cuando se permanece más de 90 días en el extranjero. Por otro lado, las salidas al extranjero por período inferior a 15 días carecen de efectos extintivos.

En el caso que nos ocupa, nos hallamos ante un supuesto de hecho intermedio. Si bien es cierto que se excede el límite de los 15 días, no se trata de un cambio de residencia *per se*. Por estas razones, el TS determina la suspensión, y no la extinción, de la prestación en cuestión.

Incapacidad temporal y vacaciones *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 3 de octubre de 2012*

Esta sentencia trae causa de un conflicto colectivo en el que se solicitó la declaración del derecho de los trabajadores a posponer los días de vacaciones que coincidían con una incapacidad temporal («IT») surgida durante dicho período.

En relación con este conflicto, la Audiencia Nacional («AN») declara formalmente el derecho de todo trabajador a diferir el período de vacaciones bajo dichas circunstancias. La demandada interpuso recurso de casación contra la sentencia de la AN.

El TS toma la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de junio de 2012, como referencia para resolver el caso. Dicha sentencia declara contraria a derecho la imposibilidad de posponer el período vacacional cuando coincida con una situación de IT. Siguiendo esta misma línea, el TS determina que la IT simultánea a las vacaciones recibe el mismo tratamiento que la iniciada en fecha distinta a este período. La única situación que admite un tratamiento distinto es aquella en la que concurren indicios de fraude.

Revocación del mandato de los miembros del comité de empresa *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 2 de octubre de 2012*

La cuestión principal que se plantea en esta sentencia es la de determinar si la revocación de los miembros del comité de empresa, además de afectar a sus titulares, alcanza a sus respectivos suplentes.

En el caso de autos, los suplentes debían quedar afectados, en la medida en que el orden del día de la asamblea revocatoria incluyó tanto a unos como a otros.

La duda, pues, se plantea en aquellos supuestos en que no se especifica el alcance de la revocación. El TS es claro en este sentido y determina que la revocación debe incluir a los suplentes de las candidaturas afectadas. Entiende el TS que la revocación prevista en el artículo 67.3 del ET responde a una pérdida de confianza motivada por el comportamiento de los representantes de los trabajadores. Esta desconfianza alcanza, necesariamente, a sus suplentes, habida cuenta de que todos ellos participan de una misma ideología y línea de actuación.

La transmisión patrimonial en la sucesión de empresa *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 26 de septiembre de 2012*

Esta sentencia estima el recurso de casación para la unificación de doctrina y revoca, en consecuencia, la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Dicha decisión declaraba la nulidad de los despidos llevados a cabo por un hotel y, paralelamente, condenaba a una entidad financiera con base en la existencia de un supuesto de sucesión de empresa. La condena obligó a la entidad financiera a readmitir a los asalariados del hotel por habersele adjudicado en procedimiento hipotecario el inmueble ocupado por aquel.

El TS realiza un análisis pormenorizado de la figura de la sucesión de empresa prevista en el artículo 44 del ET. Con carácter general, la sucesión de empresa exige la sustitución de un empresario por otro en una misma actividad empresarial y la transmisión del primero al segundo, por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, de los elementos patrimoniales necesarios para continuar con esa actividad empresarial. En el caso analizado, la entidad financiera adquirió únicamente las fincas sobre las que la entidad hotelera tenía constituida una hipoteca.

Sin embargo, no adquirió los bienes muebles ni otros elementos necesarios para el desarrollo de la actividad hotelera que, embargados, fueron adjudicados a un tercero. En consecuencia, el TS declara que resulta «*nula aquella transmisión inmobiliaria para continuar llevando a cabo la actividad productiva de la empresa*».

La permanencia en la empresa tras el ejercicio de una acción de resolución contractual

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de julio de 2012

El TS analiza qué incidencia tiene el ejercicio de una acción de resolución contractual por un trabajador. En el caso de autos, el trabajador abandonó su puesto de trabajo tras ejercitar la acción judicial, pero antes de que se dictara sentencia. La empresa argumenta que la extinción del contrato de trabajo debe venir dada por sentencia firme, lo cual exige la vigencia de la relación laboral cuando esta se dicte. Consecuentemente considera que el trabajador se encuentra en situación de baja.

Frente a esta argumentación, el TS defiende que no se puede obligar al trabajador a permanecer en su puesto si ello supone un perjuicio patrimonial o una pérdida de oportunidades profesionales. Se pone por tanto de manifiesto que, tras ejercitar la acción resolutoria, el trabajador es libre para dejar de prestar sus servicios, debiendo en todo caso asumir el riesgo del resultado del proceso.

Despido colectivo. Comisión negociadora, derecho de permanencia de los representantes, identificación de afectados y concurrencia de causas económicas y productivas

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 21 de noviembre de 2012

La AN resuelve una demanda de impugnación de despido colectivo en la que los demandantes solicitaban su nulidad y, subsidiariamente, su improcedencia.

Los demandantes denuncian, en primer lugar, que la comisión negociadora estaba compuesta únicamente por los representantes de los trabajadores de Barcelona y Madrid, cuando el despido colectivo también afectó a trabajadores de los centros de trabajo de Sevilla y Valencia. La AN entiende que los representantes de los trabajadores de un centro de trabajo pueden asumir la representación de los trabajadores de otro centro que carezca de representación. Por ello se desestimó el primer motivo de nulidad.

Como segundo motivo de nulidad, los demandantes denuncian la inclusión de representantes legales de los trabajadores en la lista inicial de trabajadores afectados, alegando que ello perseguía una finalidad coactiva. Para la AN, la empresa no respetó, en un primer momento, la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores. Sin embargo, desestima este segundo motivo, ya que, desde la primera reunión, la empresa aceptó excluir a los representantes de los trabajadores de la lista de trabajadores afectados.

Por último, se desestima el tercer motivo de nulidad alegado por los demandantes. La identificación nominal de los trabajadores afectados desde el momento de inicio del procedimiento acredita para los demandantes la inexistente voluntad de negociar de la empresa. La AN entiende que la explicitación de los criterios de selección y de los trabajadores afectados no determina la inexistencia de voluntad negociadora.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala incide en el necesario análisis de la funcionalidad del despido objetivo. Este análisis exige que la situación económica negativa o los cambios en la demanda de productos se relacionen con los contratos de trabajo a extinguir, en cumplimiento del mandato del artículo 4 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo. Por tanto, recuerda la Sala que la regulación de los despidos colectivos ya no exige la contribución a la consecución de objetivos futuros, de difícil apreciación por los tribunales. La actual regulación exige que el empresario acredite la concurrencia de la causa del despido y el consiguiente carácter superfluo del contrato en términos económicos, para así superar el juicio de ponderación que lleva a declarar la procedencia del despido objetivo.

En este caso, la AN estima que la cifra de negocios de la empresa se deterioró gravemente y que la disminución en la facturación del IVA constituye una causa productiva, acreditativa de la incapacidad de la empresa para vender en el mercado sus productos y servicios.

En consecuencia, la Sala considera que concurren las causas alegadas por la demandada y que el despido colectivo fue ajustado a derecho.

Legitimación de un grupo de empresas para instar un despido colectivo

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

A través de esta sentencia, la AN analiza un supuesto de hecho que no ha sido expresamente previsto por nuestros legisladores: la legitimación de un grupo de empresas a efectos laborales para instar un despido colectivo.

La empresa demandada presentó una solicitud de expediente de regulación de empleo en una provincia determinada y, habiendo sido desestimada, procedió a instar un despido colectivo de ámbito nacional acogéndose al Real Decreto-Ley 3/2012. La parte actora solicitaba de la Sala la declaración del carácter fraudulento del despido colectivo, argumentando que su articulación a nivel nacional era un mero intento de esquivar la desestimación inicial, sin que concurrieran nuevas causas que la justificaran.

Con base en abundante jurisprudencia, la AN expone cómo la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales supone, en realidad, la presencia de un empresario único. Esta figura se construye por tanto, para adecuar la efectividad del empresario a los términos reales económicos y organizativos, levantando el velo de la ficción jurídica. De este modo, para determinar si concurren causas válidas para la extinción del contrato de trabajo cuando existe grupo de empresas, debemos tener en cuenta a todas las empresas integrantes en el grupo. Esto es así en la medida en que el empresario real es el grupo y no la sociedad concreta a cuya plantilla está formalmente adscrito el trabajador.

Con base en los anteriores argumentos, la AN entiende que no concurren indicios de fraude en el supuesto de autos.

[Portugal]

Prestação de Informações Relativas à Saúde

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24 de setembro de 2012

No presente acórdão, o Tribunal da Relação do Porto pronunciou-se sobre a possibilidade de um Tribunal enviar um ofício, a pedido do empregador e com o consentimento do trabalhador visado, a um ou mais centros de saúde, para que estes remetessem para o tribunal os relatórios e episódios de consulta do trabalhador.

No caso em apreço, o trabalhador em causa tinha alegado que, em resultado de disputas com o empregador, havia sofrido danos morais que o haviam levado a recorrer a assistência médica, na especialidade de psiquiatria. O empregador, por seu lado, argumentou que os problemas de saúde do trabalhador eram anteriores a qualquer conflito.

O Tribunal da Relação do Porto, considerando que o esclarecimento da origem da doença do trabalhador era essencial para a decisão da causa, entendeu ser justificada a junção aos autos de todos os relatórios médicos existentes sobre o problema de saúde do trabalhador.

O tribunal esclareceu ainda que esse acesso não constituía uma invasão da esfera privada do trabalhador, uma vez que a entrega, pelo(s) centro(s) de saúde, dos relatórios em causa dependeria sempre do seu consentimento. Caso este se opusesse, os relatórios não poderiam ser juntos, sendo essa recusa valorada livremente pelo tribunal.

Sucessão de Contrato de Trabalho a Termo Certo - Utilização Abusiva da Personalidade Jurídica

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de novembro de 2012

No âmbito deste processo, o Supremo Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre o caso de um trabalhador contratado a termo, sucessivamente, por duas sociedades comerciais juridicamente distintas, e para o mesmo posto de trabalho.

O trabalhador executou o primeiro contrato até lhe ter sido comunicada, ao fim de três anos, a respetiva caducidade, tendo, em seguida, celebrado novo contrato a termo certo com a segunda entidade. À semelhança do que sucedera com o primeiro contrato, uma vez decorridos três anos, foi-lhe comunicada pela entidade empregadora a caducidade do contrato e a consequente cessação do vínculo laboral.

Inconformado, o trabalhador veio questionar judicialmente a licitude do seu despedimento, argumentando que a celebração sucessiva dos seus contratos de trabalho visou única e exclusivamente impedir a sua progressão na carreira, o pagamento de diuturnidades e a obtenção de vínculo, pelo que os termos apostos nesses mesmos contratos eram nulos.

Foram dados como provados pelo tribunal os seguintes factos com relevo para a questão:

- (i) as duas sociedades tinham um sócio/acionista em comum, que desempenhava igualmente funções de gestão em ambas;
- (ii) foi esse mesmo sócio/acionista quem sempre transmitiu as ordens e instruções ao trabalhador e quem subscreveu, em nome de ambas as sociedades, os dois contratos de trabalho a termo acima referidos, bem como ambas as comunicações de cessação do vínculo laboral;
- (iii) o trabalhador exerceu sempre as mesmas funções ao serviço de ambas as sociedades, utilizando predominantemente os mesmos instrumentos de trabalho;
- (iv) as duas sociedades exploravam em conjunto o serviço a que o trabalhador estava afeto; e
- (v) ambas as sociedades atuavam no mercado sob uma imagem comum.

Chamado a pronunciar-se, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que, apesar de as duas entidades possuírem personalidade jurídica autónoma e, por isso, se tratarem de duas sociedades comerciais distintas, se justificava a «desconsideração da autonomia e da individualidade jurídica das rés - usadas, instrumentalmente, para celebrar com o trabalhador uma sucessão de contratos de trabalho a termo certo, primeiramente com a 1.ª ré e logo a seguir com a 2.ª ré, evitando, deste modo, a conversão do [primeiro] contrato de trabalho a termo (...) em contrato de trabalho sem termo, com o conseqüente afastamento dos direitos daí decorrentes para o trabalhador (direito à segurança no emprego, antiguidade e diuturnidades)».

Mediante a desconsideração da autonomia jurídica de cada uma das entidades empregadoras, o tribunal considerou como um único os vínculos laborais estabelecidos entre o trabalhador e as duas entidades. O tribunal considerou ainda que esta unidade consubstanciava uma situação de contitularidade da posição jurídica de empregador, reconduzida materialmente a um caso de pluralidade de empregadores, devendo, assim, as duas sociedades responder solidariamente pelos créditos laborais devidos ao trabalhador em resultado do seu despedimento ilícito.

MARÍTIMO, TRANSPORTE Y LOGÍSTICA*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Marítimo. Construcción naval

Decisión del órgano de vigilancia de la AELC 31/12/COL, de 1 de febrero, por la que se modifican las normas sustantivas y de procedimiento en materia de ayudas estatales mediante la introducción de un nuevo capítulo relativo a la aplicación, a partir del 1 de febrero de 2012, de la normativa revisada para evaluar las ayudas estatales a la construcción naval (DOUE de 31 de enero de 2013)

El objeto de la presente Decisión es modificar las Directrices sobre ayudas estatales concedidas al sector de la construcción naval, sustituyendo el capítulo relativo a la normativa revisada por el anexo que acompaña a la Decisión.

* Esta sección ha sido coordinada por Tomás Fernández-Quirós y Julio López Quiroga, y en su elaboración han participado Luz Martínez de Azcoitia, Fernando de Castro y M.ª João Rodrigues Dias, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Oporto).

El nuevo capítulo contiene disposiciones específicas sobre (i) las ayudas a la innovación en el sector de la construcción naval, (ii) las ayudas regionales a la construcción naval y (iii) los créditos a la exportación relacionados con el sector, considerando estas ayudas compatibles con el mercado interior en virtud del Acuerdo EEE y los instrumentos horizontales sobre ayudas estatales.

De acuerdo con estas Directrices, el órgano de vigilancia de la AELC podrá autorizar las ayudas a los astilleros o, en el caso de los créditos a la exportación, las ayudas a los armadores, concedidas para la construcción, reparación o transformación de buques, así como las ayudas a la innovación concedidas para la construcción de estructuras marítimas flotantes y móviles.

En relación con las ayudas regionales, se considerarán compatibles con el mercado interior si se cumplen una serie de condiciones previstas en la Decisión como, entre otras, la contribución a la modernización de los astilleros ya existentes, que no resulten vinculadas a una reestructuración financiera del astillero y que contribuyan a mejorar la productividad de las instalaciones existentes.

En cuanto a las ayudas a la innovación, se considerarán compatibles con el mercado interior hasta una intensidad de ayuda máxima del 20% bruto, siempre que se refieran a la aplicación industrial de productos y procesos innovadores, tecnológicamente nuevos en relación con el resto de la técnica existente en el sector de la construcción naval en el Espacio Económico Europeo, y que conlleven el riesgo de fracaso tecnológico o industrial.

Las ayudas concedidas en forma de créditos a la exportación se considerarán compatibles con el mercado interior si se ajustan a lo dispuesto en el Acuerdo de 1998 sobre líneas directrices en materia de créditos a la exportación en el marco de la OCDE y a su Acuerdo sectorial sobre créditos a la exportación de buques.

El órgano de vigilancia de la AELC aplicará los principios expuestos en la Decisión a todas las medidas de ayuda notificadas con respecto a las cuales deba adoptar una decisión después del 1 de febrero de 2012, incluso cuando los proyectos se hubieran notificado con anterioridad a esa fecha. Asimismo, el órgano de vigilancia aplicará los principios contenidos en las Directrices a las ayudas no notificadas concedidas después de 31 de diciembre de 2011.

Después de 31 de diciembre de 2013, el órgano tiene intención de incluir (i) las ayudas a la innovación en el sector de la construcción naval en las Directrices sobre ayudas estatales a la investigación y desarrollo e innovación, y (ii) las ayudas regionales a la construcción naval en las Directrices sobre ayudas de Estado de finalidad regional.

[España]

Marítimo. Trabajo marítimo

Convenio Internacional sobre el trabajo marítimo, 2006, hecho en Ginebra el 23 de febrero de 2006 (BOE de 22 de enero de 2013)

Se acaba de publicar en el *BOE* el Instrumento de Ratificación por España del Convenio Internacional sobre el Trabajo Marítimo, 2006, Convenio aprobado en el seno de la OIT que pretende revisar gran número de Convenios Internacionales en el ámbito laboral marítimo adoptados a lo largo del siglo XX (algunos datan incluso de 1920), y todo ello con el ánimo de garantizar el derecho a toda la gente de mar a un «empleo decente», en palabras de su artículo 1. Aspira a garantizar derechos fundamentales relativos a la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil, y la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación.

El Convenio incorpora un Reglamento y un Código, a su vez dividido en dos partes, A y B. Mientras que las disposiciones de la parte A del Código son obligatorias para los Estados firmantes, las de la parte B son de voluntaria aplicación

El Convenio se aplica a toda la gente de mar y todos los buques, de propiedad pública o privada, que se dediquen habitualmente a actividades comerciales, con excepción de los buques dedicados a la pesca u otras actividades similares y de las embarcaciones de construcción tradicional, así como de los buques de guerra y las unidades navales auxiliares.

Entrará en vigor para España el 20 de agosto de 2013.

Transporte Terrestre. Documento de control administrativo

Orden FOM/2861/2012, de 13 de diciembre, por la que se regula el documento de control administrativo exigible en los transportes públicos de mercancías por carretera (BOE de 5 de enero de 2013)

Esta Orden tiene por objeto establecer el documento administrativo de control exigible en los transportes públicos de mercancías por carretera, que deberá formalizarse en relación con cada envío en que se materialicen los correspondientes contratos de transporte, en ejecución de lo dispuesto en el artículo 222 del Real Decreto 1211/1990, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.

A raíz de la aprobación de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías, se ha estimado conveniente revisar el contenido de las normas reguladoras de la documentación de control, adecuándolas a la nueva realidad jurídica, de forma que se clarifiquen los sujetos obligados a documentar los envíos en los que se materializan los contratos de transporte público de mercancías, así como su responsabilidad. También se ha considerado adecuado revisar el contenido de la documentación de control.

Entrará en vigor el 5 de julio de 2013.

Ferrocarril. Liberalización

Real Decreto Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE de 23 de febrero de 2013)

Dentro del conjunto de medidas aprobadas bajo el Real Decreto Ley 4/2013, se dedica el título IV a las medidas en el sector ferroviario, medidas que afectan tanto al Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), a quien se transmite la titularidad de la red ferroviaria del Estado cuya administración tenía encomendada hasta la fecha, así como a determinadas modificaciones de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, esencialmente en el campo de la liberalización del mercado de prestación del transporte ferroviario.

A esta última materia nos referimos en el número 33 de *Actualidad Jurídica UM* (página 219) al comentar el Real Decreto-ley 22/2012, de 20 de julio, por el que se adoptan medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios. Destacábamos entonces que dicha disposición declaraba 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. En principio a los titulares de una licencia de empresa ferroviaria les bastaba disponer de un certificado de seguridad ferroviaria para 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. Pues bien, esperando que se avanzara en la senda ya apunta en el Real Decreto-ley 22/2012, lo cierto es que los ánimos liberalizadores se han enfriado un poco, y más bien parece que el Ministerio de Fomento da un paso atrás en sus planes y ahora pasa a exigir título habilitante a cualquier nuevo operador, excepción hecha de RENFE-Operadora, a quien no se le exigirá título habilitante y podrá seguir prestando los servicios de transporte ferroviario. Es más, el Ministerio de Fomento, que será quien otorgue los títulos habilitantes a través del correspondiente procedimiento de licitación, habrá de fijar los requisitos y condiciones exigibles al respecto.

Habrà que ver qué consideración le merecen estas medidas a la Comisión Nacional de la Competencia, pues, en principio, parece que no van en línea con la posición pública que ya manifestó a raíz de la publicación del Real Decreto-ley 22/2012, donde, entre otras consideraciones, abogó por «eliminar las ventajas de RENFE-Operadora sobre los demás operadores consecuencia de ser el operador incumbente».

[Portugal]**Novo Regime dos Agentes de Navegação***Decreto-Lei n.º 264/2012 (DR 246 1.ª série de 2012-12-20)*

O Decreto-Lei n.º 264/2012, de 20 de dezembro de 2012 («DL 264/2012») estabelece o regime jurídico do acesso à atividade de agente de navegação. Nesse sentido, revoga o Decreto-Lei n.º 76/89, de 3 de março, do qual constava o regime jurídico anteriormente em vigor.

Quanto aos procedimentos relativos ao acesso e exercício da atividade de agente de navegação, o novo regime caracteriza-se pela centralização de formalidades numa única entidade, o Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I.P. («IMT»), e pela abertura a meios eletrónicos no âmbito dos pedidos de inscrição e registo.

Do prisma substancial, destaca-se a supressão de certas exigências relativas aos sujeitos, como seja a eliminação de requisitos de capital social mínimo e mesmo de forma societária.

Na mesma perspetiva, destaca-se a desregulamentação da profissão de responsável técnico, que o Decreto-Lei n.º 264/2012 opera. Por outra banda, o Decreto-Lei 264/2012 logra também modernizar o regime dos agentes de navegação em matéria de reconhecimento de qualificações profissionais.

Assente nestas notas, o novo regime, entre outras medidas, densifica o conceito de atividade de agente de navegação, prevê os direitos e deveres que assistem a estes agentes, regulamenta o acesso (nomeadamente quanto à inscrição no IMT e ao registo nos portos) e o exercício da atividade (designadamente no que concerne à liberdade de prestação de serviços e ao reconhecimento mútuo entre Estados-Membros), impõe requisitos de idoneidade comercial e prevê um regime contraordenacional e de fiscalização.

O DL 264/2012 entrou em vigor a 19 de janeiro de 2013. Ressalta-se que os agentes de navegação que exercem atividade ao abrigo do regime anterior dispõem de um prazo de 90 dias, a contar da data da entrada em vigor do DL 264/2012, para cumprirem com as novas exigências, sob pena de cancelamento da sua inscrição ou registo.

Regime do Transporte Rodoviário de Mercadorias na Madeira*Decreto Legislativo Regional n.º 40/2012/M (DR 250 1.ª série de 2012-12-27)*

O Decreto Legislativo Regional n.º 40/2012/M, de 27 de dezembro de 2012 («DLR 40/2012/M») procede à primeira alteração e republicação do Decreto Legislativo Regional n.º 10/2009/M, de 30 de março, que estabelece o regime jurídico da atividade de transporte rodoviário de mercadorias na Região Autónoma da Madeira. Com o DLR 40/2012/M visa-se alterar um regime tradicionalmente marcado pelas especificidades da insularidade e da realidade regional, reduzindo as exigências aplicáveis aos transportadores em matéria de capacidade financeira, bem como implementando o cargo de gestor de transportes, no que concerne à aferição da capacidade profissional. As alterações incidem ainda sobre a facilitação do licenciamento de veículos.

O DLR 40/2012/M entrou em vigor a 28 de dezembro de 2012.

2 · JURISPRUDENCIA**[Espanña]****Concesiones portuarias. Renuncia a la concesión y pérdida de la fianza provisional prestada***Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de junio de 2012*

El TS analiza la procedencia de la fianza provisional prestada por el titular de una concesión portuaria para la construcción y explotación de una planta de biodiésel en el puerto de Cádiz. El debate esencial consistió en dilucidar si la renuncia del concesionario debía llevar aparejada la incautación por la Autoridad Portuaria de la fianza provisional previamente prestada. Analizado el artículo 118.3 de la Ley 48/2003 (equivalente del actual 93.3 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante), se recordaba que la pérdida de la garantía prestada solo operaría en caso de desistimiento injustificado del concesionario.

El TSJ Andalucía, cuya sentencia fue objeto del recurso de casación que comentamos, había determinado que corresponde a la Autoridad Portuaria la misión de determinar cuándo la renuncia está justificada y cuándo no. A tal efecto había indicado que para llegar a tal conclusión la Autoridad Portuaria ha de hacer un análisis ponderado, lógico y razonable de la causa que provoca el desistimiento. En el caso examinado, había entendido el TSJ Andalucía que la renuncia del concesionario estaba debidamente justificada por la incidencia de circunstancias sobrevenidas que impedían desarrollar el proyecto (esencialmente la imposibilidad de obtener financiación para el proyecto y las especialmente gravosas circunstancias que afectaban al mercado del biodiésel), recordando decisiones adoptadas en supuestos invocados, al parecer similares, que habían sido resueltos por las Autoridades Portuarias de Bilbao y Cartagena.

El TS, tras analizar la función de la garantía provisional y su regulación histórica en la normativa en materia de puertos, declara que no todo incumplimiento del concesionario determina la pérdida de la totalidad de las fianzas prestadas. Por el contrario, entiende que el citado artículo 118 debe ser interpretado desde una perspectiva conceptual y finalista, con la consecuencia de que la penalidad que supone la incautación de la fianza es moderable por los Tribunales, en aplicación del principio general de proporcionalidad. Analizado el caso puntual, y entendiendo que las circunstancias alegadas por el concesionario caerían dentro del riesgo empresarial, modera la penalidad a imponer, al entender que la extinción de la concesión portuaria analizada no ha dañado el interés público, y fija la penalización por el incumplimiento del concesionario en la pérdida de la mitad de la garantía provisional prestada.

**Sector ferroviario.
Inconstitucionalidad
de la disposición
adicional 9ª, apartado
1, de la Ley 39/2003,
del Sector Ferroviario**

Sentencia del Tribunal Constitucional 245/2012, de 18 de diciembre de 2012

El Tribunal Constitucional estima parcialmente los recursos de inconstitucionalidad acumulados interpuestos por diversos Gobiernos autonómicos contra diversas disposiciones de la Ley 39/2003, del Sector Ferroviario, si bien solo se declara la inconstitucionalidad de la disposición adicional 9ª, en su apartado 1. Así, entiende que la Ley del Sector Ferroviario carece de una relación o catálogo de las líneas ferroviarias que el Estado considera que pertenecen a su esfera de competencias, con la inseguridad jurídica resultante tanto para las distintas Administraciones públicas concernidas como para quienes intervienen en la actividad ferroviaria. Recuerda a tal respecto que la titularidad de las infraestructuras ferroviarias debe ajustarse a los criterios constitucionales de distribución de competencias y, si bien no puede pretenderse la acomodación del conjunto de las infraestructuras ferroviarias existentes en el momento de la entrada en vigor de la Constitución a la estructura del Estado autonómico de un día para otro —pues ello exige tomar decisiones complejas a través de los cauces correspondientes—, no se pueden aceptar como buenos criterios, ideas o prácticas normativas que perpetúan indefinidamente una situación de claro desajuste con el bloque de constitucionalidad.

Por ello, requiere que el Estado concrete los criterios generales de adscripción definidos en la Ley y determine de forma expresa las infraestructuras ferroviarias que pertenecen a la red ferroviaria de interés general, utilizando para ello, por ejemplo, los instrumentos típicos de sectores del ordenamiento español que guardan afinidad con el que se analiza en la sentencia, como son los catálogos de carreteras de la red de interés general del Estado, pues, de lo contrario, persistiría en esta materia una situación no conforme con la Constitución. Una vez determinadas de forma expresa e individualizada las infraestructuras ferroviarias que integran la red ferroviaria de interés general, procederá efectuar en su caso el traspaso a las Comunidades Autónomas correspondientes de las infraestructuras ferroviarias que no se integren en la red ferroviaria de interés general.

En virtud de lo anterior, el TC declara la inconstitucionalidad de la disposición adicional novena, en su apartado 1, en cuanto que utiliza criterios que no tienen amparo en el artículo 149.1 CE para delimitar las infraestructuras que se integran en la red ferroviaria de interés general o que pueden integrarse posteriormente mediante decisión del Ministro de Fomento.

A raíz de esta declaración de inconstitucionalidad, el Real Decreto-ley 4/2013 antes comentado pretende dar cumplimiento a esta sentencia, estableciendo que en el plazo de seis meses el Ministerio de Fomento establecerá el «Catálogo de líneas y tramos de la red ferroviaria de interés general».

MEDIO AMBIENTE*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Criterios para determinar cuándo el vidrio recuperado deja de ser residuo

Reglamento 1179/2012/UE de la Comisión de 10 de diciembre de 2012 por el que se establecen criterios para determinar cuándo el vidrio recuperado deja de ser residuo con arreglo a la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 11 de diciembre de 2012)

El Reglamento tiene por objeto el establecimiento de criterios para determinar cuándo el vidrio recuperado destinado a la producción de sustancias u objetos de vidrio en procesos de refundición deja de ser residuo. Los criterios tratan de garantizar que el vidrio resultante de una operación de valorización cumpla los requisitos técnicos del sector de la producción de vidrio, así como la legislación y las normas vigentes aplicables a los productos, y no dé lugar a impactos globales negativos para el medio ambiente o la salud humana.

El vidrio recuperado dejará de ser residuo cuando, una vez transferido del productor a otro poseedor, cumpla todas las condiciones establecidas en el Anexo I del Reglamento. El productor o el importador deben emitir y transmitir al siguiente poseedor, en relación con cada envío de vidrio recuperado, una declaración de conformidad con los criterios establecidos en los anexos del Reglamento para determinar cuándo el vidrio recuperado deja de ser residuo.

De acuerdo con este Reglamento, el productor aplicará un sistema de gestión apto para demostrar el cumplimiento de los criterios indicados, y será verificado por un organismo de evaluación de la conformidad, como se define en el Reglamento (CE) n.º 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo.

[España]

Respuesta ante la contaminación marina

Real Decreto 1695/2012, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Sistema Nacional de Respuesta ante la contaminación marina (BOE de 15 de enero de 2013)

Este Real Decreto se aprueba en aplicación del Protocolo sobre sustancias nocivas y potencialmente peligrosas (OPRC-HNS 2000) del Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos de 1990 (OPRC 90).

Hasta la fecha, tanto el Real Decreto 253/2004, de 13 de febrero, por el que se establecen medidas de prevención y lucha contra la contaminación en las operaciones de carga, descarga y manipulación de hidrocarburos en el ámbito marítimo y portuario, como el Plan Nacional de Contingencias por contaminación marina accidental constituían la normativa fundamental aplicable a nivel nacional en el ámbito de la contaminación marina, si bien es una normativa circunscrita al ámbito de los hidrocarburos.

El Real Decreto 1695/2012 incorpora los mecanismos de respuesta ante supuestos de contaminación marítima y de la ribera del mar cualquiera que sea su origen, mediante la creación de los órganos oportunos y el desarrollo de los sistemas de relación y coordinación de las diversas Administraciones públicas competentes para garantizar una actuación eficaz en supuestos de contaminación.

* Esta sección 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).

Asignación de derechos de emisión.

Real Decreto 1722/2012, de 28 de diciembre, por el que se desarrollan aspectos relativos a la asignación de derechos de emisión en el marco de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (BOE de 29 de diciembre de 2012)

Este Real Decreto tiene por objeto desarrollar reglamentariamente determinados aspectos relativos a las obligaciones de información establecidas en el artículo 6 de la Ley 1/2005 por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Asimismo, se concreta la regulación contenida en las disposiciones recogidas en el capítulo IV de la Decisión de la Comisión 2011/278/UE por la que se determinan las normas transitorias de la Unión para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión.

Entre otras, se establece como obligación de los titulares de las instalaciones, la presentación ante el órgano autonómico competente, y a más tardar el 31 de diciembre de cada año, de toda la información pertinente relativa a los cambios de la capacidad, del nivel de actividad o del funcionamiento experimentados o previstos.

Evaluación ambiental estratégica

Decreto 211/2012, de 16 de octubre, por el que se regula el procedimiento de evaluación ambiental estratégica de planes y programas (BOPV de 19 de noviembre de 2012)

El Decreto 211/2012, regula el procedimiento de evaluación ambiental estratégica al que deben someterse los planes y programas que elaboren o aprueben las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco y que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente.

El Decreto desarrolla las previsiones de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de determinados planes y programas en el medio ambiente, y regula las distintas fases de la evaluación estratégica: la apertura del trámite de información pública, la elaboración del informe de sostenibilidad y la elaboración de la memoria ambiental.

Mediante este Decreto se refuerza el carácter preventivo de la evaluación ambiental estratégica, promoviendo un inicio más temprano del procedimiento. Asimismo, se refuerza la transparencia y la participación ciudadana, facilitando que la participación se lleve a cabo desde las fases preliminares del proceso planificador.

El Decreto 211/2012 trata de integrar los procesos administrativos (sustantivo y ambiental) de los planes y programas que elaboren o aprueben las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma, sobre la base de un principio de corresponsabilidad entre los agentes implicados. Para ello se clarifica el papel de todos los agentes intervinientes en todas las etapas que configuran el proceso, así como el alcance requerido en los documentos técnicos que soportan el procedimiento ambiental.

Por último, se posibilita que las entidades de control ambiental (entidades colaboradoras de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia ambiental) asesoren al órgano ambiental en la tramitación de los procedimientos de evaluación ambiental estratégica.

2 · JURISPRUDENCIA**Delito contra el medio ambiente. Emisión de ruidos que superan los límites establecidos en la ordenanza municipal**

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 23 de octubre 2012

En esta sentencia, el TS resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 7 de noviembre de 2008 de la Audiencia Provincial de Huesca, por la que se condenó al propietario de un local de hostelería por un delito contra el medio ambiente, desobediencia y lesiones imprudentes.

Como cuestiones de hecho relevantes ha de tenerse en cuenta que el ayuntamiento competente, tras llevar a cabo diversas mediciones acústicas, requirió en varias ocasiones que el local adoptará las medidas correctoras de insonorización. Las medidas correctoras no se llevaron a

cabo y el ayuntamiento acordó la suspensión cautelar de la actividad, clausurándola posteriormente con carácter definitivo. Como consecuencia de los ruidos excesivos procedentes del local, que sobrepasaban los límites recogidos en la Ordenanza Municipal de Protección del Medio Ambiente, el denunciante sufrió un trastorno psicológico.

El recurrente en casación defendió que no concurría el elemento normativo del delito contra el medio ambiente. En concreto, alegó que un tipo penal en blanco no puede ser completado con ordenanzas municipales, a las que niega el carácter de disposiciones de carácter general, a estos efectos. Reconoce tal condición a las leyes autonómicas, pero entiende que una norma en blanco no puede ser completada por otra que también lo sea, en cuanto no regule los hechos constitutivos de infracción penal. También cuestionó la idoneidad de la conducta para poner el peligro el bien jurídico protegido, teniendo en cuenta el ruido procedente de otras fuentes.

En su sentencia, el TS determina que, en lo referente al elemento normativo del tipo, la doctrina de esta Sala, ha señalado que «... no se puede desconectar el art. 325 CP de los arts. 43 y 45 de la Constitución (CE) que, al proteger la salud y el medio ambiente, incluyen en su ámbito de control a la contaminación acústica, e incluso del art. 15 CE, que reconoce el derecho a la integridad física y moral, que puede quedar vulnerado cuando la contaminación acústica encierre un grave riesgo para la salud de las personas» (STS 1307/2009).

Esta misma Sala, en la sentencia de 24/2/2003, ya determinó a partir del artículo 148.1.9º C, los artículos 127.1 y 129.1, 2 y 3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del artículo 25 f) de la Ley de Bases de Régimen Local que «las Leyes Autonómicas y las Ordenanzas Municipales pueden cumplir la función de completar la Ley penal estatal, que defina el núcleo esencial del tipo, en materia de contaminación acústica». En esta última sentencia se hacía una referencia expresa a «... la Ley General de Sanidad de 1986 cuyo artículo 42.3 b) señala como una de las responsabilidades del Ayuntamiento el control sanitario de ruidos y vibraciones. Competencias que los Ayuntamientos han desarrollado mediante Reglamentos y Ordenanzas, que pueden sancionar como infracción administrativa determinadas conductas contra el medio ambiente siempre que tengan respaldo en una Ley del Estado o de una Comunidad Autónoma...».

En cuanto a la idoneidad de la conducta, dejando a un lado los aspectos relativos a la prueba, el TS señala que no es necesaria la prueba de un efectivo perjuicio para la salud de las personas, que, de producirse, llevaría al concurso del delito contra el medio ambiente con otro más de lesiones. Se reitera que la exposición a ruidos constantes, más allá de los límites permitidos socialmente, en cuanto están prohibidos legal o reglamentariamente, supone una conducta idónea para originar el peligro grave para la salud de las personas contemplado en el tipo penal.

De los hechos probados resulta que la conducta del recurrente determinó la exposición de los perjudicados a unas inmisiones sonoras por encima de las permitidas reglamentariamente durante un tiempo muy prolongado, quedando acreditada además la relación directa existente entre ellas y las lesiones apreciadas.

Un proyecto de trasvase de aguas que puede perjudicar la integridad de un LIC con especies prioritarias no se considera justificado por razones imperiosas de interés público de primer orden

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2012 (asunto C-43/10)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») resuelve una compleja cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Supremo de Grecia sobre la interpretación de diversas directivas en materia medioambiental en el marco del proyecto de trasvase de las aguas del río Acheloos hacia la región de Tesalia. Dicho proyecto, que fue retrasado durante años por numerosos litigios que derivaron en sucesivas anulaciones de los decretos gubernamentales que aprobaban las obras, consiste en la creación de un túnel de 18,5 km de largo que canalizará las aguas del río hacia la región receptora, así como embalses y depósitos de agua. Los objetivos del proyecto son paliar necesidades de regadío en la citada región, la producción de electricidad y el abastecimiento de agua en núcleos urbanos.

La cuestión litigiosa se centra en determinar si la Ley griega que aprobó el plan hidrológico de las cuencas hidrográficas de los ríos Acheloos y Peneo y el proyecto de trasvase mencionado y las especificaciones medioambientales aplicables a las obras es compatible con el Derecho de la Unión Europea. Hay que tener en cuenta que esta norma griega se basó en una evaluación de impacto ambiental («EIA»), de un procedimiento administrativo anterior que había sido anulado judicialmente.

En estas condiciones, el Tribunal Supremo griego decidió suspender el procedimiento judicial frente a la Ley griega aplicable y elevar cuestión prejudicial al TJUE a fin de plantear diversas preguntas relacionadas con las Directivas 85/337/CEE, 92/43/CEE, 2000/60/CE y 2001/42/CE. En concreto, las preguntas se centran en dos cuestiones: (i) si es posible aprobar un plan hidrológico de cuenca por ley usando para ello una EIA de un procedimiento administrativo previo anulado; y (ii) si, de acuerdo con el artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE, las razones que sustentan la necesidad de realizar el trasvase son suficientes para autorizar el proyecto a pesar de que se afecta a un LIC. El mencionado precepto establece que las medidas que puedan afectar a zonas especiales de conservación deberán ser objeto de una adecuada evaluación de sus efectos y, en caso de tener efectos perjudiciales, solo estarán justificadas cuando existan «razones imperiosas de interés público»; o si afectan a un hábitat o una especie prioritaria, cuando se den circunstancias «relacionadas con la salud humana y la seguridad pública, o relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente».

El TJUE responde las cuestiones planteadas de la siguiente manera:

- El proyecto discutido no es un plan ni un programa a los efectos del artículo 2.a) de la Directiva 2001/42/CE.
- La Directiva 85/337/CEE no impide que se utilice, en la aprobación legislativa de un proyecto como el discutido, una EIA de un procedimiento administrativo anterior, anulado judicialmente, en el que se habían seguido los requisitos de información y participación públicas.
- Los artículos 6.3 y 6.4 de la Directiva 92/43/CEE se oponen a un proyecto de trasvase de aguas que no está directamente relacionado con la preservación de una zona de protección especial, pero que puede afectarla de forma apreciable, en ausencia de información o datos fiables que permitan asegurar más allá de toda duda razonable que el proyecto no producirá efectos perjudiciales sobre la zona de protección especial.
- A los efectos del artículo 6.4 de la Directiva 92/43/CEE, el regadío y el abastecimiento de población pueden considerarse «razones imperiosas de interés público de primer orden» que justifiquen el proyecto. Sin embargo, cuando —como en este caso— un proyecto pueda perjudicar la integridad de LIC que alberguen hábitats o especies prioritarias, solo pueden aceptarse como «consideraciones relacionadas con la salud humana y la seguridad pública» que justifiquen la medida las relacionadas con el abastecimiento de agua a la población. El regadío solo puede justificar un proyecto como este cuando, por las circunstancias del supuesto, pueda tener consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente.

La elaboración de un plan de minimización de impacto acústico de infraestructuras de titularidad estatal que deba ser aprobado por el Departamento de Medio Ambiente de la Generalitat de Cataluña es inconstitucional

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, de 17 de enero de 2013 (Rec. 5762/2002)

El Tribunal Constitucional resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra los artículos 12.4, inciso segundo, y 38.2 de la Ley 16/2002, de 28 de junio, de protección contra la contaminación acústica de Cataluña («Ley 16/2002»). Según la Abogacía del Estado, los artículos impugnados son contrarios al orden constitucional de distribución de competencias en materia de medio ambiente del artículo 149.1.23 de la Constitución, en conexión con las competencias reservadas al Estado sobre determinadas infraestructuras de comunicación y transportes de los artículos 149.1.20 y 149.1.21 de la Constitución.

En primer lugar, el artículo 12.4, inciso segundo, de la Ley 16/2002 establece que «En el caso de construcción de nuevos aeródromos o helipuertos, ampliación de los actuales o aumento significativo del tráfico, de acuerdo con la declaración de impacto ambiental, la sociedad que explota la instalación debe asumir el acondicionamiento de los edificios afectados dentro de la nueva zona de ruido». La Abogacía del Estado entiende que este artículo se aplica a todos los aeropuertos, incluidos los de interés general, que son de competencia exclusiva del Estado, lo que a su juicio supone un incumplimiento de la distribución de competencias constitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional entiende que este artículo es conforme con la Constitución en tanto la obligación de acondicionamiento de los edificios afectados dentro de la nueva zona de ruido se hace de conformidad con la declaración de impacto ambiental, que en el supuesto de los aeropuertos de interés general corresponderá al Estado, por lo que en caso alguno se produciría una invasión de competencias del Estado.

El segundo artículo impugnado, sin embargo, fue considerado inconstitucional. El artículo 38.2 de la Ley 16/2002 establece que «*Cuando se sobrepasen los valores de atención establecidos en la presente Ley, la Administración titular de la infraestructura debe elaborar, dando audiencia a las Administraciones afectadas por el trazado, su plan de medidas para minimizar el impacto acústico que tenga en cuenta los medios para financiarlo y debe someterlo a la aprobación del Departamento de Medio Ambiente. Este Plan debe establecer un plazo plausible para la consecución de los valores de inmisión*». Este artículo resulta de aplicación (entre otras) a las infraestructuras de transporte viario, marítimo y ferroviario que siendo competencia estatal tuvieran aprobado el proyecto o estudio y se hubiera efectuado la declaración de impacto ambiental. En estos casos, según este artículo le corresponde al Estado la elaboración de un plan (en su condición de titular de la infraestructura) que debe ser aprobado por el Departamento autonómico de Medio Ambiente. Según el Tribunal Constitucional este artículo supera el ámbito propio de las fórmulas de cooperación y colaboración interadministrativas que serían constitucionalmente aceptables, haciendo prevalecer el criterio autonómico frente al orden constitucional de distribución de competencias.

A la vista de lo anterior, el Tribunal Constitucional declara inaplicable el artículo 38.2 de la Ley 16/2002 a las infraestructuras de transporte viario, marítimo y ferroviario de titularidad estatal ya existentes a la entrada en vigor de la ley, dejándolo aplicable para el resto de infraestructuras titularidad de otras Administraciones Públicas.

MERCANTIL*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

— *Reglamento Delegado 862/2012 de la Comisión, de 4 de junio, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 809/2004 en cuanto a la información relativa al consentimiento para la utilización del folleto, a la información sobre índices subyacentes y a la exigencia de un informe elaborado por contables o auditores independientes (DOUE de 22 de septiembre de 2012)*

— *Reglamento Delegado 918/2012 de la Comisión, de 5 de julio, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago, en lo que respecta a las definiciones, el cálculo de las posiciones cortas netas, las permutas de cobertura por impago soberano cubiertas, los umbrales de notificación, los umbrales de liquidez para la suspensión de las restricciones, los descensos significativos del valor de instrumentos financieros y los hechos adversos (DOUE de 9 de octubre de 2012)*

— *Reglamento Delegado 946/2012, de la Comisión, de 12 de julio, por el que se completa el Reglamento (CE) n.º 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo mediante normas de procedimiento relativas a la imposición de multas a las agencias de calificación crediticia por parte de la Autoridad Europea de Valores y Mercados, incluidas normas relativas a los derechos de defensa y disposiciones temporales (DOUE de 16 de octubre de 2012)*

— *Directiva 2012/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las*

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

sociedades, definidas en el artículo 54, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como el mantenimiento y modificaciones de su capital (DOUE de 14 de noviembre de 2012)

— *Reglamento de Ejecución 1247/2012 de la Comisión, de 19 de diciembre, por el que se establecen normas técnicas de ejecución relativas al formato y la frecuencia de las notificaciones de operaciones a los registros de operaciones, de conformidad con el Reglamento 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones (DOUE de 21 de diciembre de 2012)*

— *Reglamento de Ejecución 1249/2012 de la Comisión, de 19 de diciembre, por el que se establecen normas técnicas de ejecución relativas al formato de la información que deben conservar las entidades de contrapartida central, de conformidad con el Reglamento (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones (DOUE de 21 de diciembre de 2012)*

[España]

Mercado de Valores

— *Acuerdo de 12 de septiembre de 2012, del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre delegación de competencias (BOE de 28 de septiembre de 2012)*

— *Real Decreto 1698/2012, de 21 de diciembre, por el que se modifica la normativa vigente en materia de folleto y de requisitos de transparencia exigibles en las emisiones de valores por la transposición de la Directiva 2010/73/UE (BOE de 31 de diciembre de 2012)*

— *Circular 1/2013, de 30 de enero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre comunicación de informaciones relativas a empresas de servicios de inversión y sus sociedades dominantes y a sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva (BOE de 19 de febrero de 2013)*

— *Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE de 23 de febrero de 2013)*

Entre otros extremos, incorpora en la LMV un nuevo artículo 30 *quáter* por el cual se exonera de la limitación impuesta por el 405 LSC a las sociedades emisoras, incluso no cotizadas, cuando se trate de colocación de emisiones de obligaciones o de otros valores que reconozcan o creen deuda, siempre que (i) la oferta se dirija a inversores cualificados; (ii) la oferta se dirija a inversores que adquieran valores por un importe mínimo de 100.000 euros por inversor, para cada oferta separada; o (iii) el valor nominal unitario de los valores objeto de la oferta sea al menos de 100.000 euros.

Bancario

— *Circular nº 6/2012, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito, de modificación de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros (BOE de 2 de octubre de 2012)*

— *Real Decreto 1336/2012, de 21 de septiembre, por el que se modifican determinados reales decretos en relación con las facultades de las Autoridades Europeas de Supervisión (BOE de 5 de octubre de 2012)*

— *Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero (BOE de 31 de octubre de 2012)*

— *Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (BOE de 15 de noviembre de 2012)*

— *Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos (BOE de 16 de noviembre 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.

— Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (BOE de 22 de noviembre de 2012)

— Circular 7/2012, de 30 de noviembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre requerimientos mínimos de capital principal (BOE de 11 de diciembre de 2012)

Cataluña

— ORDEN JUS/292/2012, de 1 de octubre, sobre el envío telemático de los recursos contra las calificaciones de los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles de Cataluña (DOGC de 9 de octubre de 2012)

Comunidad de Madrid

— Orden de 26 de noviembre de 2012, por la que se modifica la Orden de 5 de julio de 2012, del Consejero de Economía y Hacienda, por la que se regula la composición y normas de funcionamiento de los Patronatos de las fundaciones de carácter especial de competencia de la Comunidad de Madrid, provenientes de la transformación de Cajas de Ahorros (BOCM de 27 de noviembre de 2012)

Comunidad Valenciana

— Ley 6/2012, de 24 de octubre, de medidas urgentes para el impulso de la actividad comercial y la eliminación de cargas administrativas (DOGV de 29 de octubre de 2012)

Extremadura

— Decreto 205/2012, de 15 de octubre, por el que se regula el Registro General de Empresas y Actividades Turísticas de Extremadura (DOE de 18 de octubre de 2012)

Islas Baleares

— Ley 13/2012, de 20 de noviembre, de medidas urgentes para la activación económica en materia de industria y energía, nuevas tecnologías, residuos, aguas, otras actividades y medidas tributarias (BOIB de 29 de noviembre de 2012)

[Portugal]

Registo Comercial - Emolumentos

Decreto-Lei n.º 209/2012 (DR 182 série I de 2012-09-19)

Este diploma veio alterar o Regulamento Emolumentar dos Registos e Notariado e alguns diplomas conexos. Entre as principais alterações implementadas em matéria de registo comercial, são de destacar as seguintes:

- (i) As certidões permanentes de registo comercial deixam de ser facultadas gratuitamente pelo período de 1 ano após um pedido de registo – passam a sê-lo apenas por um período de 3 meses e sem a possibilidade de escolher, alternativamente, por uma certidão em papel;
- (ii) Os emolumentos devidos pela constituição de uma sociedade passam a ser de € 360 (em vez de € 400);
- (iii) Pelos certificados de admissibilidade de firma passam a ser devidos emolumentos de € 75 (em vez de € 56);
- (iv) Nos casos em que a constituição imediata de sociedades seja feita com recurso a entradas em espécie, além dos emolumentos relativos ao processo de constituição da sociedade em si (que continuam a ser de € 360), são devidos € 50 por cada imóvel, quota ou participação social e € 20 ou € 30 por cada bem móvel, dependendo do bem móvel em causa, até ao limite de € 30.000.

Este Decreto-Lei entrou em vigor no dia 1 de outubro de 2012.

Registo Comercial - Certidões Permanentes

Portaria n.º 285/2012 (DR 183 série I de 2012-09-20)

A Portaria em análise veio estabelecer e regular a disponibilização on-line das certidões permanentes (i) de registos e documentos arquivados na pasta eletrónica das entidades inscritas no

registo comercial (abrangendo os documentos que tenham servido de base a registos efetuados após 1 de janeiro de 2011, à exceção dos registos de prestação de contas) e (ii) do pacto social atualizado.

Estas certidões podem ser obtidas no Portal da Empresa (<https://www.portaldaempresa.pt/CVE/Services/Online/Pedidos.aspx?service=CP>).

Esta Portaria entrou em vigor no dia 1 de outubro de 2012.

Registo Comercial - Registo de Prestação de Contas

Decreto-Lei n.º 250/2012 (DR 227 série I de 2012-11-23)

Este diploma veio introduzir alterações ao Código do Registo Comercial, ao Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de Liquidação de Entidades Comerciais e ao Regime do Registo Nacional de Pessoas Coletivas, visando promover o cumprimento da obrigação legal que impende sobre as entidades comerciais de proceder ao registo das suas contas, bem como criar o enquadramento jurídico necessário para o tratamento estatístico da informação relativa a entidades comerciais.

Das alterações introduzidas, são de destacar as seguintes:

- (i) As entidades comerciais passaram a estar impedidas, enquanto não procedam ao registo de prestação das suas contas, de efetuar outros registos, como a alteração de estatutos (excecionam-se desta regra os registos de designação e cessação de funções, por qualquer causa que não seja o decurso do tempo, dos membros dos órgãos de administração e fiscalização, de atos emanados de autoridade administrativa, das ações, decisões, procedimentos e providências cautelares previstas no artigo 9.º do Código do Registo Comercial, bem como do arresto, arrolamento e penhora de quotas ou direitos sobre elas, outros atos ou providências que afetem a sua livre disposição e quaisquer outros registos a efetuar por depósito);
- (ii) A omissão do registo de prestação de contas durante dois anos consecutivos passou a ser causa de dissolução autónoma para efeitos de instauração oficiosa de procedimento administrativo de dissolução, nos termos do Regime dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de Liquidação de Entidades Comerciais;
- (iii) Foi alterada a regra geral que sanciona o incumprimento de registar factos sujeitos a registo obrigatório, estabelecendo-se agora que o registo desses factos fora do prazo devido implica o pagamento em dobro do emolumento aplicável;
- (iv) A comunicação da caducidade ou revogação da licença atribuída às entidades que operam na Zona Franca da Madeira passou igualmente a constituir causa de instauração oficiosa do procedimento administrativo de dissolução e de liquidação.

Este Decreto-Lei entrou em vigor no passado dia 3 de dezembro de 2012.

Direito de Autor - Penhora do Direito Patrimonial

Lei n.º 65/2012 (DR 246 série I de 2012-12-20)

Esta Lei procedeu à sétima alteração ao Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, que aprovou o Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos, introduzindo um novo n.º 2 ao artigo 47.º, relativo à penhora e arresto dos direitos patrimoniais do autor sobre todas ou algumas das suas obras.

Nos termos desta norma, em caso de penhora do direito patrimonial do criador da obra, aplica-se o regime fixado no Código de Processo Civil na parte relativa à penhora dos vencimentos, salários ou prestações de natureza semelhante. Quer isto dizer que a penhora dos direitos de autor passará a ser regulada pelos artigos 821.º e seguintes do Código de Processo Civil.

Este diploma entrou em vigor no dia 21 de dezembro de 2012.

Sistema de Acesso aos Serviços Mínimos Bancários

Decreto-Lei n.º 225/2012, de 17 de outubro (DR 201, SÉRIE I, de 17 de outubro de 2012)

O presente diploma procede à segunda alteração do Decreto-Lei n.º 27-C/2000, de 10 de março, alterado pela Lei n.º 19/2011, de 20 de maio («Lei 19/2011»), que aprova o sistema de acesso aos serviços mínimos bancários.

A Lei 19/2011 veio estabelecer a competência do Governo para aprovar as bases do novo protocolo a celebrar com as instituições de crédito que pretendam aderir ao referido sistema e estabelecer um regime sancionatório adequado à sua boa execução.

Neste contexto, o diploma em apreço aprova as bases dos protocolos a celebrar entre o membro do Governo responsável pela área da defesa do consumidor, o Banco de Portugal e as instituições de crédito que pretendam aderir ao referido sistema e, bem assim, definir o respetivo regime sancionatório.

O presente diploma visa ainda clarificar o regime jurídico do sistema de acesso aos serviços mínimos bancários, evidenciando os direitos e as obrigações dos clientes bancários e das instituições de crédito aderentes. Nesse sentido, são definidos os requisitos de abertura e as causas legítimas de recusa de abertura de conta de serviços mínimos, as condições de prestação desses serviços e, sem prejuízo de outras causas de resolução legalmente admissíveis, a atribuição às instituições de crédito do direito de resolução do contrato de depósito celebrado ao abrigo do presente regime.

Por fim, estabelece-se o dever de comunicar aos interessados os motivos subjacentes à recusa de abertura de conta de serviços mínimos bancários, bem como o dever de notificar previamente os clientes nos casos de resolução do contrato.

O presente diploma entrou em vigor no dia 18 de outubro de 2012.

Práticas Comerciais das Instituições de Crédito e Transparência da Informação

Decreto-Lei n.º 226/2012, de 18 de outubro (DR 202, SÉRIE I, de 18 de outubro de 2012)

O Decreto-Lei n.º 51/2007, de 7 de março, veio regular as práticas comerciais das instituições de crédito, tendo em vista a transparência da informação prestada no âmbito da celebração, da renegociação e da transferência dos contratos de crédito para aquisição, construção e realização de obras em habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento, bem como para aquisição de terrenos para construção de habitação própria.

Através do Decreto-Lei n.º 226/2012, de 18 de outubro, o âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 51/2007, de 7 de março, é estendido aos contratos de crédito garantidos por hipoteca sobre coisa imóvel ou por outro direito sobre coisa imóvel, que sejam celebrados com pessoas singulares que atuem com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional.

O Decreto-Lei n.º 226/2012, de 18 de outubro, entrou em vigor no dia 16 de janeiro de 2013.

Prevenção e Regularização das Situações de Incumprimento dos Contratos Celebrados com Instituições de Crédito

Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de outubro (DR 207, SÉRIE I, de 25 de outubro de 2012)

O diploma em apreço pretende estabelecer um conjunto de medidas que promovam a prevenção do incumprimento e a regularização das situações de incumprimento de contratos celebrados com consumidores que se revelem incapazes de cumprir os compromissos financeiros assumidos perante as instituições de crédito.

Nesse sentido, o presente diploma prevê que cada instituição de crédito crie um Plano de Ação para o Risco de Incumprimento («PARI»), fixando, com base no presente diploma e em especial no seu artigo 11.º, procedimentos e medidas de acompanhamento da execução dos contratos de crédito que, por um lado, possibilitem a deteção precoce de indícios de risco de incumprimento e o acompanhamento dos consumidores que comuniquem dificuldades no cumprimento das obrigações decorrentes dos referidos contratos e que, por outro lado, promovam a adoção célere de medidas suscetíveis de prevenir o referido incumprimento.

Este diploma define adicionalmente, nos seus artigos 12.º a 21.º, um Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento («PERSI»), no âmbito do qual as instituições de crédito deverão aferir da natureza pontual ou duradoura do incumprimento registado, avaliar a capacidade financeira do consumidor e, sempre que tal seja viável, apresentar propostas de regularização adequadas à situação financeira, objetivos e necessidades do consumidor. Prevê-se, ainda, que, caso o PERSI não termine com um acordo entre as partes, o cliente que solicite a intervenção do mediador do crédito ao abrigo do disposto no Decreto-Lei n.º 144/2009, de 17 de junho, que criou a figura do mediador do crédito, possa, nas circunstâncias determinadas no artigo 22.º, manter as garantias de que beneficiou durante o PERSI.

Finalmente o presente diploma estabelece ainda, nos seus artigos 23.º a 32.º, uma rede de apoio a consumidores no âmbito da prevenção do incumprimento e da regularização das situações de incumprimento de contratos de crédito, destinada a informar, aconselhar e acompanhar os consumidores que se encontrem em risco de incumprir as obrigações decorrentes de contratos de crédito celebrados com uma instituição de crédito ou que se encontrem em mora relativamente ao cumprimento dessas obrigações.

O Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de outubro, entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2013.

**Proteção de
Mutuários em
Situação Económica
Difícil**

— *Lei n.º 57/2012, de 9 de novembro (DR 217, SÉRIE I, 9 de novembro de 2012)*

— *Lei n.º 58/2012, de 9 de outubro (DR 217, SÉRIE I, 9 de outubro de 2012)*

— *Lei n.º 59/2012, de 9 de novembro (DR 217, SÉRIE I, 9 de novembro de 2012)*

— *Portaria n.º 432-D/2012, de 31 de dezembro (DR 252, SÉRIE I, 31 de dezembro de 2012)*

— *Aviso do Banco de Portugal n.º 17/2012 de 17 de dezembro (DR 243, SÉRIE II, de 17 de dezembro de 2012)*

— *Carta-circular do Banco de Portugal n.º 93/2012/DSC, de 28 de dezembro (publicado no Boletim Oficial do Banco de Portugal n.º 1, 2013)*

Foram aprovados vários diplomas que visam proteger os mutuários de crédito à habitação, particularmente aqueles que se encontram em situação económica difícil.

A Lei n.º 57/2012, de 9 de novembro («Lei n.º 57/2012») procede à alteração do Decreto-Lei n.º 158/2002, de 2 de julho, de forma a permitir que os participantes em planos poupança-reforma/educação possam exigir o seu reembolso para aplicar o montante resultante no pagamento de prestações de crédito à aquisição de habitação própria e permanente.

A Portaria n.º 1451/2002, de 11 de novembro, veio regulamentar o disposto na Lei n.º 57/2012, alterando por sua vez a Portaria n.º 432-D/2012, de 31 de novembro. A alteração feita define as referidas prestações de crédito à aquisição de habitação própria e permanente como «as prestações vencidas ou vincendas, incluindo capital e juros, por pagar no âmbito de contratos de empréstimo regidos pelo previsto no Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de novembro, de que o participante seja mutuário, na proporção da titularidade do participante no caso de contitularidade da habitação, salvo nos casos em que por força do regime de bens do casal o PPR/E seja um bem comum», e estabelece como meio de prova para tais efeitos uma declaração da instituição de crédito mutuante.

Por seu lado, a Lei n.º 58/2012, de 9 de novembro («Lei n.º 58/2012») cria um regime extraordinário de proteção dos devedores de crédito à habitação que se encontrem em situação económica muito difícil, aplicável às situações de incumprimento de contratos de mútuo celebrados no âmbito do sistema de concessão de crédito à habitação destinado à aquisição, construção ou realização de obras de conservação e de beneficiação de habitação própria permanente, de agregados familiares que se encontrem em situação económica muito difícil (como tal definidos na Lei n.º 58/2012), quando o imóvel em causa seja a única habitação do agregado familiar, tenha sido objeto de contrato de mútuo com hipoteca e este não seja garantido por outras garantias reais ou pessoais. Caso se verifiquem estes e os restantes requisitos de aplicabilidade definidos na Lei n.º 58/2012, o regime será imperativo para as instituições de crédito mutuantes. Consequentemente, em caso de incumprimento de crédito à habitação abrangido pela Lei n.º 58/2012 que resulte na execução da hipoteca sobre o respetivo imóvel, os mutuários terão direito à aplicação de uma ou de várias das seguintes modalidades de medidas de proteção: (i) plano de reestruturação das dívidas emergentes do crédito à habitação, (ii) medidas complementares ao plano de reestruturação e (iii) medidas substitutivas da execução hipotecária.

O plano de reestruturação incluirá necessariamente a aplicação de uma ou várias das seguintes medidas: (i) concessão de um período de carência, relativo ao pagamento das prestações mensais a cargo do mutuário ou estabelecimento de um valor residual no plano de amortizações; (ii) prorrogação do prazo de amortização do empréstimo; (iii) redução do *spread* aplicável durante o período de carência; ou (iv) concessão de um empréstimo adicional autónomo destinado a suportar temporariamente o pagamento das prestações do crédito à habitação.

Caso o plano de reestruturação se mostre inviável durante a sua execução ou o mutuário incumpra três prestações seguidas do mesmo, deverão ser adotadas medidas complementares, que consistirão na aplicação *a posteriori* das referidas medidas que não constassem já do plano de reestruturação, ou noutras, como sejam a carência total até 12 meses ou a redução parcial do capital por amortizar.

Por fim, se não for adotado nenhum plano de reestruturação - nomeadamente porque a instituição de crédito não apresentou nenhuma proposta de plano de reestruturação, por se presumir que o seu cumprimento seria inviável, ou porque o mutuário recusou a proposta -, devem ser adotadas medidas substitutivas da execução hipotecária. Estas poderão consistir (i) na dação em cumprimento do imóvel hipotecado, (ii) na alienação do imóvel a fundo de investimento imobiliário para arrendamento habitacional, promovida e acordada pela instituição de crédito ou (iii) na permuta por uma habitação de valor inferior, com revisão do contrato de crédito e redução do capital em dívida pelo montante da diferença de valor entre as habitações.

Paralelamente, a Lei n.º 59/2012, de 9 de novembro («Lei n.º 59/2012») veio alterar o Decreto-Lei n.º 348/98, de 11 de novembro, que estabelece o regime jurídico de concessão de crédito à habitação própria. Entre as alterações introduzidas, contam-se a restrição ao direito de as instituições de crédito procederem à resolução ou a qualquer outra forma de cessação do contrato com fundamento nas situações em que tenham sido incumpridas pelo menos três prestações vencidas, a consagração de um direito do mutuário à retoma do contrato, no prazo para a oposição à execução dos créditos, quando este proceda ao pagamento das prestações vencidas e não pagas, bem como dos juros de mora e das despesas em que a instituição de crédito incorreu, dando-se assim sem efeito a resolução eventualmente operada.

As instituições de crédito mutuantes ficam ainda proibidas de agravar os encargos com o crédito em caso de renegociação originada (i) pelo facto de o mutuário ter celebrado com terceiro um contrato de arrendamento da totalidade ou parte do fogo na sequência de certos eventos (como a situação de desemprego do mutuário), ou (ii) por divórcio, separação judicial de pessoas e bens, dissolução da união de facto ou falecimento de um dos cônjuges, quando o empréstimo fique titulado por um mutuário que comprove que o respetivo agregado familiar tem rendimentos que proporcionam uma taxa de esforço inferior a 55% ou 60%, dependendo da composição do mesmo.

Finalmente, a Lei n.º 59/2012 estabelece ainda um regime especial de garantias, com o aludido objetivo de proteger os mutuários em situação económica difícil.

No campo da regulamentação bancária, o Aviso do Banco de Portugal n.º 17/2012, de 17 de dezembro («Aviso n.º 17/2012») concretiza os deveres que as instituições de crédito estão obrigadas a observar no âmbito da prevenção e da regularização extrajudicial de situações de incumprimento de contratos de crédito, em virtude do disposto no Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de outubro, que cria o Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento («PERSI»).

Os deveres que as instituições de crédito estão obrigadas a observar no âmbito do Aviso n.º 17/2012 são relativos (i) à disponibilização ao público de informação sobre o incumprimento de contratos de crédito e sobre a rede extrajudicial de apoio e as informações que as instituições de crédito devem prestar ao cliente bancário aquando da comunicação do início ou da extinção do PERSI e (ii) ao reporte ao Banco de Portugal do Plano de Ação para o Risco de Incumprimento («PARI») e do documento interno que descreve os procedimentos adotados no âmbito da implementação do PERSI.

Por último, o Banco de Portugal emitiu a Carta-circular do Banco de Portugal n.º 93/2012/DSC, de 28 de dezembro, acerca da articulação do regime criado pela Lei n.º 58/2012 com o PERSI. De acordo com a interpretação do Banco de Portugal aí expressa, em regra, a entidade bancária deverá negociar com o cliente em causa e encontrar soluções no âmbito do primeiro regime, ficando reservada a integração no PERSI dos contratos cujo requerimento para efeitos da Lei n.º 58/2012 seja indeferido. A Lei n.º 57/2012, de 9 de novembro, a Portaria n.º 432-D/2012 e o Aviso n.º 17/2012 entraram em vigor no dia 1 de janeiro de 2013. A Lei n.º 58/2012 e a Lei n.º 59/2012 entraram em vigor no dia 10 de novembro de 2012.

**Proteção dos
Consumidores
Bancários**

— Portaria n.º 1/2013, de 2 de janeiro (DR 1, SÉRIE I, 2 de janeiro de 2012)

— Aviso do Banco de Portugal n.º 15/2012, de 13 de dezembro (DR 241, SÉRIE II, de 13 de dezembro de 2012)

— Aviso do Banco de Portugal n.º 16/2012, de 17 de dezembro (DR 243, SÉRIE II, de 17 de dezembro de 2012)

— Instrução do Banco de Portugal n.º 45/2012, de 17 de dezembro (Boletim Oficial do Banco de Portugal, n.º12, 2012)

— Carta-Circular do Banco de Portugal n.º 86/2012/DSC, de 20 de dezembro (Boletim Oficial do Banco de Portugal n.º1, 2013)

A proteção dos consumidores no âmbito do sistema bancário foi objeto de vários diplomas regulamentares publicados em dezembro de 2012 e Janeiro de 2013. Desde logo, a Portaria n.º 1/2013, de 2 de janeiro («Portaria n.º 1/2013») veio estabelecer, em cumprimento do disposto no Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de outubro («Decreto-Lei n.º 227/2012»), o regime e o procedimento aplicáveis ao reconhecimento das entidades que integram a rede extrajudicial de apoio a clientes bancários. A rede será composta por pessoas coletivas de direito público ou privado que cumpram as condições previstas no Decreto-Lei n.º 227/2012, cujos funcionários e colaboradores preenchem os requisitos igualmente aí previstos e obtenham o reconhecimento da Direção-Geral do Consumidor, após parecer do Banco de Portugal. A Portaria n.º 1/2013 entrou em vigor no dia 3 de janeiro de 2013.

Por sua vez, o Aviso do Banco de Portugal n.º 15/2012 («Aviso n.º 15/2012»), de 13 de dezembro, que revoga o Aviso do Banco de Portugal n.º 4/2011, de 11 de agosto, estabelece os deveres a observar pelas instituições de crédito relativamente à divulgação da sua adesão ao regime jurídico dos serviços mínimos bancários e à publicitação das condições legalmente estabelecidas para que as pessoas singulares possam aceder e beneficiar desse regime jurídico. De acordo com o disposto no Aviso n.º 15/2012, as instituições de crédito aderentes divulgam informação sobre esta matéria nos seus balcões e locais de atendimento ao público e sítios de internet, no seu preçário e no primeiro extrato emitido em cada ano, ou em comunicação remetida com a mesma periodicidade, quando a informação sobre a movimentação seja prestada através de caderneta. O Aviso n.º 15/2012 entrou em vigor no dia 14 de dezembro de 2012.

O Aviso do Banco de Portugal n.º 16/2012, de 17 de dezembro («Aviso n.º 16/2012») vem alterar o Aviso do Banco de Portugal n.º 2/2010, de 16 de abril, que estabelece determinados deveres mínimos de informação a observar pelas instituições de crédito na negociação, celebração e vigência de contratos de crédito à habitação e de crédito conexo. O Aviso n.º 16/2012 estende tal disciplina a «outro crédito hipotecário». Esta categoria abrange os créditos garantidos por hipoteca ou por outro direito sobre coisa imóvel, não abrangidos pelo Aviso alterado na sua versão originária. O Aviso n.º 16/2012 entrou em vigor no dia 16 de janeiro de 2013.

Ainda considerando a extensão dos deveres das instituições de crédito no domínio do «outro crédito hipotecário» que o Aviso n.º 16/2012 operou, a Instrução do Banco de Portugal n.º 45/2012, de 17 de dezembro («Instrução n.º 45/2012») veio revogar a Instrução do Banco de Portugal n.º 10/2010, de 17 de maio, aprovando um novo modelo de ficha de informação normalizada, relativa ao crédito à habitação e crédito conexo e agora, igualmente, ao outro crédito hipotecário. A Instrução n.º 45/2012 entrou em vigor no dia 16 de janeiro de 2013.

Por fim, a Carta-Circular do Banco de Portugal n.º 86/2012/DSC, de 20 de dezembro, procede à divulgação das boas práticas que o Banco de Portugal entende deverem ser observadas pelas instituições de crédito na comercialização e celebração de contratos de crédito com clientes bancários do mercado de retalho, em moeda distinta da moeda com curso legal em Portugal. Em particular, o Banco de Portugal expressa aí um entendimento de acordo com o qual (i) para garantir que as decisões dos clientes são tomadas de forma esclarecida e fundamentada, as instituições de crédito devem transmitir aos clientes informação adequada sobre os riscos inerentes à contratação de empréstimos em moeda estrangeira, nomeadamente o risco de depre-

ciação e (ii) as instituições de crédito devem celebrar contratos de crédito em moeda estrangeira apenas com clientes que previamente demonstrem a sua solvabilidade, tendo em conta a estrutura do reembolso do empréstimo e a capacidade de os mesmos resistirem a choques adversos nas taxas de câmbio e na taxa de juro dos empréstimos em moeda estrangeira.

Moeda Eletrónica

Decreto-Lei n.º 242/2012, de 7 de novembro (DR 215, SÉRIE I, de 7 de novembro de 2012)

O Decreto-Lei n.º 242/2012, de 7 de novembro («Decreto-Lei n.º 242/2012») visa, no seguimento da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 34/2012, de 23 de agosto, transpor para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 2009/110/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro, relativa ao acesso à atividade das instituições de moeda eletrónica, ao seu exercício e à respetiva supervisão prudencial.

O presente diploma procede à alteração de diversos regimes jurídicos conexos com esta matéria, nomeadamente: (i) do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras; (ii) da Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, que estabelece medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo; (iii) do Decreto-Lei n.º 156/2005, de 15 de setembro, que estabelece a obrigatoriedade de disponibilização do livro de reclamações a todos os fornecedores de bens ou prestadores de serviços que tenham contacto com o público em geral; (iv) do Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de maio, que estabelece o regime jurídico aplicável aos contratos à distância relativos a serviços financeiros celebrados com consumidores; (v) da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira; (vi) do Decreto-Lei n.º 3/94, de 11 de janeiro, que altera o regime jurídico das agências de câmbios e (vii) altera e republica o regime jurídico que regula o acesso à atividade das instituições de pagamento e à prestação de serviços de pagamento, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de outubro, que passa a denominar-se Regime Jurídico dos Serviços de Pagamentos e da Moeda Eletrónica.

As principais inovações do Decreto-Lei n.º 242/2012 incidem, essencialmente, sobre os procedimentos específicos relativos à emissão, à distribuição e ao reembolso de moeda eletrónica. Em particular, o novo Regime Jurídico dos Serviços de Pagamentos e da Moeda Eletrónica contém o elenco dos emitentes de moeda eletrónica e regula o quadro jurídico aplicável às instituições de moeda eletrónica, bem como um conjunto de regras comportamentais com reflexo na relação contratual entre os emitentes e os portadores de moeda eletrónica. O presente diploma estabelece ainda o regime sobre a intervenção corretiva, administração provisória, dissolução e liquidação das instituições e regula as consequências jurídicas da prática de ilícitos de mera ordenação social relativos a infrações respeitantes à atividade de emissão de moeda eletrónica, incluindo o nível das coimas, sanções acessórias e as correspondentes regras processuais, assim como a tipificação como crime de violação do dever de segredo das condutas criminosas praticadas no âmbito desta atividade.

O Decreto-Lei n.º 242/2012 entrou em vigor no dia 8 de novembro de 2012.

Arrendamento - Fatores de Correção Extraordinária para 2013

Portaria n.º 368/2012 (DR 214, SÉRIE I, 2012-11-06)

Em cumprimento do disposto nos artigos 11.º e 12.º da Lei n.º 46/85, de 20 de setembro, que aprovou os regimes de renda livre, condicionada e apoiada nos contratos de arrendamento para habitação, foram publicadas as tabelas para o ano de 2013, nas quais se estabelecem os fatores de correção extraordinária das rendas de prédios arrendados para habitação anteriormente a 1 de Janeiro de 1980.

Valor Médio de Construção por Metro Quadrado

Portaria n.º 424/2012 (DR 251, SÉRIE I, 2012-11-2012)

Na sequência de proposta da Comissão Nacional de Avaliação de Prédios Urbanos, em cumprimento do disposto no n.º 3 do artigo 62.º do CIMI e para efeitos do disposto no artigo 39.º do mesmo diploma, é fixado em €482,40 o valor médio de construção por metro quadrado a vigorar em 2013.

Desafetação de Imóveis do Domínio Público Militar**Resolução do Conselho de Ministros n.º 94/2012 (DR 219, SÉRIE I, 2012-11-13)**

Com vista à criação de receitas para o Fundo de Pensões dos Militares das Forças Armadas, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 94/2012 procede à autorização de desafetação de imóveis que se encontrem sujeitos ao regime do domínio público militar e a sua integração no domínio privado disponível do Estado, para efeitos da sua rentabilização económica imediata.

A rentabilização dos imóveis em causa, atendendo à urgência de capitalização do referido fundo, passará pela alienação ou pela constituição do direito de superfície sobre os imóveis mediante os procedimentos de (i) venda em hasta pública, (ii) negociação ou (iii) por negociação ajuste direto, nos casos em que se verifique a inexistência de interessados ou não haja adjudicação definitiva no âmbito dos procedimentos prévios de venda em hasta pública, nas condições a definir por despacho dos Ministros das Finanças e da Defesa Nacional.

Na referida resolução, que entrou em vigor no dia 14 de novembro de 2012, estabeleceu-se, ainda, que sempre que os imóveis não venham a ser rentabilizados devem ser reafectados no domínio público militar, nos termos da lei.

Bolsa Nacional de Terras**Lei n.º 62/2012 e Lei n.º 63/20012 (DR 238, SÉRIE I, 2012-12-10)**

Com a publicação das Lei n.º 62/2012, de 10 de dezembro, e Lei n.º 63/20012, de 10 de dezembro, foi criada a bolsa nacional de prédios rústicos e mistos para utilizações agrícolas, florestais e silvopastoris (Bolsa de Terras) e o regime de benefícios fiscais decorrente da utilização dos prédios que nela sejam integrados.

Tendo por objetivo facilitar o acesso à terra agrícola, florestal e silvopastoril, a Bolsa de Terras permite a disponibilização de prédios, designadamente quando os mesmos não sejam utilizados, promovendo o seu arrendamento, venda ou outros tipos de cedência.

Podem integrar a Bolsa de Terras os prédios que, considerados aptos para utilização agrícola, florestal ou silvopastoril, sejam (i) do domínio privado do Estado, das autarquias locais e de quaisquer outras entidades públicas, (ii) de entidades privadas, (iii) baldios ou (iv) sem dono conhecido e sem utilização agrícola, florestal ou silvopastoril. Excecionam-se, contudo, os prédios que, sendo mistos, integrem edificações destinadas a habitação não permanente, quando a área da parte inscrita na respetiva matriz rústica seja inferior a um hectare ou relativamente aos quais exista projeto de instalação de empreendimentos turísticos aprovados ou em apreciação junto da entidade competente.

A referida Bolsa de Terras é gerida pelo Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território, através da Direção-Geral de Agricultura e Desenvolvimento Rural, a qual é ainda competente para celebrar, em nome do Estado, os contratos que tenham por objeto a cedência a terceiros dos prédios disponibilizados na Bolsa de Terras.

No âmbito da disponibilização de prédios que integrem a Bolsa de Terras, confere-se o direito de preferência na venda de prédio expropriado ou nacionalizado, ao abrigo do disposto nos Decretos-Leis n.º 406-A/75, de 29 de julho, e n.º 407-A/75, de 30 de julho, e na Lei n.º 77/77, de 29 de setembro, às pessoas singulares que, à data da expropriação ou da nacionalização, eram proprietários dos mesmos prédios ou, por morte destes, os seus descendentes em primeiro grau.

Igualmente com vista à dinamização da Bolsa de Terras, foi aprovado um conjunto de benefícios fiscais que contempla (i) reduções emolumentares no âmbito do Regulamento Emolumentar dos Registos e Notariado, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 322-A/2001, de 14 de dezembro, e (ii) redução das taxas do IML, cuja percentagem da redução a aplicar será anualmente determinada pelas respetivas câmara municipais.

Determinação do Rendimento Anual Bruto e Subsídio de Renda**Decreto-Lei n.º 266-C/2012 (DR 252, SÉRIE I, 2012-12-31)**

Na sequência da publicação da Lei n.º 31/2012, de 14 de agosto, que procedeu à alteração do regime jurídico do arrendamento urbano, e em particular no que se refere ao regime transitório que permite aos senhorios proceder à atualização da renda (incluindo os contratos de arrendamento

mento para fins habitacionais celebrados antes da vigência do regime do arrendamento urbano aprovado pelo Decreto-Lei n.º 321-B, de 15 de outubro), procedeu-se à alteração do Decreto-Lei n.º 15/2006, de 8 de agosto, que estabelece o regime de determinação do rendimento bruto corrigido e da atribuição do subsídio de renda.

O referido decreto-lei determina os requisitos e os procedimentos necessários para efeitos da (i) determinação e prova do rendimento anual bruto dos arrendatários e respetivo agregado familiar e da (ii) atribuição, pagamento e caducidade do subsídio de renda ao arrendatário em contrato de arrendamento para fins habitacionais celebrado antes da entrada em vigor do referido Decreto-Lei n.º 321-B, de 15 de outubro.

2 · JURISPRUDENCIA

Informe de auditoría requerido por la minoría

Resolución de 17 de enero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 26 de noviembre de 2012)

Se deniega el depósito de las cuentas anuales de una sociedad, entre otras razones, por faltar el informe de auditoría emitido por el auditor de cuentas nombrado por el registrador mercantil a instancia de un socio minoritario. Previamente, la sociedad había recurrido ante la DGRN la decisión del registrador mercantil por la cual se declaraba la procedencia de la solicitud del socio minoritario, estando pendiente de resolución este recurso al tiempo de presentar las cuentas anuales. La DGRN, con base en reiterada doctrina del propio centro directivo, confirma la calificación del registrador, poniendo de relieve que, a la luz de lo dispuesto en el último inciso del número 1 del artículo 279 de la LSC, cuando una sociedad deviene obligada a la verificación de sus cuentas anuales por haberlo solicitado la minoría social, ha de presentarse en el Registro Mercantil, junto con estas, el informe emitido por el auditor nombrado por el registrador, a tenor de lo dispuesto en el número 2 el artículo 358 del RRM.

Inscripción administradores. Exigencia del NIE

Resolución de 16 de julio de 2012, de la Dirección General de Registros y del Notariado (BOE de 28 de Septiembre de 2012)

El registrador mercantil denegó la inscripción del nombramiento de dos consejeros extranjeros por no tener el número de identificación de extranjeros (NIE).

La DGRN, haciendo un análisis de las normas tributarias, determina que los administradores extranjeros, si bien no son obligados tributarios en sentido estricto, sí que lo son en sentido amplio, por cuanto son responsables subsidiarios de las deudas tributarias de la persona jurídica. Por ello, la DGRN, al igual que ya resolvió en otra Resolución de 18 de enero de 2012, considera que es exigible el NIE y que no cabe inscripción de consejeros extranjeros sin la constancia del NIE.

Operación acordeón. Informe de auditoría. Flexibilización de requisitos si la operación es neutra

Resolución de 17 de octubre de 2012, de la Dirección General de Registros y del Notariado (BOE de 8 de noviembre de 2012)

El registrador mercantil denegó la inscripción de un acuerdo de reducción de capital social a cero y su posterior ampliación simultánea (operación acordeón) por no incorporarse la verificación del balance por un auditor. La sociedad recurrió la decisión del registrador mercantil alegando que tal verificación contable no es necesaria en este caso por haber sido adoptada la decisión por unanimidad de los socios, quedando los intereses tanto de los socios como de los acreedores protegidos, ya que un aumento de capital solo puede serles beneficioso. La DGRN, en línea con otras resoluciones anteriores, desestimó el recurso alegando que solo es posible omitir el requisito de la verificación por auditor cuando la operación sea neutra, esto es, cuando el capital social resultante tras la reducción y ampliación sea igual o superior al existente antes de la operación, circunstancia que no se da en el caso recurrido.

Cesión de derechos políticos*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 2012*

Se debate sobre la licitud de la cesión de derechos políticos estipulada en un contrato de compraventa de acciones en el que se incluye un pacto que permite al vendedor reservarse (como garantía del pago aplazado del precio) el control de la sociedad mediante la retención de los derechos de voto del 50% de las acciones. El recurrente pretende la nulidad del contrato de compraventa por infracción de ley, en cuanto la cesión de derechos pactados en él supone el desmembramiento de la condición de socio y del voto, invocando a tal fin la doctrina de la resolución de la DGRN de 9 de diciembre de 1997.

El Tribunal considera que la cesión pactada de derechos políticos es lícita interpartes. Añade que las resoluciones de la DGRN solo tienen valor doctrinal y que no puede confundirse la función del Registro Mercantil y el control de acceso a este de reglas estatutarias oponibles a terceros y a la propia sociedad con la función de los tribunales, en los que el examen de licitud de los pactos parasociales, en cuanto convenios celebrados por varios o incluso todos los socios, a fin de regular sus relaciones internas, no está constreñido por los límites que a los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societarias, sino únicamente por los previstos en el artículo 1255 del Código Civil.

Valoración de acciones por el auditor de cuentas*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre de 2012*

Se discute, en el contexto de una disputa accionarial en relación con una transmisión de acciones, sobre si la valoración de las acciones efectuada por el auditor de cuentas designado por el Consejo de Administración de la sociedad puede ser revisada y, en su caso, sustituida por el juez.

El Tribunal resuelve que el auditor que determina el valor de las acciones transmitidas es un «arbitrador legal», y no un árbitro, por lo que su valoración es susceptible de impugnación ante los tribunales. Adicionalmente, afirma que el artículo 1447 del Código Civil no debe interpretarse en el sentido de que los tribunales solo pueden confirmar la corrección de la valoración o anular el contrato, ya que de dicho precepto se deriva la ineficacia del contrato cuando, en los supuestos en los que la fijación del precio se ha confiado a persona determinada, esta viene a faltar, pero no en aquellos en los que las partes no han determinado *intuitu personae* la concreta persona que debe fijarlo. En consecuencia, si los términos del contrato o de los estatutos no lo impiden, el valor fijado por el auditor designado al efecto puede ser sustituido por el que señale el tribunal, incluso con base en informes de expertos que, sin tener la condición de auditor, permitan su efectiva concreción.

Constitución de sociedad limitada, asistencia financiera*Resolución de 23 de noviembre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 19 de diciembre de 2012)*

En la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada, uno de los socios fundadores desembolsó su parte correspondiente del capital social y la prima de asunción mediante la aportación de dos bienes inmuebles hipotecados. La aportación de estas fincas se realizó por el valor total que se les atribuía, sin deducción del importe de la deuda garantizada con la hipoteca respectiva. Adicionalmente, en la misma escritura de constitución se formalizó un acuerdo por el que la sociedad en formación asumió las deudas garantizadas con las hipotecas, de modo que el socio aportante quedaba liberado —sujeto a que el acreedor consintiera—, y tal asunción de deuda se realizó en concepto de «*préstamo al socio aportante*».

El registrador denegó la inscripción de la escritura de constitución alegando que en la valoración de las fincas hipotecadas debía deducirse el importe de las deudas garantizadas con hipoteca pendientes de amortizar, siendo por tanto el importe de la prima de asunción menor que el consignado en la escritura. Esta decisión es ratificada por la DGRN, que entendió que, si bien es competencia y responsabilidad de los socios valorar las aportaciones no dinerarias, el título inscribible debe precisar con total claridad el concreto negocio de aportación realizado, y el registrador, en todo caso, debe suspender la inscripción cuando existan contradicciones dentro del propio título o cuando no se expresen las cosas con la claridad exigible para extender la inscripción en los libros, circunstancia esta que se daba en el supuesto recurrido. Añade la DGRN que la asunción por parte de la sociedad, en el momento de su constitución, de deudas garan-

tizadas mediante hipoteca sobre los bienes que se aportan es, muy posiblemente, un caso de asistencia financiera prohibida por el artículo 150 LSC.

Transformación de órgano societario. No cabe la exigencia de declaraciones rituales *Resolución de 12 de diciembre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 25 de enero de 2013)*

Se deniega la inscripción de un acuerdo social de una sociedad de responsabilidad limitada por el que se cesa a uno de los administradores solidarios y se mantiene al otro como administrador único. El registrador entendió que era necesario que en el acuerdo constase la transformación del órgano social, el cese de los dos administradores solidarios y el nuevo nombramiento del administrador único. La DGRN, tal y como ha hecho en numerosas ocasiones, entendió que no pueden exigirse declaraciones rituales (*expressis verbis*) ni reiteración de trámites que ralentizan el normal funcionamiento del tráfico sin añadir garantía alguna al procedimiento. Por ello, la DGRN acordó estimar el recurso y revocar la calificación del registrador.

Sociedades limitadas. Asistencia a la Junta, ejercicio del derecho a voto y delegación de voto por medio de videoconferencia o cualquier otro medio de comunicación a distancia que garantice la identidad del sujeto *Resolución de 19 de diciembre de 2012, de la Dirección General de Registros y del Notariado (BOE de 25 de enero de 2013)*

Se deniega la inscripción de los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada en los que se preveía la posibilidad de celebrar la Junta General mediante videoconferencia o cualquier otro medio de comunicación a distancia, así como delegar el voto por iguales medios. El registrador entendió que dicha opción solo es posible en sociedades anónimas, ya que solo a ellas se refiere expresamente el texto refundido de sociedades de capital.

La DGRN entiende, sin embargo, que en la sociedad de responsabilidad limitada es lícita la previsión estatutaria relativa a la celebración de la Junta General y delegación del voto por videoconferencia o medios análogos, dado que la ausencia de referencia expresa a esta clase de sociedades en la LSC no puede interpretarse como una prohibición. Además —añade la DGRN— debe tomarse en consideración que el principio de la autonomía de la voluntad en las sociedades de responsabilidad limitada es más amplio que en las sociedades anónimas.

Por lo que se refiere a la delegación del voto por medios telemáticos, la DGRN acoge el argumento adicional de que, si bien es cierto que en la sociedad de responsabilidad limitada se requiere que la delegación conste en documento escrito, la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, y la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, equiparan la forma electrónica con la forma escrita.

Dispensa de la prohibición de competencia de los administradores *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de diciembre de 2012*

Se discute sobre la impugnación del acuerdo de la Junta de socios por el cual se dispensa a los administradores de la sociedad de la prohibición de competencia establecida en el artículo 230 de la LSC. El acuerdo impugnado fue adoptado con el voto favorable de tres socios personas jurídicas cuyos administradores eran las mismas personas físicas a las que se dispensaba de la prohibición de competencia, por ser ellos también los administradores de la sociedad.

El TS resuelve que, aunque para que se dé el conflicto de intereses que obliga al socio a abstenerse, en principio, es necesario que el propio socio sea el administrador cuya dispensa se somete a la Junta General, el conflicto puede existir igualmente cuando el socio no interesado está representado en la Junta por una persona que no es socio y que sí resulta afectada por el acuerdo. Concluye el Tribunal que el deber de abstención es aplicable tanto si el conflicto de intereses existe respecto del socio como si existe respecto de la persona que ejercita en su nombre el derecho de voto.

PROCESAL CIVIL*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

Reglamento 1215/2012/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE de 20 de diciembre de 2012)

El pasado 20 de diciembre 2012 se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* una de las recientes novedades legislativas más importantes, el Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Este Reglamento será aplicable a partir del 10 de enero de 2015 y sustituirá al actual Reglamento nº 44/2001.

El aspecto más relevante del Reglamento nº 1215/2012 es, sin duda, la eliminación del exequátur. El nuevo Reglamento prevé que las resoluciones dictadas en un Estado miembro y los documentos públicos y transacciones judiciales que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen gozarán también de fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros, sin necesidad de procedimiento alguno. Únicamente se exigirá la presentación de una copia auténtica de la resolución y de un certificado emitido por el órgano jurisdiccional de origen. Las causas de oposición previstas se recogen en el artículo 45 del Reglamento, y puede denegarse su ejecución en caso de que sea manifiestamente contraria al orden público en el Estado miembro requerido.

Otra importante novedad es la ampliación de la competencia judicial a las controversias relativas a demandados no domiciliados en un Estado miembro de la Unión Europea en los casos relativos a consumidores y trabajadores, en aquellos asuntos de competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, así como cuando exista una cláusula de sumisión expresa.

El nuevo Reglamento modifica también la regulación de la litispendencia, concediendo prioridad en todo caso al órgano jurisdiccional designado por acuerdo de las partes para decidir si se declara o no competente en virtud de ese acuerdo, independientemente de cuál sea el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda. Se fortalecen, de esta forma, los acuerdos de elección del foro.

Por último, el propio Reglamento excluye su aplicación al arbitraje. De acuerdo con el considerando 12, ningún elemento del Reglamento debe impedir que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de arbitraje remita a las partes al arbitraje, suspenda o sobresea el procedimiento, o examine si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional. En esta materia, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no están sujetos a las normas de reconocimiento y ejecución establecidas en el Reglamento, sin perjuicio del reconocimiento o ejecución de la resolución en cuanto al fondo del asunto. En cuanto al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, el Reglamento se remite al Convenio sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, del que son parte todos los Estados miembros y que prevalece sobre el Reglamento.

* Esta sección ha sido coordinada por Eduardo Trigo Sierra, y en su elaboración han participado Paloma García de Viedma Alonso, Encarnación Pérez-Pujazón, Eugenio Caravia Izquierdo, Sonia Borges Fernández, Javier Sánchez-Lozano Velasco, David Guerra Arencibia, Consuelo Puerta Varela, Gloria Torres Zabaleta, Margarita Morales Plaza, Luis I. Gómez-Iglesias Rosón, Jorge Ruiz Jiménez, Esther Gorjón Rodríguez, Jon Carcavilla Barragán, Efrén Pérez Borges, Paula Adrega y Rita Castanheira, del Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría Menéndez (Madrid, Bilbao y Lisboa).

Anteproyecto de Ley de asistencia jurídica gratuita

Anteproyecto encaminado a mejorar el sistema instaurado con la normativa anterior

El pasado 11 de enero de 2013 se publicó el Anteproyecto de Ley de asistencia jurídica gratuita (en adelante, el «*Anteproyecto*»), que pretende, por un lado, adaptarse a la actual realidad social y económica y, por otro, mejorar las disfunciones que se han venido detectando en la aplicación de la actual Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

Con base en lo anterior, las principales novedades que introduce el Anteproyecto pueden concretarse en las siguientes:

(i) Aquellas que se dirigen a resolver las dudas interpretativas que se han venido planteando y a homogeneizar, de este modo, la aplicación del sistema. En este bloque de novedades destacan:

- La creación de un comité de consultas en el Ministerio de Justicia, en el que participarán las Comunidades Autónomas con competencias en materia de Justicia y cuya misión será velar por la unidad de criterio entre los responsables de la gestión del sistema.
- La aclaración de que los ingresos económicos que se computan para acceder al derecho de asistencia jurídica gratuita son brutos.
- La precisión de que el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita por circunstancias sobrevenidas no tiene carácter retroactivo.

(ii) Aquellas cuyo objetivo es evitar las situaciones de abuso del derecho que se habían venido produciendo hasta la actualidad, entre las que cabe resaltar las que siguen:

- Aumento de las facultades de averiguación patrimonial por parte de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita. En este sentido, la confirmación de los datos podrá pedirse, además de a la Administración Tributaria, al Catastro, a la Seguridad Social, a los Registros de la Propiedad y Mercantiles y, en general, a aquellos organismos que permitan comprobar por medios electrónicos la información proporcionada en la solicitud.
- Consideración del patrimonio (y no solo de las rentas o ingresos) a la hora de comprobar los datos de la solicitud del derecho.
- Presunción (que permite prueba en contrario) de abuso de este derecho cuando el número de solicitudes a favor de una misma persona supera el número de tres en un año (salvo en el orden penal).
- Obligación de los Colegios de Abogados y Procuradores de denunciar ante la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita las situaciones de abuso del derecho por aquellas personas que recurran sistemáticamente a este beneficio para pleitear de manera injustificada.
- Posibilidad de que el juez competente imponga una condena en costas si aprecia temeridad o abuso de derecho en la impugnación de la resolución que conceda o deniegue el beneficio de asistencia jurídica gratuita.

(iii) Se incrementan los umbrales hasta ahora vigentes para evitar que se pueda limitar el acceso a la tutela judicial efectiva de quienes carecen de recursos. A tal efecto, se elevan, con carácter general, los niveles máximos de renta que se venían exigiendo.

(iv) Se amplía el ámbito subjetivo de reconocimiento del derecho a determinados colectivos que se consideran especialmente vulnerables. Así, con independencia de la insuficiencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica a:

- Las víctimas de terrorismo, violencia de género y de trata de seres humanos, en todos aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a los menores de edad y a las personas con discapacidad psíquica, cuando sean víctimas de abuso o maltrato.
- Quienes, a causa de un accidente, sufran secuelas permanentes que les impidan totalmente la realización de las tareas de ocupación o actividad habitual, o que les inhabiliten para la realización de cualquier ocupación o actividad o requieran la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, cuando el objeto del litigio sea la reclamación de indemnización por los daños personales y morales sufridos.

(v) El solicitante de la asistencia jurídica gratuita podrá identificar las prestaciones concretas que desea obtener, pudiendo optar por todas o por algunas en concreto. Se permite, así, que la petición del reconocimiento del derecho lo sea a los únicos efectos de la exención del pago de las tasas.

Tal como dispone la disposición adicional novena del Anteproyecto, la futura Ley entrará en vigor a los dos meses de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. Aquellas solicitudes de justificación gratuita presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de la futura Ley se registrarán por esta en relación con las actuaciones realizadas después de su entrada en vigor, como señala la disposición transitoria primera.

Sucesiones por causa de muerte

Reglamento 650/2012/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE de 27 de julio de 2012)

Con la finalidad de eliminar las barreras a la libre circulación de aquellas personas que se encuentran en situaciones de sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas, el pasado 27 de julio se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el Reglamento 650/2012/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio anterior. La nueva norma incrementa la seguridad jurídica, al tiempo que simplifica los trámites que resultan necesarios en estos casos. Se regula así la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento y, en su caso, la aceptación, la fuerza ejecutiva y la ejecución de resoluciones, documentos públicos y transacciones en materia de sucesiones, y se crea el llamado certificado sucesorio europeo. El Reglamento será aplicable a la sucesión de personas que fallezcan a partir del 17 de agosto de 2015.

A efectos de su aplicación se entiende por sucesión *mortis causa* cualquier forma de transmisión de bienes por causa de muerte. No obstante, el Reglamento no es aplicable a cuestiones fiscales ni administrativas. Tampoco a otros ámbitos del Derecho civil, como son las cuestiones relativas al estado civil, la capacidad y la ausencia de las personas, a los regímenes económico matrimoniales, a la creación, administración y disolución de *trust*, a las reglas sobre adquisición y transmisión de bienes, derechos y acciones, sin perjuicio de ciertas limitaciones. Así, por ejemplo, si se crease un *trust* por testamento o por ley, en caso de sucesión intestada, la ley aplicable a la sucesión regulará la cesión de bienes y la determinación de los beneficiarios. Del mismo modo, entre otras cuestiones, a fin de permitir que los beneficiarios de la sucesión puedan disfrutar en cualquier Estado miembro de los derechos adquiridos por virtud de esta, se impone a los Estados miembros ante los que se invoquen estos derechos que si no conociesen el derecho invocado deberán adaptarlo al derecho real equivalente más cercano.

Entre las novedades más relevantes, debe subrayarse la regla general según la cual la ley aplicable al conjunto de la sucesión será la del Estado en que el causante tuviera su residencia habitual al tiempo del fallecimiento sin perjuicio de que, si todas las circunstancias del caso pusieran de relieve que al tiempo del fallecimiento el causante mantenía un vínculo más estrecho con un Estado distinto del Estado de residencia habitual, se aplicará la ley de ese Estado. Adicionalmente, se prevé la posibilidad de elegir como ley aplicable a la sucesión la ley del Estado cuya nacionalidad se posea al tiempo de realizar la elección o al tiempo del fallecimiento.

En paralelo a las normas sobre ley aplicable, se establece la competencia general de los tribunales del Estado miembro en que el causante tuviera su residencia habitual al tiempo del fallecimiento para conocer de la totalidad de su sucesión, sin perjuicio de que, si el causante hubiera elegido como ley aplicable la de otro Estado miembro, las partes interesadas podrán acordar que los tribunales de ese Estado tengan competencia exclusiva para conocer.

También merece especial mención el reconocimiento automático de las resoluciones que en materia de sucesiones puedan dictarse en cualquier Estado miembro, que solo podrá denegarse por determinados motivos tasados, como son la contradicción con el orden público, que la resolución se haya dictado en rebeldía del demandado sin que este haya sido notificado con tiempo necesario para ejercitar su derecho, que la resolución no sea conciliable con otra dictada en el Estado requerido en un procedimiento entre las mismas partes o en otro

Estado miembro o tercero en un litigio entre las mismas partes con el mismo objeto y la misma causa, si en este último caso la resolución reúne los requisitos necesarios para ser reconocida en el Estado requerido. También se regula la aceptación de documentos públicos expedidos en un Estado miembro a los que se deberá reconocer el mismo efecto, o el más parecido, que tuvieran en el Estado de expedición, salvo que ello sea manifiestamente contrario al orden público.

Finalmente, merece destacarse la regulación del certificado sucesorio europeo con la finalidad de permitir a los herederos acreditar su condición en cualquier Estado miembro, así como la atribución a ellos de cualquier bien que forme parte de la herencia, que deberá permitir la inscripción del derecho adquirido. El certificado no sustituye los documentos de efectos similares que puedan existir en los Estados miembros —como ocurre en España con la escritura de aceptación y partición de herencia—, pero sí determina la inscribibilidad del certificado sucesorio que se reconozca en otro país.

[Portugal]

Ação Executiva – Penhora de Bens Imóveis

Lei n.º 60/2012 (DR 217 série I de 9-11-2012)

A presente lei, que entrou em vigor no dia 10 de novembro de 2012, veio alterar as regras do CPC relativas à ordem de realização da penhora de bens imóveis e à determinação do valor de base de venda de tais bens no âmbito de um processo de execução.

Antes da entrada em vigor da presente lei, a penhora de bens imóveis era admissível, independentemente do tipo de bem imóvel penhorado, quando a penhora de outros bens presumivelmente não permitisse a satisfação integral do credor no prazo de seis meses. Com a nova redação dada ao CPC, para além desta norma geral, o legislador passou a prever regras próprias para a penhora de imóveis que correspondam à habitação própria permanente do executado. Neste caso, é admissível a penhora do imóvel desde que a penhora de outros bens presumivelmente não permita a satisfação integral do credor no prazo de dezoito ou doze meses, consoante a dívida exequenda exceda ou não metade do valor da alçada do tribunal de primeira instância, isto é, €2.500. Existe, portanto, face à norma anterior, um alargamento do prazo de penhora de outros bens antes de recorrer à penhora de bem imóvel (de seis meses para doze ou dezoito meses, consoante o caso), quando se trate de habitação própria permanente do executado.

Quanto à determinação do valor de base de venda dos bens imóveis, o CPC passou a determinar que esse valor corresponderá ao maior dos seguintes valores: valor patrimonial tributário, nos termos de avaliação efetuada há menos de seis anos, e valor de mercado do bem.

Por último, quando a venda dos bens imóveis penhorados seja feita mediante propostas em carta fechada, o valor a anunciar para a venda passa a ser igual a 85% do valor de base dos bens, quando antes correspondia a 70% deste último valor.

Deveres Informativos relativos a Produtos Financeiros Complexos e Comercialização de Operações e Seguros Ligados a Fundos de Investimento

Regulamento da CMVM n.º 2/2012, de 26 de novembro (DR 228, SÉRIE II, 26 de novembro de 2012)

Foi publicado no dia 26 de novembro de 2012 o Regulamento da CMVM n.º 2/2012, sobre deveres informativos relativos a produtos financeiros complexos e comercialização de operações e seguros ligados a fundos de investimento, que entrou em vigor no passado dia 1 de janeiro de 2013.

O novo Regulamento aplica-se a produtos financeiros complexos, incluindo seguros e operações de capitalização ligados a fundos de investimento, cuja comercialização seja supervisionada pela CMVM e seja dirigida a pelo menos cinco investidores não qualificados residentes ou com estabelecimento em Portugal.

O Regulamento estabelece que a entidade comercializadora deve garantir a existência de um documento («Informações Fundamentais ao Investidor» ou «IFI»), ou documento que o substi-

tua) que contenga informação relativa aos riscos associados ao Produto Financeiro Complexo, um conjunto de menções genéricas, um alerta gráfico, informação sobre rentabilidade e encargos relativos ao investidor ou ao produto, bem como cenários de rentabilidade e risco histórico. O IFI deve ser aprovado e divulgado pela CMVM antes da comercialização dos produtos financeiros complexos.

No que toca à publicidade a produtos financeiros complexos, também ela depende da aprovação prévia da CMVM, existindo deferimento tácito caso a CMVM não se pronuncie no prazo de dez dias a contar da apresentação da documentação publicitária.

A publicidade deverá incluir informação sobre os produtos financeiros complexos, o alerta gráfico, advertências associadas ao risco e, finalmente, uma referência ao IFI e ao local onde este pode ser consultado.

De referir ainda que este Regulamento alarga o escopo do dever de informação pós-contratual para com o público em geral e para com os investidores, através do site da entidade comercializadora ou da CMVM, relativamente a alterações ao IFI e às cotações e fluxos financeiros dos produtos verificados antes e depois da maturidade.

A comercialização de produtos financeiros complexos por período que ultrapasse o dia 30 de abril de 2013 deve conformar-se com as regras acima sumariadas até essa data, data-limite também para a utilização de documentos informativos elaborados com base nos regulamentos que o diploma em análise vem revogar (Regulamento da CMVM n.º 1/2009, bem como o Regulamento da CMVM n.º 8/2007, no que aos seguros e operações ligadas a fundos de investimento diz respeito).

2 · JURISPRUDENCIA

[Espanña]

Los compradores de inmuebles con fines especulativos no pueden invocar los cambios del mercado para eludir sus obligaciones

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de octubre de 2012

La sentencia versa sobre una operación de compraventa de inmuebles de carácter especulativo, donde los compradores se dedicaban a la compra de viviendas de nueva construcción con la intención de proceder a su reventa antes de la finalización de las obras. Así, el procedimiento se inició cuando los compradores, debido al deterioro de la economía, no consiguieron la reventa de las viviendas pretendida y se negaron a cumplir los requerimientos fehacientes del vendedor para otorgar las correspondientes escrituras de compraventa. Ante estas circunstancias, los compradores tratan de subrogarse en el préstamo hipotecario, pero debido a su edad y a su falta de solvencia la entidad financiera se lo deniega.

En sede de casación, los recurrentes argumentan que la negativa del banco llevó al incumplimiento involuntario y sobrevenido de sus obligaciones. Por ello, consideran imposible la atención de sus obligaciones en los términos recogidos en el artículo 1184 del Código Civil.

En estas circunstancias, el alto tribunal considera manifiesto que la operación realizada por los compradores tenía un fin claramente especulativo y que de haber concluido con éxito los recurrentes habrían obtenido cuantiosos beneficios en poco tiempo. En consecuencia, si los compradores se sometieron a un riesgo de forma consciente para obtener un beneficio, no pueden tratar de repercutirlo ahora a la vendedora. A criterio del Tribunal Supremo, tratar de abarcar los beneficios sin aceptar las pérdidas es contrario a la buena fe (artículo 1258 del Código Civil) y al artículo 1105 del Código Civil.

En conclusión, la sentencia no consideró infringido el artículo 1184 del Código Civil, condenó a la parte recurrente y confirmó los fallos de las sentencias anteriores, al concurrir culpa del deudor, que debió prever la posibilidad de fluctuaciones en el mercado.

El Supremo despeja la controversia doctrinal: el agente de la edificación llamado por intervención provocada no debe ser condenado si no se ha deducido pretensión específica frente a él

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de septiembre de 2012

La sentencia resuelve dos recursos, uno extraordinario por infracción procesal y otro de casación, ambos instados en un procedimiento de responsabilidad por vicios de la construcción entre agentes de la edificación.

En relación con el recurso extraordinario por infracción procesal, se plantea si el tercero llamado al proceso conforme a la disposición adicional séptima de la Ley Orgánica de la Edificación (LOE) tiene o no condición de parte demandada y si puede ser condenado, así como cuál es su relación con la sentencia que se dicte.

La sentencia se refiere a la división en la doctrina y las Audiencias a este respecto y diferencia las dos corrientes existentes. Por una parte, la que propugna que el tercero es parte demandada y, por tanto, debe figurar en la parte dispositiva e incluso puede ser condenado. Por otra, la que defiende que para que lo anterior suceda es imprescindible que se inste la solicitud expresa de condena por la parte demandante, sin perjuicio de que el llamado en garantía quede vinculado por lo que manifieste en el proceso.

El Pleno se decanta por la segunda opción, empleando para ello en buena medida argumentación contenida en una sentencia anterior en el mismo sentido (la sentencia de Pleno de 20 de diciembre de 2011). Esta última sentencia, si bien se refiere a un supuesto de intervención provocada de tercero no subsumido en la disposición adicional séptima de la LOE, trata la condición de este sujeto procesal, por lo que puede entenderse que queda establecida doctrina jurisprudencial en esta materia.

El TS, en su razonamiento, se basa en la defensa del principio dispositivo que rige el proceso civil. Argumenta que decantarse por la opción contraria supondría que el órgano judicial impone una determinada posición al demandante (una ampliación de su demanda) en caso de que se produzca la intervención provocada.

Con respecto a la posición del tercero emplazado pero no demandado, la sentencia determina que tendrá la condición de parte formal, pero no material, es decir, dispondrá de oportunidades de alegación y defensa, pero no podrá ser mencionado en el fallo ni, por tanto, condenado.

En relación con el tercer interviniente no demandado, la sentencia concreta cuál es el alcance de la disposición adicional séptima de la LOE, y establece que, por más que el tercero interviniente no pueda ser condenado, sí quedará vinculado por las declaraciones de la sentencia con respecto a su actuación en el proceso constructivo, sin que le quepa alegar en un proceso posterior que resulta ajeno a lo realizado. Por último, el Pleno determina que la sentencia no podrá ser ejecutable frente a él, por no concurrir los requisitos procesales para ello.

Acción social de responsabilidad por incumplimiento de los deberes de lealtad y secreto tras el cese del administrador

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de septiembre de 2012

En el caso objeto de análisis, una sociedad ejerció una demanda de acción social de responsabilidad, por incumplimiento de deberes de lealtad y secreto —artículo 134, con los artículos 133, apartado 1, 127 *ter*, apartado 2, y 127 *quáter*, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre—, a fin de reclamar una indemnización de daños y perjuicios causados por el antiguo administrador.

El Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona estimó la demanda y condenó al demandado al pago del importe reclamado. Posteriormente, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación y desestimó íntegramente la demanda formulada.

La Audiencia Provincial basó su decisión en dos afirmaciones: por un lado, en razón de que no se habían llegado a identificar en el proceso los secretos o información confidencial que el administrador habría explotado en su beneficio tras cesar en el cargo. Por otro, en que los deberes de lealtad y, en particular, la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio generadas por la sociedad —artículo 127 *ter*, apartado 2, del primer Real Decreto Legislativo citado y artículo 232 del segundo— desaparecen cuando se extingue la relación fiduciaria que liga al administrador con aquella.

Frente al criterio de la Audiencia Provincial, la sentencia de la Sala Primera de 3 de septiembre de 2012 estima parcialmente el recurso de casación, y ello en razón de que considera excesivamente estricta la interpretación de la Audiencia Provincial.

Entiende el alto tribunal que el carácter fiduciario de la relación que vincula al administrador con la sociedad —en la que el estándar de buena fe cumple importantes funciones como regla de integración de su regulación— determina que, en ciertas circunstancias, aquel, pese a haber cesado en el cargo y estar facultado para emprender y desarrollar actividades en competencia con esta, deba observar respecto de ella ciertos deberes de conducta impuestos por la buena fe. Uno de tales supuestos que la práctica ha permitido individualizar consiste en la intencionada preparación del aprovechamiento de la oportunidad de negocio por parte del administrador, mientras lo era, aunque no logre su propósito hasta después de dejar de serlo, en ejecución del plan concebido. Otro de los supuestos es el de la apropiación, en determinadas circunstancias contrarias al modelo de buena fe, por quien fue administrador de las oportunidades de negocio que se considera ya pertenecían prácticamente al activo de la sociedad.

Archivo en la audiencia previa de una demanda presentada por ADICAE y más de mil consumidores individuales frente a una entidad bancaria en la que se acumulaban acciones colectivas e individuales

Auto del Juzgado de Primera Instancia 9 de A Coruña de 18 de junio de 2012

El procedimiento objeto de análisis traía causa de la demanda interpuesta por ADICAE en defensa de los intereses colectivos o generales de los consumidores y usuarios que habían suscrito contratos de cobertura con una entidad financiera. Junto a ADICAE, y en la misma demanda principal, se personaron una serie de consumidores —agrupados en doscientos expedientes— que actuaban como codemandantes, articulando sus propias acciones en defensa de sus respectivos intereses individuales.

Además, la demanda original fue posteriormente ampliada subjetivamente en varias ocasiones, incrementándose el número de consumidores individuales personados hasta superar los 1250 reclamantes individuales. De esta forma, en la demanda se ejercitaban, de forma acumulada, diversas acciones colectivas e individuales en relación con los contratos de cobertura.

Frente a esta demanda, se formularon distintas excepciones procesales en defensa de la entidad financiera: indebida acumulación objetiva de acciones, inadecuación de procedimiento, falta de legitimación activa de ADICAE para ejercitar las acciones colectivas e indebida acumulación subjetiva de acciones. Todas ellas fueron estimadas por el Juzgado de Primera Instancia, que acordó la «desacumulación» de la acción colectiva de cesación al entender que esta acción debía haberse tramitado por los cauces del juicio verbal —ex artículo 250.1.12º de la Ley de Enjuiciamiento Civil— sin que fuese posible su acumulación junto a otras acciones que debían seguir los trámites del juicio ordinario —ex artículo 73.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil—.

Además, el auto archivó las acciones colectivas restitutoria, indemnizatoria y de enriquecimiento injusto al alcanzar la conclusión de que ADICAE carece de legitimación activa para su ejercicio, pues no existe un hecho dañoso común y, por tanto, no concurría la condición imprescindible para el reconocimiento de la legitimación extraordinaria prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, en el presente caso, el juzgado ha entendido que existían multitud de relaciones contractuales, cuyo contenido y situación eran diferentes, sin que se pudiese hablar de un hecho dañoso común, y sin que, por tanto, se cumpliesen los requisitos que exige la Ley de Enjuiciamiento Civil para reconocer legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de acciones colectivas.

Finalmente, el juzgado estimó la excepción de indebida acumulación subjetiva en relación con las acciones individuales ejercitadas por los consumidores individuales personados —agrupados en más de un millar de expedientes— al entender que no existe entre estas reclamaciones el «nexo por razón del título o causa de pedir» que exige el artículo 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Los Estados no deben imponer exigencias adicionales a las contempladas en el Derecho Comunitario para el requerimiento de pago europeo

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 13 de diciembre de 2012

El Tribunal de Justicia recuerda que el Reglamento 1896/2006/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, aunque no sustituye ni armoniza los mecanismos nacionales de cobro de créditos no impugnados, sí pretende establecer un mecanismo uniforme de cobro de estos créditos.

Por tanto, si los Estados miembros a través de su legislación nacional pudieran imponer exigencias adicionales de obligado cumplimiento, entonces se frustraría el objetivo del monitorio euro-

peo, por cuanto existirían requisitos divergentes entre los distintos Estados miembros y aumentaría su complejidad, duración y costes.

Sin perjuicio de lo expuesto, el Tribunal de Justicia señala que, a falta de armonización de los mecanismos nacionales de cobro de créditos no impugnados, las normas procesales de determinación del importe de las tasas judiciales corresponden al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, siempre que estas no sean menos favorables que las que regulan situaciones similares sometidas al Derecho interno y no hagan imposible el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión.

El Tribunal de Justicia también se pronuncia sobre la posibilidad de que se reclamen desde los intereses que se devenguen hasta la fecha de pago del principal, afirmando que el Reglamento referido no se opone a tal reclamación y que una interpretación distinta obstaculizaría el objetivo de este procedimiento de reclamación, puesto que podría, de nuevo, prolongar su duración y aumentar su complejidad y sus costes, disuadiendo al demandante de iniciar tal proceso e inducirle a recurrir a procedimientos nacionales que le permitieran obtener la totalidad de los intereses. A pesar de lo expuesto, la sentencia recuerda que el Derecho material, incluida la regulación sustantiva de la reclamación de intereses, sigue estando regulado, en principio, por el Derecho aplicable a la relación jurídica de la que trae causa el crédito de que se trate.

Finalmente, el Tribunal de Justicia examina el modo en que el órgano jurisdiccional nacional debe cumplimentar el formulario de requerimiento europeo de pago, que no prevé expresamente la posibilidad de indicar que se requiera al deudor para que pague al acreedor los intereses devengados hasta la fecha de pago del principal. Con relación a esta cuestión, el Tribunal de Justicia concluye que el contenido de este formulario debe ser adaptado a las circunstancias particulares del caso concreto, de modo que el órgano jurisdiccional nacional pueda adoptar una resolución al efecto. Por lo tanto, cuando se requiera al deudor para que pague los intereses devengados hasta la fecha de pago del principal, el órgano jurisdiccional nacional puede elegir libremente la manera concreta de cumplimentar este formulario, si permite al deudor reconocer sin ningún género de duda la resolución mediante la que se le requiere para que pague los intereses devengados hasta la fecha de pago del principal e identificar claramente el tipo de interés y la fecha a partir de la cual se reclaman dichos intereses.

Cláusulas abusivas. Incompatibilidad de la Directiva 93/13 con un sistema de ejecución en el que las posibilidades de oposición frente a la ejecución se encuentran restringidas

Conclusiones de la abogada general Sra. Juliane Kokott presentadas el 8 de noviembre de 2012. Asunto C-415/11 Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa. Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (la «Directiva 93/13»). En particular, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones:

En primer lugar, si la normativa procesal nacional, en virtud de la cual se excluye la posibilidad de oponer el carácter abusivo de las cláusulas de un título ejecutivo en un procedimiento de ejecución hipotecaria, es compatible con la Directiva 93/13. Ello sobre la base de que la limitación de los motivos de oposición del procedimiento ejecutivo podría constituir una obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.

En segundo lugar, si determinadas cláusulas del contrato de préstamo son abusivas, a saber: (a) la cláusula de vencimiento anticipado en contratos proyectados en un largo lapso de tiempo por incumplimientos en un período muy limitado y concreto; (b) la cláusula sobre los intereses de demora cuando estos superan los intereses moratorios permitidos en otros contratos que afectan a consumidores; y (c) la cláusula de determinación del importe de la deuda.

Tras analizar las cuestiones anteriores, la abogada general Juliane Kokott, propone al Tribunal de Justicia que resuelva de la siguiente manera:

- (i) Un sistema de ejecución de títulos notariales sobre bienes hipotecados o pignorados en el que las posibilidades de oposición frente a la ejecución se encuentran restringidas es incompatible con la Directiva 93/13, cuando el consumidor, ni en el propio procedimiento

ejecutivo ni en un procedimiento judicial separado, puede obtener una tutela jurídica efectiva para ejercitar los derechos reconocidos en dicha Directiva, por ejemplo, mediante una resolución judicial que suspenda provisionalmente la ejecución forzosa.

Considera, por tanto, que esta regulación procesal menoscaba la eficacia de la protección que pretende otorgar la Directiva 93/13, especialmente cuando el bien inmueble gravado con la hipoteca es la vivienda del deudor, ya que no resulta suficiente la posibilidad de solicitar una indemnización posterior por daños y perjuicios para garantizar eficazmente los derechos reconocidos al consumidor en la Directiva 93/13.

(ii) En relación con el carácter abusivo de determinadas cláusulas, la abogada general dispone que corresponde al órgano jurisdiccional nacional su apreciación con arreglo al artículo 3, apartados 1 y 3, de la Directiva 93/13. No obstante, establece orientaciones sobre los criterios que el juez nacional ha de tener en cuenta para establecer el carácter abusivo de ciertas cláusulas presentes en las condiciones generales de los préstamos hipotecarios. En particular:

a. Cláusula de vencimiento anticipado: el órgano jurisdiccional debe examinar en qué medida la cláusula se aparta de la normativa legal que a falta de pacto sería aplicable, es decir, si lo estipulado en la cláusula responde a una razón objetiva y si el consumidor, a pesar de la alteración del equilibrio contractual en favor de quien ejercita la cláusula, no queda desprotegido con respecto al contenido normativo de la cláusula en cuestión.

b. Cláusula sobre intereses de demora: el órgano jurisdiccional debe examinar en qué medida el tipo de interés se aparta del tipo de interés legal que a falta de pacto sería aplicable y si está o no en proporción con el objetivo del interés de demora.

c. Cláusula de determinación unilateral del importe de la deuda: deben tenerse en cuenta las consecuencias de una cláusula de ese tipo en el Derecho procesal nacional.

El Tribunal Supremo resuelve el primer recurso de casación que analiza los requisitos necesarios para declarar la nulidad por error de una permuta financiera de tipos de interés o swaps

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

El pasado 21 de noviembre de 2012 el TS se pronunció por primera vez sobre la nulidad por error de los contratos de permuta financiera de tipos de interés. Esta sentencia resulta de suma relevancia por cuanto adapta la tradicional doctrina sobre el error como vicio del consentimiento a las particularidades de los modernos contratos financieros.

En el caso objeto de análisis, la sociedad actora interpuso una demanda en la que se solicitaba la declaración de nulidad por error de dos contratos de permuta financiera de tipos de interés. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda al entender que no se había incurrido en error alguno, pues en los contratos «se «avisaba» al cliente del riesgo de la operación que se intentaba formalizar, apareciendo la firma del actor justo debajo de la citada advertencia, por lo que es dudoso que no se hubiera percatado de su contenido». Posteriormente, la Audiencia Provincial revocó la decisión de primera instancia sobre la base de que la información sobre el riesgo de los swaps contenida en los contratos y facilitada al cliente resultaba insuficiente, ya que se reducía a ilustrar que el resultado de los contratos podría ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación del índice de referencia, el tipo de interés. Por ello, la Audiencia Provincial concluyó que la sociedad demandante incurrió en un error invalidante del consentimiento, porque la entidad bancaria no le había facilitado la «previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial» (Euríbor a 12 meses) antes de la suscripción de los contratos.

La Sala del TS, sin embargo, revocó la sentencia de la Audiencia Provincial por entender que no existía base para declarar el error en el consentimiento, ya que la entidad demandada había informado a su cliente «en lo esencial de los riesgos». En particular, la Sala denuncia que «sentencia recurrida no contiene datos —que no sean generales sobre los requisitos del error para invalidar el contrato—, al margen del señalado defecto de información adecuada, que permitan identificar, en su esencia y requisitos, la anómala formación de la voluntad (...)» y rechaza la doctrina seguida por la sentencia revocada (también aplicada por múltiples sentencias de diversos juzgados y audiencias provinciales), que exigía a las entidades financieras que facilitasen a sus clientes una «previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial». Según el TS, esta información no es relevante para declarar la nulidad por error en el consentimiento.

Para llegar a esta conclusión, la Sala parte de la base de que no todo defecto en la información provoca automáticamente un error en el consentimiento. De este modo, solamente podrá apreciarse la existencia de un error invalidante del consentimiento cuando la representación mental que sirvió de presupuesto para la realización del contrato haya sido equivocada o errónea y se cumplan los siguientes requisitos:

En primer lugar, es necesario que esa «*errónea representación de la realidad*» se muestre como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias. Precisamente por este motivo, la sentencia señala que difícilmente cabrá apreciar un error invalidante del consentimiento «*cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad*», ya que la incertidumbre propia de ese componente de aleatoriedad «*implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia*».

En segundo lugar, la Sala subraya que el error debe resultar esencial, lo que exige que afecte a «*aquellas presuposiciones —respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato— que hubieran sido la causa principal de su celebración*». A tal efecto, distingue entre los motivos o móviles subjetivos de cada contratante y los «*motivos incorporados a la causa*» del contrato, ya que no pueden considerarse esenciales los motivos que sean propios de uno solo de los contratantes, que no se hayan elevado a la categoría de «*causa concreta del contrato*».

Además, esas circunstancias erróneamente representadas han de haber sido tomadas en consideración en el momento de la perfección del contrato; si bien podrían referirse a hechos pasados, presentes o futuros, pues de lo contrario estaríamos ante «*meros eventos posteriores*» que resultan irrelevantes para valorar la concurrencia de un vicio de error invalidante, puesto que serían «*explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano*».

Por último, se recuerda que el error, además de «*relevante*», ha de ser excusable, por lo que se debe negar protección «*a quien, con el empleo de la diligencia que le era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba*».

Así, sobre la base de las anteriores consideraciones, el TS concluye que con los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, no existía base para anular por error los contratos litigiosos, toda vez que la sociedad demandante tuvo perfecto conocimiento de la naturaleza, objeto y funcionamiento de los contratos, tanto por el simple tenor de los contratos como porque «*fue expresamente informada por la entidad de crédito en lo esencial de los riesgos*». En consecuencia, un error sobre el resultado o elemento aleatorio del contrato —en este caso, la evolución de los tipos de interés— nunca podría reunir los requisitos necesarios para invalidarlo.

Legitimación activa de los titulares de datos personales para intervenir en procedimiento de diligencias preliminares en el que una asociación de consumidores y usuarios reclama a una entidad financiera la exhibición de esos datos

Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 2012

En el asunto objeto de análisis se formuló demanda de amparo por clientes de una entidad financiera contra el auto de 20 de octubre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 87 de Madrid, por el que se había acordado, en el seno de un procedimiento de diligencias preliminares instado por la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España («ADICAE»), y en virtud del artículo 256.1.6º de la LEC, requerir a la entidad financiera para que facilitara al juzgado los datos personales de los clientes —entre los que se encontraban los demandantes de amparo— que habían contratado entre el año 2007 y 2010 productos financieros de unas ciertas características.

Las diligencias preliminares habían sido instadas con la finalidad de identificar a los clientes de la entidad financiera que habrían resultado perjudicados por la comercialización de productos financieros de alto riesgo, sin la debida información —según la versión de la solicitante— y formalizados mediante contratos que supuestamente incluían cláusulas abusivas, a efectos de informarles de dichas circunstancias y de interponer futuras acciones en defensa de los intereses colectivos de esos y otros consumidores y usuarios.

La demanda de amparo imputaba al auto impugnado la vulneración del artículo 18.4 de la CE, por acordar que la entidad financiera debía ceder a un tercero los datos personales que los demandantes de amparo habían confiado a la entidad, sin contar con su consentimiento previo.

La demanda de amparo se dirigía a su vez contra tres providencias del mismo juzgado, por las que se había denegado a los demandantes de amparo —titulares de los datos personales cuya cesión se discutía— personarse y participar en el procedimiento de diligencias preliminares. Entendió el juzgado que lo acordado en las diligencias afectaba únicamente tangencialmente a los clientes de la entidad financiera —titulares de los datos objeto de cesión—, por lo que no estaba justificada su intervención en el procedimiento. La demanda de amparo denunciaba una interpretación rigorista, formalista y desproporcionada de las normas procesales relativas a la atribución de legitimación activa que producía una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al no haberse permitido a los demandantes de amparo personarse en un procedimiento en el que se discutía la cesión de sus datos personales y en el que, por tanto, estaba en juego la limitación de su derecho fundamental a la protección de datos.

En cuanto a la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos, la sentencia no entra a analizar esta cuestión por carencia sobrevenida de objeto, ya que durante la tramitación de la demanda de amparo el Tribunal Constitucional declaró la nulidad del auto de 20 de octubre de 2010 mediante sentencia de 7 de mayo de 2012, al resolver sobre demanda de amparo que paralelamente había formulado la entidad financiera contra la expresada resolución. La sentencia de 7 de mayo de 2012 consideró que el auto impugnado resultaba lesivo del derecho fundamental a la protección de datos personales, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (véase a este respecto VÉLEZ FRAGA, M.: «Acciones Colectivas y protección de datos: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 96/2012, de 7 de mayo», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 33, págs. 77 y ss.).

Por lo que respecta a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en la que habrían incurrido las providencias de 30 de noviembre, 20 de diciembre y 22 de diciembre de 2010, que denegaron a los demandantes de amparo el acceso al proceso de diligencias preliminares, la sentencia comentada afirma que el derecho a la tutela judicial efectiva exige una interpretación de las normas procesales relativas a la atribución de la legitimación activa en sentido amplio y no restrictivo, conforme a las exigencias del principio *pro actione*.

Expone el tribunal que el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida y que, por lo tanto, habrá interés legítimo si la actuación impugnada repercute clara y suficientemente en la esfera de quien acude al proceso. Además, el interés será cualificado cuando esa repercusión recaiga sobre un derecho fundamental.

La sentencia razona que en el procedimiento de diligencias preliminares se planteaba una cuestión que afectaba directamente a los demandantes de amparo, pues era la cesión de sus datos personales lo que solicitaba la ADICAE. Además, no cabe duda de que esa cesión puede suponer una lesión del derecho de los demandantes de amparo a la protección de sus datos personales, lo que, en virtud del artículo 24.1 de la CE, les confiere un indiscutible interés para acceder al procedimiento. Y así, considera el tribunal equivocado el criterio del juzgado al sostener que la afección a los demandantes de amparo es simplemente tangencial, pues la decisión sobre la cesión de sus datos personales incide de forma nuclear y directa en el contenido del derecho fundamental de protección de sus datos personales.

La sentencia concluye que las resoluciones impugnadas realizaron una interpretación irrazonable del concepto de interés legítimo, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva de los titulares de los datos personales que se reclamaban. Acuerda, por tanto, otorgar el amparo solicitado, anulando las providencias de 30 de noviembre, 20 de diciembre y 22 de diciembre de 2010.

Garantías contextuales: tratamiento concursal de las hipotecas constituidas a favor de una sociedad del mismo grupo de empresas ©

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 2012

En un incidente en el que se interese la rescisión de las garantías formalizadas con motivo de distintas operaciones de financiación suscritas por una sociedad en favor de otras de su grupo, la existencia de un posible perjuicio para la masa activa debe analizarse en combinación con la naturaleza de la obligación garantizada, esto es, hay que analizar el contexto en el que se realiza el acto impugnado.

Afirma el TS que las garantías prestadas a favor de una sociedad integrada en el mismo grupo de empresas (garantía contextual) deben entenderse como una operación de grupo, y debe valorarse su incidencia en ese contexto.

No obstante, según el alto tribunal, lo que no puede dispensarse a este tipo de garantías reales es la protección que ofrece el artículo 10 de la Ley 2/1981 (en la redacción dada por el art. 12.2 de la Ley 41/2007), que prevé que las hipotecas concedidas por entidades de crédito solo serán rescindibles si el administrador concursal acredita la existencia de fraude en la constitución del gravamen. El TS considera que esta salvaguarda debe ser entendida en un sentido restrictivo y que solo opera, en términos generales, cuando el préstamo bancario tenga por objeto la adquisición de bienes inmuebles para el uso del prestatario (persona física o jurídica), no en los supuestos de concesión de fondos para la realización de la actividad empresarial.

En definitiva, sostiene el alto tribunal que, acreditada la existencia de un perjuicio para la masa activa (debido a la ausencia de pacto alguno que desvirtúe la gratuidad que se presume al afianzamiento en sede mercantil), no siempre será necesaria la acreditación adicional de la existencia de fraude para que la hipoteca pueda ser rescindida, por más que su beneficiaria sea una entidad que participa en el mercado hipotecario —aquellas cuyos títulos se emiten y se regulan en el territorio español, conforme a su derecho—.

Declarada la rescisión de una operación y la mala fe del acreedor, no puede moderarse el alcance de la subordinación del crédito concursal

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de diciembre de 2012

El TS entiende que, una vez declarada la rescisión de un determinado negocio jurídico, al ser considerado perjudicial para la masa activa de la concursada, y acreditada la existencia de mala fe en el comportamiento del acreedor beneficiado por el negocio rescindido, no es posible moderar el alcance de la subordinación de su crédito.

El alto tribunal considera que la mala fe va referida a la realización del negocio jurídico impugnado y debe ser analizada atendiendo a los hechos que han rodeado su conclusión. En este sentido, deben analizarse dos requisitos: (i) uno subjetivo, consistente en el conocimiento de estar afectando negativamente los intereses del resto de acreedores que forman la masa pasiva, y (ii) otro objetivo, valorativo de la conducta del acreedor y consistente en que esta pueda ser calificada como «*merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico*».

Por ello, con independencia del destino que haya dado la concursada al precio recibido y de que se le restituyan unos bienes en una mejor situación —en este caso libres de cargas—, no puede considerarse como un enriquecimiento injusto por parte de la concursada.

Concluye el TS que, acreditada la existencia de mala fe en la conducta de quien contrató con la concursada, no pueden mitigarse las consecuencias previstas en el artículo 73.3 de la Ley Concursal.

Desestimada la acción de rescisión frente a una hipoteca constituida tan solo dos meses antes de la declaración de concurso para garantizar dinero nuevo, por no existir perjuicio para la masa activa de la concursada

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, de 8 de noviembre de 2012

Esta sentencia resulta especialmente interesante, ya que señala que, a pesar de tratarse de una hipoteca constituida en un momento tan próximo a la declaración de concurso (dos meses antes), «*la sociedad obtuvo tesorería en una situación coyuntural, obtuvo unas condiciones de financiación que no se han demostrado fuera de mercado, la garantía constituida es proporcionada a las obligaciones contraídas*» y en consecuencia afirma que «*valorada la operación ex ante no se aprecia una intención fraudulenta ni tampoco puede hablarse de una falta de justificación de una operación común en el tráfico que supuso la entrega de una importante suma de numerario*».

Así, la sentencia acoge los argumentos del recurso de apelación, afirmando que «*la constitución de la garantía hipotecaria se antojaba como imprescindible para que el banco prestara los 150.000 €, es decir, la práctica habitual bancaria, en materia de préstamos de importes elevados, exige la constitución de garantías reales, por lo que, en el supuesto ante el que nos hallamos, dicha operación no puede catalogarse sino de absolutamente normal*».

Estas afirmaciones suponen un precedente importante, ya que la resolución incluye dentro de la calificación de acto ordinario —y, por ende, protegido de las acciones de rescisión gracias a la previsión contenida en el artículo 71.5 de la Ley Concursal— la concesión de operaciones de financiación en condiciones de mercado, aunque se encuentren muy próximas a la insolvencia del prestatario.

Otro detalle importante de la resolución es que confirma la imposibilidad de atacar únicamente la garantía hipotecaria —y no la operación de financiación en los casos en los que esta no haya sido destinada a cancelar deuda preexistente— como en este caso por la vía del artículo 71.3.2 de la Ley Concursal.

Finalmente, conviene destacar que la sentencia se pronuncia sobre la necesidad de acotar el criterio interpretativo del concepto de «perjuicio», de cara a valorar el éxito de una acción de reintegración. Resulta ciertamente interesante la resolución cuando afirma que *«un criterio de interpretación excesivamente amplio del concepto de perjuicio convertiría en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para la seguridad jurídica y del tráfico mercantil, y, particularmente, para operaciones bancarias como ante la que nos encontramos»*.

En este sentido, la resolución sigue la estela de resoluciones tales como las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 10 de octubre de 2011 y de 3 de febrero de 2012, o la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Castellón, de 27 de marzo de 2012, en las que se defiende la imposibilidad de atacar únicamente aquellas partes del negocio jurídico consideradas perjudiciales dejando intactas aquellas que se consideran beneficiosas.

Los administradores concursales están facultados para vender bienes de la concursada al tener la potestad para determinar si la operación forma parte del giro o tráfico de la empresa

Resolución de la DGRN de 4 de octubre de 2012

El interés de esta resolución radica en que la DGRN resuelve que es inscribible una escritura de compraventa de inmuebles hipotecados (vivienda, garaje y trastero) con subrogación en el préstamo hipotecario, en la que concurren las circunstancias siguientes: la sociedad vendedora, que se dedica a la construcción y promoción inmobiliaria, está declarada en concurso, y el auto de declaración de concurso decreta que el deudor conserva las facultades de administración y disposición del patrimonio, quedando sometido su ejercicio a la autorización y conformidad de los administradores, que se ha producido mediante su intervención en la escritura. Los administradores concursales consienten la operación al estimar que es inherente a la continuidad de la empresa y propia de su giro, por lo que entienden que no es necesaria la previa autorización judicial de acuerdo a los artículos 43 y 44 de la Ley Concursal.

En el caso analizado el registrador se negó a inscribir la escritura al considerar que la autorización judicial es necesaria para la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155.3 de la Ley Concursal.

El notario autorizante recurre la resolución por entender que el precepto no es aplicable al presente caso en atención al espíritu y a la finalidad primordial de la Ley Concursal, que es la de continuidad de la empresa.

Finalmente, la DGRN estima el recurso y resuelve que los administradores concursales están facultados para determinar si la operación forma parte del giro o tráfico de la empresa, por lo que sí son de aplicación los citados artículos 43 y 44 de la Ley Concursal. Asimismo, señala que el artículo 155.3 de la Ley Concursal no es aplicable al caso, pese a su tenor literal, siguiendo una interpretación lógica y sistemática de la norma —sobre todo, atendiendo a la finalidad que persigue la reforma del 2011 de la Ley Concursal—.

Adicionalmente, la DGRN argumenta que una interpretación rigorista del artículo 155.3 de la Ley Concursal haría inviable la continuidad de la actividad empresarial de la inmobiliaria concursada, pues obligaría a pedir autorización judicial para la venta de cualquier inmueble hipotecado.

[Portugal]

Responsabilidade Civil - Rendimento do Lesado em Acidente de Viação - Prova

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 383/2012, de 21 de setembro de 2012

O TC julgou inconstitucional a norma que resulta do n.º 7 do artigo 64.º do Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de agosto, na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 153/2008, de 6 de agosto, uma vez que o referido normativo apenas confere relevância - para efeitos de apuramento do rendimento mensal do lesado por acidente de viação - aos rendimentos líquidos que se encontrem fiscalmente comprovados, após o cumprimento das obrigações fiscais declarativas.

No entender do TC, a aludida norma restringe de forma desproporcional o número de meios de prova admissíveis para demonstrar o rendimento do lesado e, por essa via, infringe o direito a uma tutela jurisdicional efetiva – que consiste na faculdade de obter, pela via judiciária, a garantia de proteção e realização de direitos e interesses legalmente protegidos. Com efeito, aquele preceito (apesar de promover a celeridade dos processos de responsabilidade civil por acidente de viação) impede que todos os rendimentos que não se encontrem comprovados por declarações fiscais possam ser tomados em consideração no cálculo da indemnização a que o lesado tem direito, prejudicando o ressarcimento integral dos danos efetivamente sofridos, num momento de particular fragilidade do lesado.

Assim, concluiu o TC que a referida norma é inconstitucional, uma vez que implica uma restrição ao direito à tutela jurisdicional efetiva excessiva face aos interesses que visa tutelar.

Ação Executiva - Oposição à Execução Baseada em Injunção

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 437/2012, de 31 de outubro de 2012

O recurso em causa foi interposto de uma sentença proferida no âmbito de um apenso de oposição à execução baseada em injunção, em que o Tribunal a quo decidiu desaplicar, por inconstitucionalidade material (violação do princípio da proibição da indefesa consagrado no artigo 20.º da CRP), a norma constante do artigo 814.º, n.º 2, do CPC, quando interpretada no sentido de equiparar a injunção (à qual tenha sido aposta a fórmula executória por inexistência de oposição) a uma sentença judicial para efeitos de limitação dos fundamentos de oposição à execução.

Em alegações de recurso, o MP considerou que a equiparação da injunção com aposição de fórmula executória à sentença vem restringir os meios de oposição à execução, uma vez que preclui a dedução pelo executado de quaisquer fundamentos que pudessem ser invocados no processo de declaração (e que podem ser invocados quanto a execução se funde em título executivo extrajudicial), o que consubstancia uma restrição desproporcionada do direito fundamental à «tutela judicial efetiva» e «plena», integrado no âmbito de proteção do direito fundamental de «acesso ao direito e aos tribunais».

Analisando a questão, o TC considerou que a falta de oposição e a consequente aposição de fórmula executória ao requerimento de injunção não operam a transformação da natureza (não sentencial) deste requerimento, nem tornam desnecessária a prova do direito invocado em sede de oposição à execução. Assim, por um lado, a demonstração do direito do exequente, durante a fase prévia à execução, não tem o mesmo grau de certeza de uma sentença, demonstrando apenas a aparência do direito material do exequente, mas não a sua existência certa. Por outro lado, como a atividade do funcionário judicial de aposição da fórmula executória não representa uma atividade jurisdicional de resolução de litígios (não havendo no procedimento de injunção qualquer decisão de mérito por um órgão jurisdicional), há que evitar a indefesa do executado com a limitação do seu direito de defesa quando se opõe à execução.

Por último, o TC conclui que, nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da CRP, se uma limitação interfere com um direito, restringindo-o, é forçoso encontrar-se fundamentação para essa limitação, na medida do necessário, para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. No caso sub judice, a possibilidade de introduzir limites ao princípio da proibição da indefesa tem a sua fundamentação na necessidade de salvaguarda do interesse geral de permitir ao credor obter de forma célere e simplificada um título executivo. Porém, a interpretação da norma do artigo 814.º, n.º 2 (segundo a qual a não oposição à injunção e a consequente aposição de fórmula executória ao requerimento de injunção determinam o afastamento da possibilidade de o executado poder alegar, perante um juiz, todos os fundamentos de oposição que seria lícito deduzir como defesa no processo de declaração), afeta desproporcionalmente a garantia de acesso ao direito e aos tribunais, pondo em causa o justo equilíbrio entre o interesse do credor e o interesse do executado.

O TC concluiu, assim, existir uma limitação injustificada dos fundamentos da oposição à execução baseada em injunção, julgando inconstitucional a norma do artigo 814.º, n.º 2, do CPC.

O TC já se havia pronunciado no mesmo sentido no Acórdão 283/2011, pelo que poderá vir a ser declarada a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do artigo 814.º, n.º 2, do CPC se for declarada a inconstitucionalidade num terceiro caso concreto.

PROCESAL PENAL*

1 · JURISPRUDENCIA

[España]

Prueba indiciaria y presunción de inocencia: (i) la titularidad de la dirección IP utilizada para la comisión de la estafa informática no es suficiente para afirmar la autoría; (ii) insuficiencia de la doctrina de la «ignorancia deliberada» para la prueba del dolo eventual si el sujeto no tiene especiales obligaciones de comprobación de su actuación

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 3 de diciembre de 2012

El TS estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 28 de octubre de 2011 y absuelve a los dos acusados que habían sido condenados como autores del delito de estafa informática (art. 248.2 CP).

La Audiencia Provincial consideró probado que uno de los acusados, utilizando la dirección IP de su domicilio, había realizado transferencias bancarias fraudulentas a través de internet (utilizando claves bancarias obtenidas ilícitamente). Dicha transferencia se había realizado a una cuenta del segundo acusado y este había enviado posteriormente el dinero al extranjero, quedándose con una comisión.

En cuanto al primer acusado (el titular de la dirección IP utilizada), el TS considera que la Audiencia Provincial realizó un juicio de inferencia excesivamente abierto y poco concluyente, al considerarle autor del delito de estafa informática por ser el titular de la dirección IP utilizada para la comisión del fraude. El Tribunal estima que no se realizó un juicio crítico del informe pericial de parte, según el cual existe la posibilidad de que un tercero utilice maliciosamente una dirección IP ajena, sin que el titular de dicha dirección IP se percate de ello. En el presente caso, esta alternativa resultaba razonable, especialmente teniendo en cuenta que (i) la sentencia condenatoria omitió las razones por las que consideró que dicho acusado obtuvo las claves bancarias fraudulentamente; (ii) no hizo referencia a la obtención de un beneficio económico por dicho acusado; (iii) ni a su relación con terceros beneficiarios ni con el coacusado (el titular de la cuenta a la que se realizó la transferencia bancaria); y (iv) no se realizó un examen del equipo informático en cuestión, con el fin de excluir la alternativa razonable de que un tercero pudiera haber utilizado la dirección IP del acusado para cometer el delito. En definitiva, el TS no considera compatible con el derecho a la presunción de inocencia la prueba indiciaria empleada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa.

En lo que respecta al segundo acusado (el titular de la cuenta a la que se realizó la transferencia bancaria), y en cuanto al elemento subjetivo del tipo, la Audiencia Provincial consideró probado, al menos, el dolo eventual, ya que había actuado con «ignorancia deliberada». Según la sentencia condenatoria, este acusado tenía elevadas sospechas de la ilicitud de la operación, pues (i) no conocía a las personas que le transferían el dinero; (ii) era licenciado en Teología y Filosofía y, por lo tanto, debía saber que la empresa que le contrató por internet actuaba ilícitamente; y (iii) no se informó sobre esa empresa.

El TS (con cita de su propia jurisprudencia) critica la doctrina de la «ignorancia deliberada» como método para dar por probado el dolo (eventual), pues dicho método puede eludir, en la práctica, la prueba del dolo y determinar la inversión de la carga de la prueba, resultando difícilmente compatible con el derecho a la presunción de inocencia. Según el TS concurre el dolo eventual cuando el sujeto tiene la obligación de realizar concretas comprobaciones acerca de su actuación, pero no las lleva a cabo, de manera que le resulta indiferente el carácter posiblemente ilícito de su actuación. En el presente caso, el TS consideró que el acusado no tenía una obligación específica de indagar sobre la posible naturaleza delictiva de su actuación, de forma

* Esta sección ha sido coordinada por Esteban Astarloa y Almudena Peleteiro Suárez, y en su elaboración han participado Patricia Leandro Vieira da Costa, Matilde González Fourey, Alicia Franch Jiménez, Patricia Lizarza Alzúa, Paula Adrega y Rita Castanheira, del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona y Lisboa).

que el hecho de no haber realizado comprobaciones se sitúa en el ámbito de la imprudencia (atípica en el caso del delito de estafa).

Interrupción de la prescripción de los delitos y faltas a la luz de la reforma del Código Penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 12 de noviembre de 2012

El TS estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 16 de noviembre de 2011 que había absuelto al acusado por prescripción del delito. Así, el TS, anula la sentencia de la AP y ordena que se enjuicie el fondo del asunto.

En esta sentencia el TS considera que un auto de sobreseimiento provisional de las actuaciones acordado, no por atipicidad de los hechos, sino por desconocimiento del paradero del denunciado (identificado con nombre y apellidos), tiene virtualidad suficiente para interrumpir la prescripción conforme a las reglas contenidas en el reformado artículo 132.2 del CP.

El TS advierte del cambio de la doctrina jurisprudencial en esta materia a raíz de la reforma operada por la LO 5/2010. La jurisprudencia anterior a la reforma declaraba que la interposición de una denuncia o de una querrela interrumpía el plazo de prescripción siempre que se determinase la persona contra la que se dirigía, con exposición de los hechos objeto de denuncia. Esto era así puesto que el anterior artículo 132.2 del CP se limitaba a afirmar que la prescripción quedaba interrumpida cuando el procedimiento se dirigiese contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, sin mayores precisiones.

Conforme a la nueva regulación, que amplía el contenido del artículo 132.2, se especifica que se entiende dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se atribuya su participación en los hechos.

El TS afirma en la sentencia analizada que, pese a que esta nueva regulación parece hacer referencia a la admisión a trámite de la querrela o denuncia como resolución con virtualidad para interrumpir la prescripción, en realidad, en la medida en que previamente pueden adoptarse otras resoluciones judiciales (como, por ejemplo, una intervención telefónica, un registro domiciliario, etc.), tales actos también tienen la virtualidad de interrumpir la prescripción por cuanto se trataría de una resolución judicial motivada en la que se atribuye a una persona identificada su presunta participación en unos hechos delictivos.

Según el TS, esa «*resolución judicial motivada*» a la que hace referencia la norma no tiene que ser un acto judicial estricto de imputación, ni tiene que ser notificada al presunto responsable ni tiene que tomarse inmediatamente declaración a tal persona frente a la que se interrumpe la prescripción.

La gran novedad reside en la posibilidad de suspensión del plazo de prescripción. Así, la presentación de una denuncia o de una querrela suspende el cómputo de la prescripción durante determinado periodo (6 meses en caso de delito y 2 meses en caso de falta). Se plantean tres posibles escenarios una vez suspendido el plazo de prescripción:

- Si dentro de ese periodo el juez no acuerda nada, la solución es que el plazo de prescripción continúe sin que opere la suspensión, como si nada hubiera sucedido.
- En cambio, si durante ese periodo de suspensión el juez resuelve en sentido positivo, dirigiendo el procedimiento contra una persona determinada, la interrupción de la prescripción se retrotrae al momento de presentación de la denuncia o querrela.
- Si en ese plazo de suspensión recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite, también la solución es que el plazo de prescripción continúe sin que opere la suspensión.

El TS critica que la norma no resuelve el problema de que el juez inadmita la denuncia o querrela en ese plazo de 6 o 2 meses y después se revoque esa inadmisión por motivo de la estimación de un recurso contra ella, pero fuera del plazo de suspensión. Según el TS lo que está claro es que, si dentro de esos 6 o 2 meses de suspensión la Audiencia revoca la inadmisión y, en consecuencia, se admite la querrela o denuncia, «*la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia*». Si se produce esa resolución de la Audiencia fuera del plazo de suspensión, no se puede operar del mismo modo.

Sobre la base de todo ello, la sentencia examinada llega a la conclusión de que un auto de sobreseimiento como el dictado por el Juzgado Instructor (archivo provisional de la causa como consecuencia de lo ilocalizable de la situación del denunciado), aun cuando paradójicamente ponía fin a la investigación, tuvo para el TS eficacia interruptora de la prescripción por cuanto ni era un auto de sobreseimiento libre ni en su contenido se afirmaba que los hechos no fuera constitutivos de delito. El auto de sobreseimiento no tendría eficacia para interrumpir la prescripción si entendiera que los hechos puestos en conocimiento del Juez Instructor no son indiciariamente constitutivos de delito (suspendiéndose su virtud interruptora hasta que, mediante el oportuno recurso, se resolviese lo procedente). Pero en este caso existió para el TS una resolución judicial, motivada al menos en su parte esencial, y que no descartaba la existencia de delito, sino lo contrario. De este modo concurrían al entender del TS todos los elementos para tener por interrumpida la prescripción, razón por la que se estimó el motivo y se ordenó al órgano a quo que dictara sentencia sobre el fondo.

Acoso laboral. Compatibilidad con lesiones. La diferente finalidad de las indemnizaciones concedidas en las vías laboral y penal las hace compatibles

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3ª, de 11 de octubre de 2012

Esta sentencia resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 4 de Santander, que condenó al acusado por un delito contra la integridad moral y un delito de lesiones, tipificados en los artículos 173.1 y 147.1 del Código Penal, respectivamente, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, y a la mercantil empleadora como responsable civil subsidiaria.

Los hechos probados relatan la actuación del Gerente de Infraestructuras de una sociedad respecto de uno de los trabajadores que tenía a su cargo. El acusado vació de contenido las funciones encargadas a la víctima, lo privó de personal, lo ubicó en un almacén en estado de abandono, aislado de sus compañeros y carente de las mínimas condiciones para el desempeño de su trabajo. Tales hechos fueron llevados a cabo a lo largo de dos años, pese a las siete demandas que la víctima interpuso en la jurisdicción social contra el acusado y la empresa empleadora, todas ellas estimadas.

El acusado apeló la sentencia condenatoria dictada contra él por el Juzgado de lo Penal alegando error en la valoración de la prueba de los elementos del delito contra la integridad moral y la no concurrencia del dolo en el delito de lesiones, solicitando la aplicación del subtipo atenuado. El acusado alegó además la indebida punición de ambos delitos por separado, considerando consumido el delito de lesiones contra la integridad moral. Por su parte, la mercantil apeló la sentencia en lo atinente a la indemnización concedida a la víctima, por cuanto —según ella— el perjuicio sufrido ya había sido indemnizado por medio de las sentencias estimatorias recaídas en la vía social.

La Audiencia Provincial considera suficientemente probados los elementos del tipo contra la integridad moral (trato degradante, resultado lesivo de la integridad moral y reiteración en la acción típica), y entiende que la depresión reactiva que condujo a la declaración de incapacidad temporal de la víctima durante un plazo de 17 meses posee entidad suficiente como para justificar la aplicación del tipo básico de lesiones. Asimismo, habida cuenta que las lesiones psicológicas causadas a la víctima exceden de aquellas que pudieran ser inherentes al delito contra la integridad moral, es preceptiva su punición por separado en virtud de lo dispuesto en el artículo 177 del Código Penal. La Audiencia Provincial desestima igualmente los motivos aducidos por la mercantil, por entender que las indemnizaciones decretadas en las vías social y penal pretenden resarcir daños de distinta índole: material (compensación de la indebida reducción del sueldo) en el primer caso; y psicológico, en la vía penal.

Consideración del delito fiscal como delito antecedente del de blanqueo de capitales

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 5 de diciembre de 2012

El TS desestima el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 2ª) de 31 de marzo de 2011 que había condenado a uno de los acusados como autor de un delito continuado de blanqueo de capitales (art. 301 CP) y de un delito contra la Hacienda Pública (art. 305 CP).

El TS, en el fundamento de derecho número 37, expone la controversia relativa a la posibilidad de considerar el delito fiscal como delito antecedente en el blanqueo de capitales, es decir, si las

cuotas defraudadas a la Hacienda Pública pueden ser objeto material de un posterior delito de blanqueo de capitales. De considerarse el delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales, nos encontraríamos ante un concurso real de delitos. En caso contrario, estaríamos ante un concurso de normas que habría que resolver conforme a las reglas establecidas en el artículo 8 del CP. La sentencia hace una exposición de las dos líneas existentes, y sus argumentos, que se reproducen a continuación:

a) Los argumentos de quienes consideran que el delito fiscal no puede ser antecedente del delito de blanqueo de capitales son los siguientes:

- El delito de blanqueo exige que los bienes que se blanqueen procedan de un delito o tengan origen ilícito. Sin embargo, la cuota defraudada no se origina en el delito de fraude fiscal. En efecto, el origen de los fondos es lícito; cuestión distinta es que el patrimonio no disminuya por un incumplimiento de una obligación legal.
- Se produce una vulneración del principio de *non bis in idem*, pues el tipo del delito fiscal implica la posesión de la cuota tributaria defraudada.
- Se produce una pérdida de la orientación político-criminal que el delito de blanqueo de capitales poseía en sus orígenes (persecución de los bienes que proceden del tráfico de drogas, corrupción, crimen organizado, etc.), convirtiéndose en un instrumento de control y recaudación fiscal.

b) Los argumentos de quienes están a favor de que el delito fiscal puede ser antecedente del delito de blanqueo de capitales son los siguientes:

- El objeto del delito de blanqueo sería la cuota defraudada, no los rendimientos o base imponible que han motivado dicha cuota. Es decir, el delito fiscal se comete cuando se deja de ingresar lo debido y en la cuantía en la que se deja de ingresar lo debido. Esto (la cuota defraudada) es la ganancia del delito, no porque *entre* en el patrimonio del obligado tributario, sino porque *se mantiene* ilícitamente en él.
- Se vulneran diferentes bienes jurídicos protegidos: mientras que en el delito de blanqueo se vulnera el orden socioeconómico, esto es, «*la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes*», o bien «*la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía*», en el delito fiscal prevalece la protección a la Hacienda Pública, en el sentido de que «*la carga tributaria se realice con los modos fijados en la Ley*», protegiéndose «*el proceso de recaudación de ingresos y de distribución de los mismos en el gasto público*».

El TS se inclina por esta última postura. Destacamos alguno de los argumentos que motivan su decisión, además de los inmediatamente anteriores:

a) Se acude al Derecho comparado para analizar la situación jurídica en otros países que ya se han pronunciado a favor de admitir el fraude fiscal como antecedente del delito de blanqueo.

b) Además, se considera que la cuota tributaria procede del delito fiscal, aunque no entre en el patrimonio del autor del delito fiscal porque se mantiene ilícitamente. Acude a la teoría de la causalidad (si se suprime mentalmente la actividad previa, esa cantidad de dinero habría desaparecido del patrimonio del individuo).

En definitiva, se considera que la cuota defraudada constituye un bien en el sentido del artículo 301 del CP y, por tanto, que el delito fiscal es antecedente del delito de blanqueo de capitales. Se castiga así al acusado por ambos delitos en concurso real.

Finalmente, cabe señalar el voto particular emitido en esta sentencia por el magistrado Antonio del Moral García, quien considera que el delito fiscal no puede ser antecedente del delito de blanqueo de capitales con base en dos argumentos fundamentales:

(i) Por un lado, el argumento del objeto material anteriormente mencionado («*solo pueden servir de presupuesto del delito de blanqueo de capitales por tanto los delitos idóneos para «generar» bienes o ganancias en sentido material. Una «no pérdida» es diferente a una ganancia*»).

(ii) Por otro lado, en caso de admitir el autoblanqueo derivado de un fraude tributario, será difícil justificar la no persecución por el delito de blanqueo a aquellos individuos que se

hubiesen acogido a la exención de responsabilidad penal por regularización de la situación tributaria regulada en el art. 305 CP.

[Portugal]

Crime de Abuso de Confiança Fiscal - Suspensão de Execução de Pena de Prisão - Uniformização de Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2012, de 24 de outubro de 2012

O presente recurso foi interposto com fundamento na oposição entre um acórdão proferido pelo TRP, em 2 de dezembro de 2010, que confirmou a condenação do recorrente por crime de abuso de confiança fiscal, e um acórdão do STJ, proferido em 23 de outubro de 2003 relativamente a uma situação similar.

A questão apreciada pelo STJ consiste em saber se, ao condenar por crime de abuso de confiança fiscal, escolhida a pena de prisão e determinada a suspensão da respetiva execução e estando esta sempre subordinada ao pagamento do imposto em dívida e acréscimos legais, o juiz deve ou não ponderar a capacidade do condenado em pagar a quantia condicionante da suspensão da execução da pena de prisão e se a falta dessa ponderação gera nulidade por omissão de pronúncia.

Em síntese, o STJ apreciou se há omissão de pronúncia sempre que um Tribunal não realize um juízo de prognose sobre a capacidade do condenado em pagar as quantias exigidas para que opere a suspensão da execução da pena de prisão, antes de decidir qual a pena a aplicar.

Antes de tomar posição sobre o tema, o STJ faz uma resenha da evolução legislativa relativa ao crime de abuso de confiança fiscal e à suspensão da execução da pena de prisão, abordando os pressupostos da suspensão, a aposição de condição à suspensão da execução da pena, a exigência de critérios de razoabilidade e o enquadramento jurídico-tributário da suspensão da execução da pena.

No acórdão em apreço, o STJ entende que a imposição ao tribunal da apreciação da situação económica do arguido implica que o tribunal tome esse aspeto em linha de conta ao decidir qual o tipo de pena a aplicar. Deste modo, a incapacidade do arguido para pagar as somas de que depende a suspensão da execução da pena de prisão funciona como limite à própria aplicação de pena suspensa, devendo o tribunal ponderar essa capacidade antes de determinar a pena aplicável. Em consequência, a omissão de tal juízo de prognose acarreta a nulidade da decisão.

Em conclusão, o pleno das secções criminais do STJ uniformizou jurisprudência no sentido de que «a suspensão da execução da pena de prisão (...) obrigatoriamente condicionada (...) ao pagamento ao Estado da prestação pecuniária e legais acréscimos, reclama um juízo de prognose de razoabilidade acerca da satisfação dessa condição legal por parte do condenado, tendo em conta a sua concreta situação económica, presente e futura, pelo que a falta desse juízo implica nulidade da sentença por omissão de pronúncia».

Suspensão e Interrupção da Prescrição - Notificação da Acusação Particular

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 445/2012, de 16 de novembro de 2012

O TC julgou não-inconstitucional a interpretação dos artigos 120.º, n.º 1, alínea b), e 121.º, n.º 1, alínea b), ambos do CP, segundo a qual a prescrição do procedimento criminal não se suspende nem interrompe com a notificação da acusação particular, se esta não for acompanhada pela acusação do Ministério Público.

A decisão em apreço foi proferida no âmbito do recurso interposto de um acórdão proferido pelo TRL, no qual se entendeu que o procedimento criminal em causa estava prescrito, uma vez que, embora nem alínea b) do n.º 1 do artigo 120.º, nem a alínea b) do n.º 1 do artigo 121.º, ambos do CP, estabeleçam qualquer distinção quanto à eficácia suspensiva ou interruptiva da acusação em função da sua natureza (pública ou particular), tal «distinção resulta quer da natureza jurídico-penal substantiva da prescrição, quer da caracterização da figura do assistente», pelo que «só a declaração do Ministério Público a acompanhar a acusação particular é que tem eficácia como causa interruptiva ou suspensiva da prescrição».

Para os recorrentes, tal interpretação viola o direito do ofendido a participar no procedimento criminal, consagrado no artigo 32.º, n.º 7, da CRP, em conjugação com o princípio da proporcionali-

dade, consagrado no artigo 18.º, n.º 2, deste diploma, o que se traduz numa restrição do acesso ao direito para defesa dos seus direitos de forma equitativa e afronta o artigo 20.º da lei fundamental.

Porém, o TC entendeu que a interpretação do TRL não era inconstitucional pelos seguintes motivos.

Em primeiro lugar, a interpretação em causa não viola o princípio da igualdade, pois não só as estruturas organizatórias do Estado não são reconduzíveis à condição de «cidadão», para efeitos de aplicação deste princípio, como, no processo penal, nunca se poderia comparar a posição do assistente, como sujeito processual, com a do Ministério Público. Acontece que o princípio da igualdade não é sobretudo aplicável pelo facto de não estar em causa o confronto processual entre sujeitos com pretensões contrapostas, mas antes a conformação dos efeitos substantivos de determinada atuação processual.

Em segundo lugar, no que diz respeito à alegada restrição do acesso do ofendido ao Direito e à tutela jurisdicional efetiva, mediante processo equitativo, conferido pelo artigo 20.º, n.º 1 e 4, da CRP, vale igualmente o que se disse no parágrafo anterior, isto é, o que está em causa não é uma «igualdade de armas» em pretensões contrapostas, mas a determinação de efeitos substantivos da ação penal e aqui a diferenciação de tratamento da acusação pode encontrar guarda no próprio estatuto e função constitucionalmente atribuída ao Ministério Público.

De facto, o TC considerou que a configuração constitucional do processo penal - cabendo ao Ministério Público a titularidade da ação penal orientada pelo princípio da legalidade - e a natureza maioritariamente substantiva da prescrição são fundamentos bastantes para só se atribuir efeito interruptivo ou suspensivo da prescrição à afirmação da vontade de perseguição penal que seja assumida em nome do Estado, pelo Ministério Público. Por isso, a posição desequilibrada em que o ofendido fica não viola o princípio do «justo processo» ou do «processo equitativo», razão pela qual fica protegida a efetividade da tutela jurisdicional através do processo penal.

Uniformização de Jurisprudência - Julgamento na Ausência do Arguido

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 9/2012, de 10 de dezembro de 2012

O presente recurso foi interposto com fundamento na oposição entre um acórdão proferido pelo TRL, em 4 de maio de 2011, e um acórdão do STJ, proferido em 24 de outubro de 2007.

A questão apreciada pelo STJ consiste em saber se o tribunal pode iniciar o julgamento e condenar o arguido na sua ausência sem previamente tomar as medidas necessárias para assegurar a sua comparência caso (i) o arguido tenha sido regularmente notificado da data da audiência e (ii) o tribunal não considere a presença do arguido indispensável à descoberta da verdade material.

Antes de tomar posição sobre o tema, o STJ faz uma resenha da evolução legislativa do regime da dispensa da presença do arguido em audiência de julgamento, concluindo que o legislador procurou, a partir de 1997, superar o impasse provocado pela regra da obrigatoriedade absoluta da presença do arguido, de modo a promover uma maior celeridade e eficiência na administração da justiça penal. A evolução legislativa foi, assim, no sentido de passar a admitir a realização de julgamentos na ausência do arguido.

O STJ conclui que a presença do arguido na audiência de julgamento não é um princípio absoluto, mas antes um direito disponível do arguido, que este, enquanto sujeito processual autónomo e plenamente responsável, exercerá como entender. Se o tribunal fosse obrigado a «tomar as medidas necessárias para obter a comparência do arguido» apesar de entender que a sua presença não é indispensável para a descoberta da verdade material, estaria a impor ao arguido um tipo de defesa que ele não quis, o que se afigura inadmissível em face do estatuto do arguido enquanto sujeito processual livre e autónomo.

Em conclusão, o pleno das secções criminais do STJ (com sete votos de vencido) uniformizou jurisprudência no sentido de que «notificado o arguido da audiência de julgamento por forma regular, e faltando injustificadamente à mesma, se o tribunal considerar que a sua presença não é necessária para a descoberta da verdade, nos termos do n.º 1 do artigo 333.º do CPP, deverá dar início ao julgamento, sem tomar quaisquer medidas para assegurar a presença do arguido, e poderá encerrar a audiência na primeira data designada, na ausência do arguido, a não ser que o seu defensor requeira que ele seja ouvido na segunda data marcada, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo».

PROPIEDAD INTELECTUAL, INDUSTRIAL Y COMPETENCIA DESLEAL*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Nuevo marco jurídico para las obras huérfanas

Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas (DOUE de 27 de octubre de 2012)

La Directiva 2012/28/UE establece un marco jurídico para favorecer la digitalización y divulgación de las obras huérfanas, entendiéndose por tales aquellas en las que ninguno de los titulares de los derechos está identificado —o, de estarlo, no está localizado a pesar de haberse efectuado una búsqueda diligente en los términos señalados en la propia norma— y cuya primera publicación, radiodifusión o puesta a disposición del público se haya realizado en el territorio de un Estado miembro.

En particular, la Directiva obliga a los Estados miembros a prever excepciones o limitaciones a los derechos de reproducción y puesta a disposición del público con el fin de que las bibliotecas, centros de enseñanza y museos, accesibles al público, así como los archivos, organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y los organismos públicos de radiodifusión, puedan poner a disposición del público las obras huérfanas y reproducirlas a efectos de su digitalización, puesta a disposición del público, indexación, catalogación, conservación o restauración.

Adicionalmente, impone a los Estados miembros el deber de velar por que los titulares de derechos sobre las obras huérfanas puedan en todo momento poner fin a dicha condición de obra huérfana.

Los Estados miembros deben llevar a cabo la transposición de la Directiva 2012/28/UE no más tarde del día 29 de octubre de 2014.

[España]

Nuevo procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado

Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (BOE de 8 de diciembre de 2012)

La disposición adicional décima del Real Decreto Ley, de 30 de diciembre de 2011, suprimió el sistema de compensación equitativa por copia privada previsto en el artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y encargó al Gobierno que estableciera reglamentariamente el nuevo procedimiento de pago de la compensación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

En cumplimiento de este mandato, el presente Real Decreto regula el procedimiento y los criterios objetivos para la determinación de la cuantía anual de la compensación equitativa por copia privada, en atención al perjuicio causado a los titulares, así como el procedimiento de liquidación y pago a los perceptores de la compensación.

* Esta sección ha sido coordinada por Agustín González. Para su elaboración ha contado con la colaboración de Núria Porxas, Carles Vendrell, Miguel de la Iglesia, Ainhoa García, Francisco Javier García y Nora Oyarzábal, de las Áreas de Derecho Procesal y de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

La norma mantiene las categorías de titulares beneficiarios establecidas en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, así como la distribución de la compensación entre estas categorías de titulares.

La compensación se seguirá haciendo efectiva a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, que deberán dedicar un 20% del importe de la compensación a la promoción de actividades de carácter asistencial en beneficio de sus socios y a la realización de actividades de formación y promoción de autores y artistas, intérpretes o ejecutantes.

Finalmente, el Real Decreto establece un régimen transitorio que afecta a las compensaciones satisfechas antes de la supresión del régimen anterior.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

El derecho a emitir resúmenes de acontecimientos de gran interés público no vulnera la libertad de empresa

Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de enero de 2013 en el asunto Sky Österreich GmbH contra Österreichischer Rundfunk (as. C-283/11)

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

Prácticas comerciales agresivas. Publicidad directa con premios (sweepstakes). Irrelevancia del carácter engañoso. Prohibición de hacer incurrir en cualquier coste al destinatario del premio

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de octubre de 2012 (as. C-428/11)

El origen de esta sentencia se encuentra en la cuestión prejudicial formulada por la Corte de Apelaciones de Inglaterra y de País de Gales acerca de la interpretación del apartado 31 del anexo I de la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales (la «Directiva 2005/29»). En esta disposición, el legislador comunitario recoge como práctica comercial agresiva *per se* (esto es, en todo caso y en cualquier circunstancia) la conducta consistente en «*crear la impresión falsa de que el consumidor ha ganado ya, ganará, o conseguirá si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente, cuando en realidad: no existe tal premio o ventaja equivalente, o la realización de una acción relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a la obligación, por parte del consumidor, de efectuar un pago o incurrir en un gasto*».

En particular, en el pleito inglés de origen, la *Office of Fair Trading* británica demandó en los tribunales ingleses a cinco empresas especializadas en publicidad directa y, más en particular, en algunas de las denominadas *sweepstakes*, es decir, prácticas comerciales donde el oferente comunica al destinatario la obtención de un premio en un concurso en el que no ha participado, para cuya obtención se revela necesario incurrir en determinados costes. En los casos considerados, las demandadas ofrecían premios (relojes, viajes, etc.), para cuya efectiva obtención el premiado debía hacer frente a costes de envío postal o a costes telefónicos.

Las dudas suscitadas por la Corte de Apelaciones son dos. Por un lado, el tribunal plantea la duda de si la referencia en el apartado 31 del anexo I de la Directiva 2005/29 a la *creación o generación de una impresión falsa* obliga al intérprete a considerar el eventual carácter engañoso de la práctica comercial. De ello, se desprendía una consecuencia importante para el caso inglés analizado (y, en general, para el enjuiciamiento de esta práctica comercial agresiva, que, en nuestro ordenamiento, se encuentra recogida en el art. 22.6 de la Ley de Competencia Desleal): si el demandado es capaz de acreditar que, por la información facilitada en su oferta al destinatario, resulta posible descartar razonablemente el carácter engañoso del premio (porque el consumidor conoce razonablemente que su obtención está vinculada a determinados costes), no se produciría el supuesto de hecho de la práctica comercial agresiva prohibida. El TJUE descarta, no obstante, esta interpretación: de acuerdo con una interpretación literal y sistemática de la norma, la «*impresión falsa*» no es un presupuesto del ilícito, sino la consecuencia de su supuesto de hecho.

Es importante señalar que la interpretación realizada por el TJUE deja en una situación extraña a aquellos ordenamientos que —como el alemán o el nuestro (*cf.* art. 22.6 de Ley de Competencia Desleal)— decidieron, al transponer la ilicitud de esta práctica, encuadrarla como prácticas engañosas. Si bien no sea probablemente necesario realizar ajustes en la redacción y sistemática del artículo 22.6 de la Ley de Competencia Desleal, sí resultará indispensable considerar la presente sentencia del TJUE para interpretar y aplicar correctamente su contenido.

Por otro lado, el TJUE también responde a una segunda cuestión formulada por el tribunal inglés, relativa a si la prohibición de imponer un gasto al consumidor que ha sido premiado debe entenderse en el sentido de que se prohíbe cualquier gasto, aunque este sea insignificante. La respuesta del TJUE es igualmente clara: se prohíbe el más mínimo gasto. Ahora bien, en su respuesta el TJUE realiza un matiz de interés: en la prohibición quedan comprendidos tanto los costes derivados de la obtención de información como los costes derivados de la recogida del premio; pero, a fin de determinar los costes relacionados con el premio que quedan comprendidos en él, el oferente tiene una obligación de facilitar información clara y adecuada. Dicho con la ayuda de uno de los ejemplos manejados por el TJUE: un premio consistente en una «entrada» para un partido de fútbol no comprende el coste de traslado al estadio; pero un premio consistente en «asistir a un partido de fútbol», en cambio, sí habría de incluir ese coste.

Prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia. Interpretación. Venta en liquidación

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de enero de 2013 (as. C-206/11)

El Sr. Köck, comerciante establecido en Innsbruck (Austria), publicó en un periódico la «liquidación total» de las mercancías de su establecimiento e hizo publicidad de ello delante de dicho establecimiento mediante carteles sobre soportes y con adhesivos. Junto a la expresión «liquidación total», utilizó también fórmulas como «¡Todo tiene que salir!» y «hasta 90% de descuento». La Asociación para la Defensa Contra la Competencia Desleal («ADCCD») ejercitó una acción de cesación y de publicación de sentencia contra la publicidad realizada por el Sr. Köck porque no había recabado la autorización previa de la autoridad administrativa del distrito, tal y como requieren los artículos 33a y siguientes de la Ley austríaca contra la competencia desleal (la «UWG»).

Considerando que la solución del litigio principal dependía de la interpretación de las disposiciones de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (la «Directiva»), el Oberster Gerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE una cuestión prejudicial sobre si la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un órgano jurisdiccional nacional ordene el cese de una práctica comercial por el único motivo de que esta no ha sido objeto de una autorización previa de la Administración competente, sin haber procedido no obstante el propio órgano jurisdiccional a una apreciación del carácter desleal de la práctica.

El TJUE establece que las comunicaciones comerciales de «venta en liquidación» están incluidas dentro del concepto de «prácticas comerciales» recogido por el artículo 2.d) de la Directiva, puesto que estas se definen como «*todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores*».

En segundo lugar, el TJUE analiza si los artículos 33b y 34.3 de la UWG están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva. El TJUE determina que únicamente se excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva aquellas normativas nacionales relativas a prácticas comerciales desleales que menoscaben «*sólo*» los intereses económicos de los competidores o que se refieran a una transacción entre comerciantes. Así, el TJUE concluye que las disposiciones nacionales objeto de debate en el presente caso son medidas destinadas a luchar contra las prácticas comerciales desleales en interés de los consumidores y, por lo tanto, están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva.

Establecido lo anterior, el TJUE entra a analizar si la Directiva se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal.

Según jurisprudencia consolidada, las únicas prácticas comerciales que pueden considerarse desleales con arreglo a la normativa nacional sin necesidad de un examen pormenorizado que atienda a lo dispuesto en los artículos 5 a 9 de la Directiva son las que figuran en el anexo I de esa misma norma. Ahora bien, una práctica comercial consistente en el anuncio de una venta en liquidación como la contemplada en el artículo 33a, apartado 1, de la UWG, utilizada por un profesional que no dispone de una autorización previa de la Administración competente para hacerlo, no puede considerarse incluida, en cuanto a tal, en las prácticas enumeradas en el anexo I de la Directiva. En la medida en que no esté comprendido en el anexo I de la Directiva, el anuncio de una venta en liquidación utilizado por un comerciante que no dispone de autorización previa no puede ser considerado desleal en cualquier circunstancia.

Así, el TJUE establece que la Directiva se opone a una normativa nacional que excluye el control, a la luz de los criterios establecidos en los artículos 5 a 9 de dicha Directiva, de una práctica comercial no contemplada en su anexo I. Por otra parte, el TJUE determina que es incompatible con el régimen establecido por la Directiva una normativa nacional en cuya virtud la mencionada práctica desleal solo se somete al examen de su carácter desleal con posterioridad a la prohibición prevista en caso de incumplimiento de la obligación de obtener autorización previa, de modo que, dada su naturaleza, y especialmente debido al factor tiempo inherente a ella, dicha práctica quedaría privada de todo sentido económico para el comerciante.

Así pues, una normativa nacional como la analizada supondría imponer una prohibición general de las prácticas comerciales utilizadas en el marco de un régimen particular, sin haber apreciado ni siquiera el carácter potencialmente desleal de estas.

[España]

No es necesario que el software haya sido licenciado para que el titular pueda basar la indemnización en el criterio de la regalía hipotética

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, de 20 de marzo de 2012

La demandante, titular de un *software* para el funcionamiento de los sistemas de navegación por satélite, formula recurso de apelación contra la sentencia de instancia que estimó la infracción de sus derechos propiedad intelectual por razón de la explotación incontestada por el demandado del *software*, pero que, sin embargo, desestimó la pretensión indemnizatoria de la demandante que había sido cuantificada en aplicación del criterio de la regalía hipotética. El motivo por el que la sentencia de instancia rechazó la pretensión indemnizatoria consistía en que no habían sido acreditadas las bases para el cálculo de la indemnización, pues la demandante no licencia habitualmente su *software*.

Declara la Audiencia Provincial que la doctrina general sobre la probanza por quien reclama, tanto de la existencia del daño como de su importe, tiene una excepción en la propia jurisprudencia, la cual estima correcta la presunción de existencia de daño cuando se produce una situación en que la existencia del daño se deduce necesaria y fatalmente del ilícito o del incumplimiento, o son consecuencia forzosa, natural e inevitable, o daños incontrovertibles, evidentes o patentes. Se trata de situaciones en que «habla la cosa misma» (*ex re ipsa*), de modo que no hace falta prueba, porque la realidad actúa incontestablemente por ella.

En consecuencia, la sentencia estima el recurso de apelación al considerar que el criterio seleccionado por el actor para la cuantificación del perjuicio, el de la regalía hipotética, no depende de constatación previa de que el perjudicado haya concedido previamente licencias a terceros.

La inversión sustancial que hace que una base de datos sea protegible debe referirse a la recopilación y presentación de la información, y no a su generación

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

Una compañía aérea demandó a una agencia de viajes *online* que, mediante una herramienta informática denominada *screen scraping*, accedía a la página web de la aerolínea y ofrecía directamente a los consumidores la contratación de sus vuelos.

Tanto la demanda como el recurso de apelación de la aerolínea fueron desestimados. El TS desestima igualmente el recurso de casación. El debate se centraba en determinar si habían sido infringidos los derechos de la aerolínea sobre una supuesta base de datos accesible desde su página web.

El TS declara que era un hecho probado a los efectos del procedimiento que la página web de la aerolínea no contenía una base de datos y que no es objeto de casación la revisión de la base fáctica de las sentencias recurridas. No obstante, el TS responde a las alegaciones vertidas por la recurrente y apoya las decisiones de los tribunales recurridos al entender, en primer lugar, que no había sido declarada la originalidad de la estructura que permitiera la protección de la supuesta base de datos por derechos de autor. En segundo lugar, descarta la existencia de una base de datos protegida por derechos *sui generis*, pues la inversión sustancial que es requisito necesario para la protección por esta vía debe referirse a los recursos consagrados a la búsqueda de elementos independientes ya existentes y a su recopilación en la base de datos, con exclusión de los recursos utilizados para la propia creación de los elementos independientes. En este caso, las inversiones habrían ido dirigidas a la creación de un *software* que permitiera generar la información.

Imposible aplicación de los términos de uso de una web de vuelos a prácticas de screen scraping. Inexistencia de base de datos susceptible de protección. Aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno: inexistencia, falta de extracción de datos

Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 2012

La agencia de viajes *online* fue demandada por una conocida compañía aérea de bajo coste por considerar que (i) había incumplido los términos y condiciones de uso de su página web; (ii) había infringido sus derechos de autor sobre el *software* desarrollado para generar los precios de los vuelos de la compañía aérea, así como su derecho *sui generis* sobre tal base de datos de vuelos; y (iii) había cometido actos de competencia desleal de los previstos en los artículos 5, 11.2 y 12 de la Ley de Competencia Desleal.

Tras ser desestimadas las pretensiones de la demandante en primera y segunda instancias, la compañía aérea interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo sobre la base de tres motivos:

(i) En primer lugar, sostuvo la recurrente que la utilización de su web por parte de la agencia de viajes para captar datos de vuelos supone necesariamente la previa celebración de un contrato en las condiciones impuestas por la compañía aérea. Esta mantuvo que hay uso efectivo de su web por dos causas: por un lado, por la propia técnica de navegación utilizada por la agencia de viajes (*browse-wrapping*); y, por otro lado, y más allá de la mera navegación, porque es la agencia de viajes la que acepta las condiciones de uso mediante click en nombre del cliente (*click-wrap*). En consecuencia, la compañía aérea consideró errónea la conclusión alcanzada por la Audiencia Provincial de Barcelona cuando afirmó que las condiciones de uso publicadas por la compañía aérea en su web no son oponibles a la agencia de viajes.

(ii) En segundo lugar, mantuvo la recurrente que su página web contiene una base de datos de vuelos susceptible de tutela vía el derecho *sui generis* de los fabricantes de bases de datos, toda vez que es indiscutible la inversión sustancial realizada en la obtención, verificación y presentación de tales datos. Por consiguiente, y siempre solo según la compañía aérea, la utilización no autorizada por parte de la agencia de viajes de una parte cuantitativa y cualitativamente sustancial de la base habría infringido su derecho *sui generis*.

(iii) En tercer lugar, la compañía aérea mantuvo que la técnica del *screen scraping* utilizada por la agencia de viajes para captar los datos de los vuelos y el cobro de un «sobreprecio» son actos de competencia desleal por aprovechamiento indebido del esfuerzo competitivo realizado por la recurrente.

En relación con el primero de los motivos, el TS considera que no ha quedado desvirtuado que, tal y como declara la sentencia recurrida, la agencia de viajes no ha prestado consentimiento al contrato. El TS se considera vinculado por esta declaración de la Audiencia Provincial y manifiesta que, por lo tanto, es inaplicable la doctrina de la declaración de voluntad jurídico-negocial mediante actos concluyentes socialmente típicos, usual en el tráfico en masa, que no permite negar el consentimiento exteriorizado mediante el comportamiento. En cualquier caso, no deja de señalar también el TS que no puede confundirse la infracción de un contrato con la actuación de quien, con rechazo de las condiciones impuestas por el titular de la web y por vía de hecho, facilita a los consumidores el acceso directo a ciertos contenidos sin necesidad de seguir el itinerario de navegación diseñado por su titular.

El TS desestima el segundo de los motivos porque no existe una verdadera base de datos, sino un programa de ordenador que permite obtener la información solicitada, al generarla sobre la base de ciertos parámetros previamente introducidos. Es más, aun cuando hipotéticamente se considerara que sí existe una base de datos, esta no podría ser susceptible de tutela por derecho de autor —por no ser original su estructura— ni vía el derecho *sui generis* del fabricante —al no haber acreditado la compañía aérea que realizó una inversión sustancial en la obtención, verificación o presentación de los datos—.

Finalmente, el TS desestimó el tercero de los motivos, ya que, al no existir base de datos, no puede existir extracción de datos. De hecho, el motivo planteado dista de la cuestión resuelta en la sentencia de la Audiencia Provincial y así lo pone de manifiesto el TS al negarse a entrar en el fondo.

SALUD Y ALIMENTACIÓN*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Farmacovigilancia

Reglamento 1027/2012/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 726/2004 en lo referente a la farmacovigilancia (DOUE de 14 de noviembre de 2012)

Este Reglamento modifica el Reglamento (CE) nº 726/2004 en lo referente a la farmacovigilancia de los medicamentos para uso humano autorizados por el procedimiento. Se reconoce que los Estados miembros por sí solos no pueden, de manera suficiente, adoptar medidas dirigidas a mejorar la seguridad de los medicamentos autorizados a nivel centralizado. Por este motivo se adoptan, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, varias medidas dirigidas a establecer normas comunitarias específicas sobre farmacovigilancia, mejorando así la seguridad de los medicamentos para uso humano.

Entre las medidas adoptadas, el nuevo artículo 14 *ter* establece que el titular de la autorización de comercialización notificará, de forma inmediata a la Agencia Europea de Medicamentos, cualquier acción que emprenda para suspender la comercialización de un medicamento, retirar un medicamento del mercado, pedir la retirada de una autorización de comercialización o no solicitar la renovación de una autorización de comercialización, indicando las razones de la acción.

— *Directiva 2012/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se modifica la Directiva 2001/83/CE en lo referente a la farmacovigilancia (DOUE de 27 de octubre de 2012)*

En línea con el Reglamento anterior, la Directiva tiene por objeto armonizar determinadas normas estatales sobre farmacovigilancia en relación con los medicamentos autorizados a nivel nacional por el procedimiento descentralizado o de reconocimiento mutuo. Con dicho fin se modifican varios preceptos 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 medicamen-

* Esta sección ha sido redactada por José Solís García y Antonio Javier Montoro Moreno, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

tos para uso humano. Se revisan, en particular, los procedimientos establecidos en la Unión para garantizar que los asuntos relacionados con la farmacovigilancia se evalúan y abordan en todos los Estados miembros en los que se ha autorizado el medicamento.

Reconocimiento de recetas médicas

Directiva de ejecución 2012/52/UE de la Comisión de 20 de diciembre de 2012 por la que se establecen medidas para facilitar el reconocimiento de las recetas médicas expedidas en otro Estado miembro (DOUE de 22 de diciembre de 2012)

Esta Directiva establece medidas para la aplicación uniforme del artículo 11, apartado 1º, de la Directiva 2011/24/UE, sobre el reconocimiento de las recetas médicas expedidas en un Estado miembro y dispensadas en otro. Así, entre otras cuestiones, se establece el contenido mínimo que deberá constar en las rectas expedidas en los Estados miembros. El plazo para trasponer esta Directiva termina el 25 de octubre de 2013.

Directrices para el cumplimiento de la normativa relativa a las declaraciones de propiedades saludables

Decisión de ejecución de la Comisión, de 24 de enero de 2013, por la que se adoptan directrices para la aplicación de las condiciones específicas relativas a las declaraciones de propiedades saludables establecidas en el artículo 10 del Reglamento (CE) nº 1924/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 25 de enero de 2013)

La decisión de ejecución introduce directrices y aclaraciones para facilitar el cumplimiento de las disposiciones relativas al uso de declaraciones de propiedades saludables, contextualizándolas y explicando en qué modo interactúan con el resto de disposiciones comunitarias relevantes de aplicación.

[España]

Prescripción y dispensación de medicamentos estupefacientes

Real Decreto 1675/2012, de 14 de diciembre, por el que se regulan las recetas oficiales y los requisitos especiales de prescripción y dispensación de estupefacientes para uso humano y veterinario (BOE de 29 de diciembre de 2012)

El Real Decreto tiene por objeto (i) regular las características de las recetas oficiales de estupefacientes tanto de uso humano como veterinario, establecer los requisitos para la prescripción y dispensación de los medicamentos estupefacientes, y determinar las obligaciones de intercambio de información relativa a sus movimientos.

El Real Decreto es de aplicación a todas las actuaciones relacionadas con la prescripción y dispensación de medicamentos, tanto de uso humano como de uso veterinario, que contengan sustancias estupefacientes incluidas en la Lista I de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y ulteriores modificaciones, así como las que a nivel nacional sean consideradas reglamentariamente como tales. Se establecen en este Real Decreto los requisitos, formato y condiciones de prescripción y dispensación tanto para la receta oficial de estupefacientes de uso humano como para la receta oficial de estupefacientes para uso veterinario.

Las recetas oficiales de dispensación estarán sometidas a un sistema específico de control. Entre otras medidas, se regula la obligación de todas las entidades que fabriquen, distribuyan o dispensen sustancias o medicamentos estupefacientes a disponer de un libro de contabilidad de estupefacientes en el que anotarán todos los movimientos que se produzcan y a mantenerlo actualizado en todo momento.

Productos dietéticos. Factor común de facturación

Orden SSI/2366/2012, de 30 de octubre, por la que se establece el factor común de facturación de la prestación con productos dietéticos (BOE de 3 de noviembre de 2012)

En cumplimiento de las previsiones del 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, esta Orden determina los coeficientes de corrección que permiten el cálculo del importe de facturación de los productos dietéticos incluidos en la oferta del Sistema Nacional de Salud cuando se dispensan en oficinas de farmacia. Estos coeficientes de

corrección comprenden los márgenes de distribución, incluido el margen profesional de las oficinas de farmacia.

Se trata de que el importe de facturación de los productos dietéticos sea homogéneo en todo el territorio nacional, a diferencia de lo que venía ocurriendo con anterioridad. Hasta ahora el precio de facturación era distinto en función del ámbito de gestión (Comunidades Autónomas, INGESA y mutualidades de funcionarios).

El coeficiente de corrección que debe aplicarse al precio de oferta de los productos dietéticos es de 1,216012 para los productos cuyo precio de oferta es inferior a 100 euros, de 1,202501 si es de entre 100 y 200 euros, y de 1,176360 si es mayor de 200 euros. A este coeficiente de corrección deberá añadirse el impuesto correspondiente en función del territorio.

Medicamentos. Aportación de los beneficiarios

Resolución de 21 de enero de 2013, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se procede a la actualización de la cuantía máxima correspondiente a los medicamentos pertenecientes a los grupos ATC de aportación reducida, y se actualizan los límites máximos de aportación mensual para las personas que ostenten la condición de asegurado como pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios en la prestación farmacéutica ambulatoria (BOE de 31 de enero de 2013)

Esta Resolución fija en 4,20 euros la aportación máxima de los beneficiarios para los medicamentos y productos sanitarios pertenecientes a los grupos declarados de aportación reducida. La misma aportación máxima se aplicará a la participación en el pago a satisfacer por los enfermos de sida de los medicamentos financiados por el Sistema Nacional de Salud dispensados por medio de receta oficial.

Se actualizan también los límites máximos de aportación mensual para las personas que ostenten la condición de asegurados como pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios según la renta consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que habían sido introducidos mediante el Real Decreto-ley 16/2012:

- a) Renta inferior a 18.000 euros: límite máximo de aportación mensual de 8,14 euros.
- b) Renta igual o superior a 18.000 euros e inferior a 100.000: límite máximo de aportación mensual de 18,32 euros.
- c) Renta superior a 100.000 euros: límite máximo de aportación mensual de 61,08 euros.

Andalucía. Prestación farmacéutica

Resolución de 20 de diciembre de 2012, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se anuncia convocatoria para la selección de medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia de Andalucía, cuando sean prescritos o indicados por principio activo en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud (BOJA de 24 de diciembre de 2012)

Resolución del Director Gerente del Servicio Andaluz de Salud, de 1 de febrero de 2013, por la que se aprueba el listado de medicamentos seleccionados, correspondientes a la convocatoria efectuada mediante la Resolución de 20 de diciembre de 2012

En el número 31 de *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* se incluyó una reseña sobre el Decreto-ley 3/2011, de 13 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía. Aquel Decreto-ley introducía un sistema de convocatorias para la selección de los medicamentos y productos sanitarios a dispensar por las oficinas de farmacia cuando se les presentase una receta médica oficial u orden de dispensación, en la que el medicamento o producto correspondiente se identificara exclusivamente por su denominación genérica o por la denominación oficial de sus principios activos.

En este contexto, la Resolución de 20 de diciembre de 2012, publicada en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* el día 24 de diciembre de 2012, convoca la segunda convocatoria del sistema de selección de medicamentos definido en el Decreto-ley 3/2011 para un total de 330 principios activos.

Esta segunda convocatoria ha sido dictada con posterioridad a que el Tribunal Constitucional levantara la suspensión cautelar de la resolución que fijaba los términos de la primera convocatoria de selección de medicamentos y del artículo único del Decreto-ley 3/2011, como consecuencia de la admisión a trámite de los recursos por conflicto positivo de competencias y recurso de inconstitucionalidad, respectivamente, presentados por el Gobierno del Estado. Es necesario destacar en este punto que el Tribunal Constitucional no ha entrado a analizar el fondo de la cuestión, esto es, la legalidad o no del Decreto-ley 3/2011. El Tribunal Constitucional se pronuncia simplemente sobre la pertinencia o no de mantener la suspensión cautelar.

Asimismo, la Resolución del Director Gerente del Servicio Andaluz de Salud, de 1 de febrero de 2013, publica el listado de medicamentos seleccionados, correspondientes a la segunda convocatoria efectuada mediante la Resolución de 20 de diciembre de 2012.

Biobancos

Decreto 1/2013, de 8 de enero, por el que se regula la autorización para la constitución y funcionamiento de Biobancos con fines de investigación biomédica y se crea el Registro de Biobancos de Andalucía y el Biobanco del Sistema Sanitario Público de Andalucía (BOJA de 10 de enero de 2013)

Este Decreto tiene por objeto (i) determinar el procedimiento para conceder la autorización de la constitución y funcionamiento de biobancos con fines de investigación biomédica en la Comunidad Autónoma de Andalucía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 del Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre, por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para la investigación biomédica; (ii) la creación del Registro Andaluz de biobancos con fines de investigación biomédica; y (iii) la creación del Biobanco del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Impuesto sobre el valor añadido de los productos sanitarios

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), de 17 de enero de 2013 (as. C-360/2011)

La sentencia resuelve un recurso interpuesto por la Comisión Europea contra el Reino de España por incumplimiento de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del IVA. En particular, se cuestiona si es conforme a la Directiva la aplicación de un tipo reducido del IVA a (i) las sustancias medicinales susceptibles de ser utilizadas habitual e idóneamente en la obtención de medicamentos; (ii) los productos sanitarios, el material, los equipos o el instrumental que, objetivamente considerados, solamente pueden utilizarse para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias del hombre o de los animales, pero que no son utilizados normalmente para aliviar o tratar deficiencias, para uso personal y exclusivo de minusválidos; (iii) los aparatos y complementos susceptibles de destinarse esencial o principalmente a suplir las deficiencias físicas de los animales; y (iv) los aparatos y complementos esencial o principalmente utilizados para suplir las deficiencias del hombre pero que no se destinan al uso personal y exclusivo de los discapacitados.

El Tribunal de Justicia concluye que la aplicación de un tipo reducido del IVA a las anteriores categorías de productos es contraria al artículo 98, en relación con el anexo III, de la mencionada Directiva.

[España]

Distribución de medicamentos por la oficina de farmacia

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de diciembre de 2012

Se analiza en esta sentencia si una oficina de farmacia puede suministrar medicamentos al por mayor a otra oficina de farmacia o a un laboratorio y si dicha conducta es sancionable o no. El recurso trae causa de una resolución de la Secretaría General de la Consejería de Sanidad y Dependencia que impone a un farmacéutico una sanción de 30.001 euros por la comisión de una infracción administrativa grave por incumplimiento de la normativa sanitaria vigente en materia de oficinas de farmacia, en concreto, por vender ciertas cantidades de medicamentos a otra oficina de farmacia careciendo de autorización administrativa para realizar tal actividad.

La sentencia del Juzgado de instancia estima el recurso interpuesto por el farmacéutico al considerar que los hechos denunciados no pueden encuadrarse en ninguno de los tipos infractores establecidos en la Ley 29/2006, de 26 de Julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (la «Ley de Garantías»).

Habiendo sido recurrida la sentencia de instancia en apelación por la Junta de Extremadura, el Tribunal de Justicia rechaza el recurso. Razona el Tribunal que «la función de una oficina de farmacia es dispensar medicamentos para el público y no para otras oficinas de farmacia; si bien esta conducta podría calificarse de anormal, no se encuadraría en ninguno de los supuestos infractores legalmente previstos. Y ello con base, fundamentalmente, en el Real Decreto-Ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011 en cuya Exposición de Motivos se dispone que se añaden «nuevas infracciones» para sancionar, entre otros supuestos, la distribución de medicamentos por una oficina de farmacia a otras. Es decir, que si la infracción es «nueva» ello significa que no se tipificaba con anterioridad».

El Tribunal se refiere a las tres nuevas infracciones, tipificadas como muy graves, numeradas como 21ª, 22ª y 23ª en la letra c) del apartado 2 del artículo 101 de la Ley de Garantías. Estos nuevos tipos tienen como fundamento sancionar el desabastecimiento de los medicamentos por parte del titular de autorización de comercialización, la distribución fuera del territorio nacional de medicamentos para los que existan problemas de desabastecimiento con repercusión asistencial, la realización, por parte de una oficina de farmacia, de actividades de distribución de medicamentos a otras oficinas de farmacia, almacenes mayoristas, o bien envíos de medicamentos fuera del territorio nacional.

En resumen, el Tribunal entiende que la distribución de medicamentos por parte de una oficina de farmacia no podía ser sancionada por no estar expresamente tipificada antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2011. Rechaza el argumento de la Junta de que estas actividades encajan en el tipo infractor consistente en la realización de actividades de distribución de medicamentos sin la debida autorización. No obstante, con la nueva redacción del artículo 101 de la Ley de Garantías se disipan todas las dudas, habida cuenta de que la realización por parte de una oficina de farmacia de actividades de distribución de medicamentos a otras oficinas de farmacia, almacenes mayoristas, o de envíos de medicamentos fuera del territorio nacional, ha sido tipificada como una infracción muy grave.

Comisión de Evaluación del Medicamento en los Hospitales del Sistema Sanitario Público de Aragón

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de febrero de 2013

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón examina la conformidad a Derecho de la Orden de 22 de octubre de 2009 de la Consejera de Salud y Consumo por la que se regula la constitución y el funcionamiento de la Comisión de Evaluación del Medicamento en los Hospitales del Sistema Sanitario Público de Aragón.

El Tribunal estima el recurso entendiendo que la Orden impugnada no se limita a la creación de un órgano administrativo y la regulación de su funcionamiento, sino que además introduce en

la práctica un nuevo requisito para la dispensación de medicamentos en los hospitales públicos de Aragón: su inclusión, por la Comisión así creada, en la Guía Terapéutica Unificada de los Hospitales del Sistema Sanitario Público de Aragón.

En la medida en que se impone una obligación que no está contemplada en la Ley, no puede considerarse una norma meramente organizativa. La Orden afecta a derechos de terceros ajenos a la Administración, como son los pacientes, los fabricantes de medicamentos y los profesionales sanitarios. Por ello, se trata de una disposición de carácter general. En consecuencia, el Tribunal declara la nulidad de la Orden por haberse dictado omitiendo trámites esenciales en la elaboración de estas disposiciones, como el informe del Consejo Consultivo o el trámite de audiencia a los interesados.

Prescripción por principio activo en Navarra

Sentencia del Juzgado nº 1 de Pamplona, Sala Contencioso-Administrativo, de 23 de octubre de 2012 (dictada en el procedimiento nº 118/2012)

El recurso interpuesto ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Pamplona se dirigía contra la Resolución 1936/2011, de 30 de septiembre, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la que se dictan instrucciones de obligado cumplimiento para la prescripción de medicamentos por principio activo y de productos sanitarios por denominación genérica en Osasunbidea.

La Resolución se dictó en supuesto desarrollo del Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud, y establecía que todos los facultativos de Osasunbidea deberían prescribir, indicar o autorizar la dispensación de medicamentos identificándolos por principio activo. Sin embargo, la Resolución contemplaba solo algunas de las excepciones a la prescripción por principio activo recogidas en el Real Decreto-ley 9/2011 y preveía, además, la imposición de sanciones a su incumplimiento.

La sentencia entiende, al contrario de lo que sostenía la Administración, que la Resolución excede el contenido propio de una instrucción u orden de servicio, pues supone una innovación de la normativa que dice desarrollar. En consecuencia, al tratarse de una disposición de carácter general, el Tribunal declara su nulidad por haber sido dictada por un órgano, el Director Gerente de Osasunbidea, que carece de potestad normativa.

TRIBUTARIO*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Normativa estatal

— *Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE de 23 de febrero de 2013)*

— *Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude (BOE de 30 de octubre de 2012)*

* Esta sección ha sido coordinada por Jesús López-Tello y Víctor Manuel Martín Samaniego, y en su elaboración han participado Marta Pontes, Mafalda Alves y Raquel Maurício, del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

— *Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética (BOE de 28 de diciembre de 2012)*

Se regulan tres nuevos impuestos: el Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica, el Impuesto sobre la Producción de Combustible Nuclear Gastado y Residuos Radiactivos Resultantes de la Generación de Energía Nucleoeléctrica y el Impuesto sobre el Almacenamiento de Combustible Nuclear Gastado y Residuos Radiactivos en Instalaciones Centralizadas; se crea un canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica; se modifican los tipos impositivos establecidos para el gas natural y el carbón, y se suprimen además las exenciones previstas para los productos energéticos utilizados en la producción de energía eléctrica y en la cogeneración de electricidad y calor útil.

Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica (BOE de 28 de diciembre de 2012)

En el ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se suprime la deducción por inversión en vivienda habitual a partir de 1 de enero de 2013. Estarán sujetos por medio de un gravamen especial los premios de las loterías del Estado, Comunidades Autónomas, Organización Nacional de Ciegos Españoles, Cruz Roja Española y entidades análogas de carácter europeo. En la base imponible del ahorro solo se incluirán las ganancias y pérdidas patrimoniales derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales que hubieran permanecido en el patrimonio del contribuyente durante más de un año. Se modifica la regla de cálculo de la retribución en especie derivada de la cesión de vivienda a los empleados, cuando esta no sea propiedad de la empresa. Se prorroga durante el año 2013 el tratamiento que, para el periodo 2007-2012, se ha venido aplicando, para los gastos e inversiones efectuados en dichos ejercicios para habitar a los empleados en la utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información, y se incrementa la tributación de las indemnizaciones u otras retribuciones de cuantía muy elevada derivadas de la extinción de relaciones laborales o mercantiles mediante la minoración o, dependiendo de su cuantía, la eliminación de la reducción del 40% aplicable cuando tuvieran un período de generación superior a dos años o se hubieran obtenido de forma notoriamente irregular en el tiempo.

En el Impuesto sobre Sociedades se introduce una medida de carácter temporal, tendente a limitar parcialmente, para grandes empresas, la amortización fiscalmente deducible correspondiente a los períodos impositivos que se inicien dentro de los años 2013 y 2014. Se prorroga, para el ejercicio 2013, la aplicación de un tipo de gravamen reducido por mantenimiento o creación de empleo por las microempresas, se flexibilizan los criterios específicos que permiten la aplicación del régimen fiscal especial de arrendamiento de viviendas, y se modifica el régimen fiscal previsto para contratos de arrendamiento financiero, a través de la amortización anticipada de determinados activos, y la fiscalidad de las indemnizaciones que superen una determinada cuantía, a través de su consideración como gasto no deducible.

Se prorroga durante el ejercicio 2013 la vigencia del Impuesto sobre el Patrimonio.

En relación con el Impuesto sobre la Renta de no Residentes, se establece un gravamen especial sobre los premios de las loterías y se modifica la configuración del gravamen especial sobre bienes inmuebles de entidades no residentes, dejando sujetas a dicho gravamen exclusivamente las entidades residentes en un país o territorio que tenga la consideración de paraíso fiscal.

En materia del Impuesto sobre el Valor Añadido, se establece expresamente que constituye entrega de bienes la adjudicación de los inmuebles promovidos por comunidades de bienes a sus comuneros, en proporción a su participación. En el ámbito de la base imponible, se dispone que, en operaciones a plazos, bastará instar el cobro de uno de los plazos para modificar aquella; asimismo, se introducen modificaciones técnicas con una finalidad aclaratoria en los supuestos de rectificación de facturas a destinatarios que no actúen como empresarios y profesionales.

Se crea el Impuesto sobre los Depósitos en las Entidades de Crédito y se modifican determinados aspectos de la regulación aplicable a las sociedades anónimas cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario (SOCIMI).

— *Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación (BOE de 1 de diciembre de 2012)*

— *Orden HAP/72/2013, de 30 de enero, por la que se aprueba el modelo 720, declaración informativa sobre bienes y derechos situados en el extranjero, a que se refiere la disposición adicional decimoctava de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y se determinan el lugar, forma, plazo y el procedimiento para su presentación (BOE de 31 de enero de 2013)*

Convenios para evitar la doble imposición

— *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]

IRS - Reembolso de obligaciones adquiridas abaixo do par

Informação vinculativa n.º 3021, com despacho concordante do substituto legal do Diretor Geral datado de 01 de outubro de 2012

De acordo com a presente informação vinculativa, o rendimento resultante do reembolso de obrigações adquiridas abaixo do par deve qualificar-se como um rendimento de capital, nos termos da alínea p) do n.º 2 do art.º 5º do Código do IRS. O rendimento a considerar nestes casos «consustanciar-se-á na diferença positiva apurada no momento do reembolso de obrigações, entre o montante do reembolso e o custo de aquisição dos títulos».

2.º Orçamento retificativo 2012

Lei n.º 55-A/2012 (DR 209 SÉRIE I de 2012-10-29)

A lei em referência vem introduzir alterações (i) ao Código do IRS, no que respeita às taxas liberatórias e especiais previstas nos artigos 71.º e 72.º; (ii) ao Código do IRC, no que respeita às taxas agravadas aplicadas aos rendimentos de capitais obtidos por não residentes e às taxas de retenção da fonte aplicáveis a entidades residentes; (iii) ao Código do IS, passando a incidir IS sobre imóveis com um valor patrimonial tributário («VPT») igual ou superior a € 1.000.000,00; e ainda (iv) à Lei Geral Tributária, relativamente às manifestações de fortuna e à avaliação indireta da matéria coletável.

(i) IRS

Os rendimentos de capitais obtidos em território português, bem como os rendimentos de valores mobiliários devidos por entidades que não tenham domicílio em Portugal e que sejam pagos ou colocados à disposição dos respetivos titulares por residentes em território português, anteriormente sujeitos à taxa liberatória de 25%, passam a ser tributados à taxa liberatória de 26,5%.

No caso dos rendimentos de capitais (i) pagos ou colocados à disposição dos respetivos titulares, em contas abertas em nome de um ou mais titulares mas por conta de terceiros não identificados, (ii) obtidos por sujeitos passivos domiciliados em país, território ou região sujeitas a um regime fiscal claramente mais favorável, constante da Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro, tal como alterada («Paraísos Fiscais»), ou (iii) devidos por entidades residentes em Paraísos Fiscais passam a ser tributados à taxa de 35% (anteriormente 30%).

No que respeita às taxas especiais, verificam-se os seguintes aumentos:

(a) aumento para 26,5% da taxa aplicável ao saldo positivo entre as mais e menos-valias mobiliárias (anteriormente 25%).

(b) aumento para 26,5% da taxa aplicável aos rendimentos de capitais sujeitos anteriormente à taxa liberatória de 25%.

(c) aumento para 35% da taxa aplicável aos rendimentos de capitais devidos por entidades domiciliadas em Paraísos Fiscais (anteriormente 30%).

(ii) IRC

Os rendimentos de capitais que sejam (i) pagos ou colocados à disposição em contas abertas em nome de um ou mais titulares não residentes sem estabelecimento estável em território português mas por conta de terceiros não identificados, ou (ii) obtidos por entidades residentes em Paraísos Fiscais passam a ser tributados em 35% (anteriormente 30%).

Adicionalmente, à generalidade das retenções na fonte de IRC passa a ser aplicável uma taxa de 25%, quando anteriormente o regime aplicável remetia para as taxas estabelecidas para efeitos de IRS. Mantém-se, no entanto, em 21,5% a taxa de retenção na fonte aplicável em remunerações auferidas na qualidade de membro de órgãos estatutários de pessoas coletivas e outras entidades.

(iii) IS

Passa a incidir IS à taxa de 1% sobre a propriedade, usufruto ou direito de superfície de prédios urbanos com afetação habitacional, cujo VPT seja igual ou superior a € 1.000.000,00. A presente lei estabelece ainda um regime transitório para o ano de 2012 consagrando uma taxa de 0,5% ou 0,8%, consoante se tratem ou não de prédios com afetação habitacional já avaliados nos termos do Código do IMI respetivamente. No que respeita aos prédios urbanos cujos sujeitos passivos sejam entidades residentes em Paraísos Fiscais, a taxa aplicável é de 7,5%.

(iv) Lei Geral Tributária

De acordo com as alterações introduzidas pela lei em referência, há lugar a avaliação indireta da matéria coletável sempre que se verifique uma desproporção superior a 30% entre o rendimento declarado e o rendimento padrão (anteriormente exigia-se, para o mesmo efeito, uma desproporção de 50%). Por outro lado, passou a considerar-se como manifestação de fortuna a existência de montantes transferidos de e para Paraísos Fiscais.

Convenções para evitar a dupla tributação - tributação do software

Despacho n.º 1689/2009 de 30 de outubro de 2012 da Direção de Serviços das Relações Internacionais

De acordo com o referido despacho, os pagamentos respeitantes ao direito de distribuir cópias estandardizadas de software, excluindo o direito de as adaptar - customize - ou de as reproduzir, não devem ser considerados como royalties, mas como lucros empresariais. Este entendimento aplica-se, a partir de 17 de julho de 2008, a todas as Convenções para Evitar a Dupla Tributação celebradas por Portugal que, a este respeito, sigam o Modelo de Convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) e não contenham quaisquer disposições em contrário.

IVA - Faturação

— *Ofício Circulado n.º 30136, de 19 de novembro de 2012*

— *Ofício Circulado n.º 30141/2013, de 4 de janeiro de 2013*

Os ofícios circulados em referência visam esclarecer eventuais questões que se possam suscitar em virtude da introdução das novas regras de faturação. Nos referidos ofícios circulados são analisados, *inter alia*, (i) os requisitos relativos à emissão de faturas, (ii) as condições e os requisitos das faturas simplificadas, (iii) questões relativas à emissão de fatura por meios diversos, e (iv) os documentos retificativos de faturas.

IVA - Formato do Ficheiro SAFT-T (PT)

Portaria n.º 382/2012 (DR 227 SÉRIE I de 2012-11-23)

É aprovado, nos termos da presente Portaria, o novo formato de ficheiro normalizado de auditoria tributária para exportação de dados, designado SAFT-T (PT), tendo em conta as novas regras em matéria de faturação e exportação de dados para a Autoridade Tributária e Aduaneira («ATA»). Este formato entrará em vigor em 1 de maio de 2013.

Obrigações declarativas - IRS - Declaração Modelo 39*Portaria n.º 414/2012 (DR 243 SÉRIE I de 2012-12-17)*

Esta Portaria aprovou a Declaração Modelo n.º 39, prevista no artigo 119.º, n.º 12 do Código do IRS, a apresentar eletronicamente pelas entidades que paguem ou coloquem à disposição rendimentos de capitais sujeitos a retenção na fonte às taxas liberatórias ou quaisquer rendimentos sujeitos a retenção na fonte a título definitivo, cujos titulares sejam residentes em território português e não beneficiem de isenção, dispensa de retenção ou redução de taxa.

Assistência Mútua em Matéria de Cobrança de Créditos*Decreto-Lei n.º 263/2012 (DR 246 SÉRIE I, 2012-12-20)*

O diploma em apreço transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2010/24/UE, do Conselho, de 16 de março de 2010 (que revoga a Diretiva n.º 2008/55/CE do Conselho, de 26 de maio de 2008), relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a impostos, direitos e outras medidas.

Procede-se assim ao alargamento do âmbito de aplicação do regime de assistência mútua aos créditos respeitantes a impostos e direitos, sendo estabelecidas regras mais claras e precisas para a sua aplicação por forma a proporcionar uma troca de informações mais ampla entre Estados-Membros e abranger todas as pessoas singulares e coletivas e outras estruturas jurídicas na União Europeia, implementando-se um sistema comum de assistência à cobrança ao nível daquela união.

IVA - Comunicação de Faturas à Administração Tributária e Aduaneira Manual de Integração de Software*Portaria n.º 426-A/2012 (DR 251 SÉRIE I, de 2012-12-28)*

O manual *supra* referido procede a uma descrição dos procedimentos e dos requisitos necessários à comunicação de dados das faturas à Administração Tributária e Aduaneira («ATA»), imposta pelo artigo 3.º do Decreto Lei n.º 198/2012, de 24 de agosto, analisando as diversas vias disponíveis para tal comunicação e outras questões, como a adaptação do software de faturação.

A Portaria em referência vem aprovar o modelo oficial da Declaração para Comunicação dos Elementos das Faturas, para os casos de comunicação por via eletrónica de dados (prevista no art.º 3º, n.º 1, alínea d), do Decreto-Lei n.º 198/2012, de 24 de agosto).

Mais estabelece a referida Portaria, a título transitório (i.e. para o ano de 2013), que os sujeitos passivos que pratiquem operações isentas de IVA ou que, não possuindo nem sendo obrigados a possuir contabilidade organizada, para efeitos de IRS ou IRC, não pratiquem operações de importação, exportação ou atividades conexas, bem como os pequenos retalhistas que não tenham emitido mais de 10 faturas com o número de identificação do adquirente, no mês a que respeita a declaração, podem entregar, presencialmente ou através de remessa por correio registado, o modelo oficial de declaração em papel, devidamente preenchido, em qualquer serviço de finanças ou outra entidade com quem a ATA celebre protocolo para o efeito.

IRS - Modelo das faturas-recibo*Portaria n.º 426-B/2012 (DR 251 SÉRIE I de 2012-12-28)*

A presente Portaria vem aprovar os modelos de fatura-recibo, para efeitos do artigo 11.º do Código do IRS, a emitir pelos titulares dos rendimentos empresariais e profissionais.

Taxa de juros de mora aplicáveis às dívidas ao Estado e outras entidades públicas*Aviso n.º 17289/2012 (DR 251 SÉRIE I de 2012-12-28)*

O Aviso em epígrafe veio fixar a taxa de juros de mora aplicável às dívidas ao Estado e outras entidades públicas em 6,112%. A taxa indicada é aplicável desde o dia 1 de janeiro de 2013 inclusive.

Orçamento do Estado para 2013*Lei n.º 66-B/2012 (DR 252 SÉRIE I de 2012-12-31)*

O Orçamento do Estado para 2013, aprovado pela lei em epígrafe, introduziu diversas alterações relevantes em matéria fiscal e de relações de trabalho e proteção social. De entre as reformas previstas, destacamos as seguintes:

Em sede de IRS: (i) na categoria A, deixam de ser dedutíveis as despesas com a formação profissional e é eliminada a majoração de 20% na exclusão de tributação dos subsídios de alimentação pagos em dinheiro; (ii) na categoria B, é aumentado para 75% o coeficiente aplicável na determinação do rendimento tributável que não resulte da venda de mercadorias ou produtos (anteriormente 70%); (iii) na categoria F, passam a ser dedutíveis as despesas com IS relativamente aos prédios arrendados com um valor patrimonial tributário superior a € 1.000.000; (iv) são ainda reduzidos de oito para cinco os escalões do IRS e alteradas as taxas gerais progressivas, que passam a variar entre 14,5% e 48% (anteriormente fixadas entre 11,5% e 46,5%); (v) a taxa adicional de 2,5% passa a ser aplicável à matéria coletável entre € 80.000 e € 250.000, sendo o rendimento coletável superior a € 250.000, dividido em duas partes: uma igual a € 170.000, à qual se aplica a taxa de 2,5%; e outra igual ao rendimento coletável que exceda € 250.000, à qual se aplica a taxa de 5% (anteriormente a taxa de 2,5% era aplicável ao rendimento coletável superior a € 153.000); (vi) é introduzida uma sobretaxa de 3,5% sobre o rendimento sujeito a englobamento (incluindo alguns dos rendimentos sujeitos às taxas especiais), na parte em que exceda o valor anual da remuneração mínima mensal garantida (atualmente € 485); (vii) são aumentadas para 28% as taxas liberatórias aplicáveis aos rendimentos de capitais obtidos em território português, incluindo, os rendimentos de valores mobiliários, devidos por entidade não residente e colocados à disposição por intermediários residentes (anteriormente 26,5%); (viii) é elevada para 25% da taxa liberatória aplicável aos rendimentos das categorias A, B, e H, aos rendimentos de royalties que se qualifiquem como rendimentos de capitais (categoria E) e aos incrementos patrimoniais (categoria G) decorrentes de indemnizações por danos não patrimoniais, danos emergentes não comprovados e lucros cessantes e ainda de importâncias auferidas em virtude da assunção de obrigações de não concorrência, quando auferidos por não residentes em território nacional (anteriormente 21,5%); (ix) procede-se ao aumento para 28% da taxa especial aplicável às mais-valias e outros rendimentos auferidos por não residentes que não se encontrem sujeitos à taxa liberatória referida no ponto anterior (anteriormente 25%), (x) sobe para 28% a taxa especial aplicável ao saldo positivo entre mais-valias e menos-valias mobiliárias e aos rendimentos de capitais devidos por entidades não residentes, quando não sujeitos a retenção na fonte (anteriormente 25%); (xi) é introduzida uma taxa final especial de 28% para rendimentos prediais; (xii) aumenta-se para 25% a taxa de retenção na fonte aplicável aos rendimentos de atividades profissionais (categoria B) - anteriormente 21,5% - e aos rendimentos prediais (categoria F) - anteriormente 16,5%; (xiii) passa a dever ser apresentada uma nova declaração mensal de remunerações, até ao dia 10 do mês seguinte ao do pagamento ou colocação à disposição dos rendimentos, por parte das entidades devedoras dos rendimentos do trabalho dependente, mantendo-se a entrega da Modelo 10, até ao final do mês de fevereiro de cada ano para as restantes situações; (xiv) a declaração relativa aos pagamentos a não residentes (Modelo 30) passa a ser devida até ao final do segundo mês seguinte àquele em que ocorre o vencimento, a liquidação ou apuramento do respetivo quantitativo; e (xi) a declaração relativa a operações com instrumentos financeiros (Modelo 13), devida por instituições de crédito e sociedades financeiras, passa a dever ser apresentada até ao final do mês de março de cada ano.

Em sede de Contribuição Extraordinária de Solidariedade: as pensões de valor mensal bruto superior a € 1.350 são sujeitas a uma contribuição extraordinária de solidariedade, progressiva e variável entre 3,5% e 40%.

Em sede de IRC: (i) é eliminado o regime da subcapitalização e introduzida uma limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento líquidos, os quais passam a ser dedutíveis apenas até à concorrência do maior dos seguintes limites: € 3.000.000 ou 30% do resultado antes de depreciações, gastos de financiamento líquidos e impostos (é estabelecido um regime transitório de acordo com o qual o limite do resultado antes de depreciações, gastos de financiamento líquidos e impostos será reduzido progressivamente, nos termos seguintes: em 2013 - 70%; em 2014 - 60%; em 2015 - 50%; em 2016 - 40%; e em 2017 - 30%); (ii) procede-se a um agravamento de 15% para 25% das taxas incidentes sobre rendimentos auferidos por não residentes com a natureza de royalties, comissões, prestações de serviços e rendimentos prediais; (iii) a derrama estadual é alterada nos termos seguintes: a taxa de 3% passa a incidir sobre o lucro tributável entre € 1.500.000 e € 7.500.000 e a taxa de 5% sobre o lucro tributável superior a € 7.500.000; (iv) verifica-se um aumento do valor dos pagamentos por conta para 80% do

imposto liquidado no ano anterior, nos casos em que o volume de negócios seja igual ou inferior a € 500.000 e para 95%, nos casos em que o volume de negócios seja superior a € 500.000; e (v) nos pagamentos adicionais por conta, a taxa de 2,5% passa a incidir sobre o lucro tributável entre € 1.500.00,00 e € 7.500.000 e a taxa de 4,5% passa a incidir sobre o lucro tributável superior a € 7.500.000.

Em sede de IVA: (i) são introduzidas novas regras para a recuperação do IVA dos créditos considerados incobráveis e de cobrança duvidosa, as quais serão aplicadas aos créditos cuja mora se inicie a partir de 1 de janeiro de 2013; (ii) é reposta a isenção de IVA sobre a transmissão de direitos de autor e autorização para a utilização da obra intelectual, quando o autor seja uma pessoa coletiva; (iii) passam a estar isentas de IVA as ofertas de bens ao Estado, para posterior distribuição a pessoas carenciadas; e (iv) procede-se a um alargamento para 100% da dedução do IVA suportado com gasóleo, GPL, gás natural ou biocombustíveis usados por máquinas matriculadas (anteriormente apenas era admitida uma dedução de 50%).

Em sede de IMI: é eliminada a obrigatoriedade da apresentação da declaração Modelo 1 para atualização da matriz no caso de mudança de proprietário na sequência de transmissão de prédio, em consequência da avaliação geral.

Em sede de IS: passam a ser tributados, à taxa de 20%, os prémios do Euromilhões, Lotaria Nacional, Lotaria Instantânea, Totobola, Totogolo, Totoloto e Joker, na parte que excedam € 5.000,00.

Em sede de EBF: (i) os rendimentos prediais e as mais-valias (que não mais-valias prediais) dos fundos de investimento imobiliário e as mais-valias obtidas por fundos de investimento mobiliários passam a ser tributados autonomamente à taxa de 25% (anteriormente, 21,5%); (ii) é revogada a isenção de IRS sobre mais-valias resultantes de alienações de valores mobiliários até € 500,00; e (iii) é revogada a exclusão de tributação das mais-valias obtidas por fundos de investimento (que não fossem mistos ou fechados de subscrição particular) relativas à alienação de ações detidas por mais de 12 meses, obrigações ou outros títulos da dívida.

Em sede de Lei Geral Tributária: (i) é aumentado para 12 anos o prazo de caducidade do direito à liquidação, no que respeita a factos tributários conexos com contas de depósitos ou de títulos abertas em instituições financeiras residentes fora da União Europeia ou em sucursais de instituições financeiras residentes, localizadas fora da União Europeia, cuja existência não seja mencionada na declaração de rendimentos dos respetivos sujeitos passivos de IRS; e (ii) a obrigação de comunicação de contas abertas no estrangeiro é estendida às contas de que os sujeitos passivos de IRS sejam beneficiários ou estejam autorizados a movimentar (para além daquelas de que são titulares).

Em sede de Regime Geral das Infrações Tributárias: (i) passa a constituir fraude contra a Segurança Social, o recebimento indevido com a intenção de obter para si ou para outrem vantagem ilegítima de valor superior a € 3.500 (anteriormente, € 7.500); e (ii) procede-se a um agravamento da coima relativa à introdução irregular no consumo, que passa a poder ser fixada entre € 1.500 e € 165.000 (anteriormente, € 500 como limite mínimo).

Em sede de relações de trabalho e proteção social: (i) continua suspenso o regime de atualização do Indexante de Apoios Sociais («IAS»), mantendo-se em vigor o valor de € 419,22; (ii) o valor do subsídio de desemprego é majorado em 10% quando, no mesmo agregado familiar, ambos os cônjuges ou unidos de facto sejam titulares do subsídio de desemprego e tenham filhos ou equiparados a cargo ou quando, em agregado monoparental, o parente único seja titular do subsídio de desemprego e não afixa pensão de alimentos decretada ou homologada pelo tribunal; e (iii) é ainda alterado o Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, aprovado pela Lei n.º 110/2009, de 16 de setembro.

No que respeita em especial a este último diploma, merecem referência:

- (i) a consagração da proteção social na eventualidade de desemprego para os membros de órgãos estatutários de pessoas coletivas que exerçam funções de gerência ou administração e o aumento da taxa contributiva relativa a estes beneficiários para 34,75%, cabendo 23,75% à pessoa coletiva e 11% ao membro de órgão estatutário. O regime jurídico de proteção

social na eventualidade de desemprego destes beneficiários encontra-se previsto em legislação própria publicada em Diário da República (Veja-se a secção Laboral y Seguridad Social, ponto 1. Legislação [Portugal]);

(ii) a inclusão dos empresários em nome individual com rendimentos decorrentes do exercício de qualquer atividade comercial ou industrial nos termos do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), do Código do IRS, bem como dos titulares de Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada («EIRL») e respetivos cônjuges que com eles exerçam a atividade profissional, com carácter regular e permanente, no regime contributivo aplicável aos trabalhadores independentes. Estes beneficiários passam ainda a ter direito à proteção social na eventualidade de desemprego, nos termos de legislação própria publicada em Diário da República (Veja-se a secção Laboral y Seguridad Social, ponto 1. Legislação [Portugal]), sendo-lhes aplicável uma taxa contributiva de 34,75%;

(iii) o aumento da taxa contributiva relativa aos trabalhadores que exercem funções públicas e se encontram inscritos no Regime Geral de Segurança Social («RGSS»), nos termos da Lei n.º 4/2009, de 29 de janeiro, para 34,75%, ficando 23,75% a cargo da entidade empregadora e 11% a cargo do trabalhador. O regime aplicável a estes trabalhadores foi ainda autonomizado em secção própria dentro do capítulo relativo aos «regimes aplicáveis a trabalhadores integrados em categorias ou situações específicas», deixando de integrar a secção respeitante «aos trabalhadores ao serviço de entidades empregadoras sem fins lucrativos»; e, finalmente

(iv) a previsão expressa de que a obrigação de pagamento de juros de mora pelo incumprimento no pagamento de contribuições e quotizações à Segurança Social é aplicável ao Estado e outras pessoas coletivas públicas, independentemente da respetiva natureza, âmbito territorial e grau de independência ou autonomia, incluindo entidades reguladoras, de supervisão e controlo.

2 · JURISPRUDENCIA

Ley General Tributaria. Estimación de recurso por infracción formal. Posibilidad de dictar una nueva liquidación

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 19 de noviembre de 2012 (Recurso de casación en interés de la Ley núm. 1215/2011)

Se fija como doctrina legal la siguiente: «La estimación del recurso contencioso administrativo frente a una liquidación tributaria por razón de una infracción de carácter formal, o incluso de carácter material, siempre que la estimación no descansa en la declaración de inexistencia o extinción sobrevenida de la obligación tributaria liquidada, no impide que la Administración dicte una nueva liquidación en los términos legalmente procedentes, salvo que haya prescrito su derecho a hacerlo, sin perjuicio de la debida subsanación de la correspondiente infracción de acuerdo con lo resuelto por la propia Sentencia».

Impuesto sobre el Valor Añadido. Deducibilidad del IVA soportado por una sociedad holding

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de septiembre de 2012 (Asunto C496/11).

Una entidad *holding* portuguesa realizaba una serie de adquisiciones de bienes y servicios por los que soportaba el IVA correspondiente. Dichos bienes y servicios se destinaban a la prestación de un servicio de gestión a sus filiales, a las que les repercutía el IVA correspondiente. La sociedad *holding* deducía la totalidad del IVA soportado en la adquisición de bienes y derechos.

El TJUE concluye que una sociedad *holding* que, con carácter accesorio a su actividad principal (consistente en la gestión de participaciones sociales en sociedades cuyo capital social posee en su totalidad o en parte), adquiere bienes y servicios que posteriormente factura a dichas sociedades, podrá deducir el IVA soportado siempre que los bienes y servicios adquiridos estén relacionados directa e inmediatamente con operaciones económicas posteriores que den derecho a deducción. Cuando la sociedad *holding* utilice los mencionados bienes y servicios para realizar indistintamente operaciones económicas con derecho a deducción y operaciones eco-

nómicas que no conlleven tal derecho, únicamente podrá deducirse la parte del IVA que sea proporcional a la cuantía de las operaciones mencionadas en primer lugar, y la Administración tributaria nacional estará facultada para prever la aplicación de uno de los métodos de determinación del derecho a deducción enumerados en el artículo 17, apartado 5 de la Sexta Directiva reguladora del IVA (básicamente, las reglas de prorrateo).

Cuando los bienes y servicios se utilicen indistintamente para actividades económicas y para actividades no económicas, el artículo 17, apartado 5, de la Sexta Directiva reguladora del IVA no resultará aplicable, y los métodos de deducción y de reparto serán definidos por los Estados miembros, los cuales, en el ejercicio de dicha facultad, deberán tener en cuenta la finalidad y la estructura de esta Directiva, y, con ese objeto, habrán de establecer un método de cálculo que refleje objetivamente la parte de los gastos soportados que sea realmente imputable a cada una de esas dos actividades.

Ley General Tributaria. Cómputo de intereses de demora en la emisión de una nueva liquidación tras haber sido anulada una liquidación anterior

Sentencias del Tribunal Supremo 5458/2012, 5461/2012, 5537/2012 y 5460/12, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de junio de 2012. Recursos 2413/10, 6219/09, 5043/09, 6386/09

En estas cuatro sentencias el Tribunal Supremo analiza el cómputo de los intereses de demora en aquellas liquidaciones que han sido emitidas tras la anulación de otras anteriores, se haya producido la anulación en la vía económico-administrativa o en la jurisdiccional.

El TS concluye que, aun cuando el procedimiento tributario se haya iniciado mediante una autoliquidación, en el supuesto de que esta, como consecuencia de la actividad inspectora, haya dado lugar a una liquidación practicada por la Administración, ahí termina el recorrido de las consecuencias en cuanto a la mora del sujeto pasivo, de modo que si esta liquidación administrativa es a su vez anulada en la vía económico-administrativa o jurisdiccional ya no será posible imputar al contribuyente el retraso en el pago de la deuda tributaria derivado de la ilegalidad cometida por la propia Administración, lo que lleva a determinar, como día final del cómputo de los intereses de demora, el de la fecha en la que el inspector jefe dictó la liquidación definitiva después anulada.

Operaciones de reestructuración. Efectos de la inscripción en el Registro Mercantil

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 21 de mayo de 2012. Recurso número 5872/2009

Mantiene el TS que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 55.1 del Reglamento del Registro Mercantil y 24 de la Ley Hipotecaria, la fecha de eficacia de una escisión es la del momento en que se practicó el asiento de presentación en el Registro Mercantil.

El tribunal afirma que, «de no ser así, los efectos frente a terceros de los negocios que tienen acceso al Registro dependerían de la mayor o menor diligencia con la que fueran calificados por el registrador los instrumentos en que se documentan». Y, en relación con la reciente resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 2011, que mantiene un criterio contrario, manifiesta, entre otras consideraciones, que se ha de tener presente que el criterio de ese órgano directivo, como es evidente, no tiene la condición de jurisprudencia y, por ello, carece de fuerza vinculante para el tribunal.

[Portugal]

IRC - Transferência do domicílio fiscal e imposto imediato à saída

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de setembro de 2012 (Processo C-38/10)

No Acórdão em apreço, o TJUE pronuncia-se sobre a tributação das mais-valias latentes nos casos de (i) transferência de sede e de direção efetiva de sociedade portuguesa para outro Estado-Membro, prevista no artigo n.º 76.º-A do Código do IRC (atual artigo 83.º do Código do IRC), e (ii) cessação de atividade de estabelecimento estável de não residentes situado em território português para outro Estado-Membro, estabelecida pelo artigo n.º 76.º-B do Código do IRC (atual artigo n.º 84.º do Código do IRC).

No presente Acórdão, o TJUE vem entender que o regime estabelecido pelo Código do IRC é contrário ao princípio de liberdade de estabelecimento constante do artigo n.º 49.º do TFUE na medida em que se está a penalizar as sociedades / estabelecimentos estáveis que procedam a uma transferência da sua atividade para outro Estado-Membro (sendo, em virtude dessa opção, tributados por mais-valias não realizadas) em detrimento das sociedades que mantêm as suas atividades em território português, que apenas são tributadas pelas mais-valias realizadas.

Nesse sentido, e de forma a corrigir este regime segundo a condenação no presente acórdão, está em discussão no âmbito do Orçamento de Estado de 2013 uma autorização para alteração legislativa, através da qual poderão os sujeitos passivos optar entre o pagamento imediato no momento da transferência ou o pagamento diferido deste imposto, acrescido, se for caso disso, dos correspondentes juros.

IRC - Provisões no setor bancário

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 11 de novembro de 2012

No presente acórdão, foi analisado qual o tratamento fiscal adequado relativamente às provisões constituídas por bancos, após autorização ou ratificação do Bando de Portugal (doravante, «BdP»), entidade competente, nos termos da lei fiscal, para definir as condições em que essas provisões devem ser efetuadas.

O BdP, através do Aviso n.º 3/95, definiu as regras e os termos em que as instituições de crédito devem constituir as respetivas provisões; porém, em determinados casos, o é autorizada a constituição de provisões para além dos limites mínimos estabelecidos nesse aviso, colocando-se a questão de saber se as provisões que, não sendo obrigatórias nos termos do referido aviso, mas que sejam autorizadas pelo BdP, se devem ter por fiscalmente dedutíveis.

A este respeito o tribunal, no acórdão em referência, veio decidir pela dedutibilidade fiscal das provisões autorizadas pelo BdP, por entender que «as provisões fiscalmente dedutíveis tanto podem resultar de uma disposição de caráter genérico, como de um acto administrativo individual e concreto do Banco de Portugal, de acordo com o n.º 18 Aviso n.º 3/95».

Prestação de garantias para suspensão de execução fiscal

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 5 de dezembro de 2012

No acórdão em referência, discutiu-se a penhorabilidade de bens pertencentes a uma herança indivisa, para efeitos de garantia e consequente suspensão de um processo de execução fiscal instaurado contra um dos co-herdeiros. O serviço de finanças competente para a execução havia admitido como garantia idónea, para suspender o processo de execução fiscal, a penhora de um bem pertencente a uma herança indivisa, sem questionar a sua penhorabilidade, apesar de ter conhecimento de que o mesmo pertencia à herança.

Entendeu o STA (embora com um voto de vencido) que, desde que todos os herdeiros o consintam e atuem em conjunto, como legais representantes da herança, poderão dispor dos bens concretos da herança, aliená-los ou onerá-los, fazer o pagamento do passivo hereditário, e até mesmo oferecer um bem da herança como garantia em processo de execução fiscal, seja através de penhor de bens móveis da herança, seja pela apresentação à penhora de um desses bens.

O STA acabou, assim, por concluir pela penhorabilidade dos bens da herança, como património autónomo, desde que todos os herdeiros o consintam.

3 · DOCTRINA ADMINISTRATIVA (Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central)

Procedimiento de recaudación. Declaraciones de responsabilidad que incluyen sanciones

Resolución de 6 de septiembre de 2012 (00/4452/2011)

Se plantea si los acuerdos de declaración de responsabilidad cuyo alcance incluya sanciones, tienen o no naturaleza sancionadora, y, en consecuencia, cuál es el régimen aplicable a su recaudación, en particular, en relación con la suspensión de su ejecución en caso de interposición de recursos o reclamaciones.

A juicio del TEAC, las declaraciones de responsabilidad tributaria dictadas al amparo de lo previsto en el artículo 42.1.a) de la Ley General Tributaria («LGT»), cuyo alcance incluya sanciones, no tienen naturaleza sancionadora. La posición jurídica del responsable tributario es distinta a la del sujeto infractor, por lo que no procede la suspensión automática prevista en el artículo 212.3.a) de la LGT por la mera interposición en tiempo y forma de un recurso o reclamación contra el acuerdo declarativo de la responsabilidad.

4 · CONSULTAS A LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS

Impuesto sobre Sociedades. Exención para evitar la doble imposición internacional

Consulta de 19 de abril de 2012 (V0828-12)

La entidad consultante es una ETVE que va a constituir una filial en Panamá dedicada al *trading* internacional.

La entidad residente en Panamá, de la que derivarán los dividendos o ganancias de capital obtenidos por la entidad consultante española, estará sujeta a imposición por el Impuesto sobre Sociedades panameño por la renta que obtenga de fuente panameña, no así por la renta obtenida de fuente extranjera (no panameña). En particular, la consultante manifiesta que todos los ingresos obtenidos por la entidad panameña derivan de actividades llevadas a cabo fuera de Panamá (y fuera de España). Por tanto, no está previsto el pago de ningún importe en concepto de Impuesto sobre Sociedades en Panamá.

Concluye la DGT que, dado que las rentas obtenidas por la entidad panameña se ven afectadas por lo dispuesto en la disposición IV del Protocolo del Convenio hispano-panameño y, por tanto, no les resultan de aplicación los artículos 10, 11, 12 y 13 del Convenio al concurrir las circunstancias previstas en la mencionada disposición IV, esto determinará que no se entenderá cumplido el requisito previsto en el artículo 21.1.b) del TRLIS respecto de los dividendos percibidos por la entidad consultante procedentes de la entidad panameña, sin que se disponga de información respecto de la tributación de dichas rentas en el territorio en el que se obtienen fuera de Panamá.

Impuesto sobre Sociedades. Exención de las rentas obtenidas a través de un establecimiento permanente en el exterior

Consulta de 28 de mayo de 2012 (V1151-12)

Manifiesta la DGT que los beneficios obtenidos por un establecimiento permanente en Costa de Marfil que gozan de un régimen de vacaciones fiscales durante los tres primeros años de actividad no pueden aplicar la exención del artículo 22 del TRLIS. No obstante, «*sin perjuicio de lo anterior, respecto de las rentas obtenidas por el establecimiento permanente en el año 4 y sucesivos, dado que la totalidad de dichas rentas procederán de fuente costa marfileña y que estarán sometidas a tributación por el Impuesto sobre el beneficio industrial y comercial, a un tipo de gravamen del 25%, cabe considerar que dichas rentas están sometidas a un impuesto análogo o equivalente al Impuesto sobre Sociedades español y ello, pese a disfrutar de una exención parcial (50%/25%), durante los años 4 y 5, respectivamente*».

Impuesto sobre Sociedades. Reinversión. Adquisición de participaciones de una entidad vinculada o del grupo mercantil

Consultas de 7 y 30 de mayo de 2012 (V0963-12 y V1171-12)

Es posible materializar la reinversión en la adquisición de participaciones de una sociedad vinculada que no sea del mismo grupo, puesto que la limitación del artículo 42 del TRLIS afecta únicamente adquisiciones realizadas a entidades del mismo grupo.

A estos efectos, entiende la DGT que, siguiendo la interpretación recogida en la consulta 1 BOI-CAC número 83, de 1 noviembre de 2010, si bien las sociedades A, B y C no están vinculadas por una relación de control de una sobre otra, cabría apreciar la existencia de grupo mercantil, en la medida en que dichas sociedades parecen estar controladas, directa e indirectamente, por cualquier medio, por varias personas físicas, vinculadas por relaciones de parentesco, las cuales parecen actuar conjuntamente o hallarse bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias.

Impuesto sobre Sociedades. Régimen especial de operaciones de reestructuración

Consulta de 29 de mayo de 2012 (V1163-12)

A criterio de la DGT, el régimen de neutralidad fiscal es aplicable a las fusiones en las que participe una institución de inversión colectiva («IIC»), pero no a las posibles «fusiones» que pudieran realizarse entre distintos compartimentos pertenecientes a IICs distintas, puesto que estos compartimentos no son sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades.

Por otra parte, los traspasos de inversiones entre compartimentos no tienen consecuencias fiscales en el Impuesto sobre Sociedades ya que pertenecen al mismo sujeto pasivo. La «fusión» de compartimentos de una misma IIC no determina la generación de rentas al tratarse de un único sujeto pasivo, de manera que los elementos patrimoniales «fusionados» seguirían perteneciendo al mismo sujeto pasivo, sin producirse alteración patrimonial alguna.

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Aportación de un inmueble a una entidad extranjera

Consulta de 16 de mayo de 2012 (V1053-12)

La aportación de un inmueble sito en España por parte de dos personas físicas no residentes al capital social de una sociedad con sede de dirección efectiva o domicilio fiscal en un Estado miembro de la UE no está sujeta a la modalidad de Operaciones Societarias.

Sin embargo, aclara la DGT, al tratarse de una operación que recae sobre un bien inmueble situado en España, inscribible en un registro público español y no sujeta a la modalidad de Operaciones Societarias, sí resultará de aplicación la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, en cuanto a la cuota variable del documento notarial, al cumplirse todos los requisitos establecidos en el artículo 31.2 del Texto Refundido. No aclara la DGT por qué no resultaría de aplicación la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Constitución de hipoteca unilateral a favor de la Agencia Tributaria como garantía del aplazamiento de una deuda tributaria

Consulta de 1 de junio de 2012 (V1209-12). Criterio reiterado en dos consultas de 21 de junio 2012 (V1349-12 y V1351-12)

Se consulta sobre la tributación de la referida hipoteca por la modalidad de Actos Jurídicos Documentados y, en concreto, sobre quién recae la condición de sujeto pasivo.

La DGT, con base en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria, distingue entre hipotecas ordinarias e hipotecas unilaterales.

Para el caso de las hipotecas ordinarias, señala que tendrá la condición de sujeto pasivo del impuesto la Administración Tributaria, como sujeto a cuyo favor se constituye el citado derecho real de garantía, si bien estará exenta por aplicación de lo dispuesto en el artículo 45.I.A) del TRITPAJD

Por su parte, en la constitución de una hipoteca unilateral, pendiente de aceptación en el momento de su inscripción, no puede ser sujeto pasivo el adquirente del bien, todavía indeterminado. Para determinar el sujeto pasivo de la operación, es necesario acudir —según la regla del artículo 29 de la Ley del ITPyAJD— a las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan, lo que implica que la condición de sujeto pasivo recaiga sobre la persona que haya instado la expedición de los documentos, que será el mismo que constituye la hipoteca, esto es, el contribuyente.

Impuesto sobre Sociedades. Plan General de Contabilidad. Condonación de créditos

Consulta de 9 de julio de 2012 (V1475-12)

Se consulta sobre el tratamiento de diversos supuestos de condonaciones de créditos entre sociedades de un mismo grupo, supuestos que no están debidamente descritos, lo que dificulta el seguimiento de la contestación:

(i) Condonación de créditos entre sociedades indirectamente participadas al 100% por la misma entidad. En este supuesto, la condonación del crédito representa:

— Un ingreso en la sociedad que participa en ambas, que tendrá la consideración de participación en beneficios, de manera que será objeto de eliminación dentro del grupo de consolidación fiscal de cumplirse lo establecido en el artículo 72 del TRLIS. Por su parte, si la contabilización de esta operación se realiza a través de la baja de la inversión en la sociedad participada, dicha baja afectará al valor fiscal de la participación.

- Para la sociedad dependiente de segundo nivel (aparentemente la que condona su derecho de crédito), una distribución de reservas que no genera ni ingresos contables ni fiscales.
 - Para la sociedad dependiente de primer nivel, un ingreso que tendría la consideración de participación en beneficios, de manera que será objeto de eliminación dentro del grupo de consolidación fiscal de cumplirse lo establecido en el artículo 72 del TRLIS. Adicionalmente, se originará una distribución de reservas. En definitiva, esta operación supone una doble distribución de beneficios por parte de las sociedades de primer y segundo nivel, respectivamente.
- (ii) Condonación de créditos entre entidades directamente participadas al 100% por la misma entidad. En este supuesto, la condonación del crédito representa:
- Para la sociedad donante (la que renuncia al cobro), una distribución de reservas sin que ello genere ingresos o gastos contables ni fiscales.
 - Para la sociedad matriz que participa en ambas, la condonación del crédito tendrá la consideración de participación en beneficios, de manera que será objeto de eliminación dentro del grupo de consolidación fiscal de cumplirse lo establecido en el artículo 72 del TRLIS. Por su parte, si la contabilización de esta operación se realiza a través de la baja de la inversión en la sociedad dependiente (donataria), dicha baja afectará al valor fiscal de la participación.
 - Para la sociedad donataria, un incremento de sus fondos propios.
- (iii) Condonación de un crédito de la sociedad matriz frente a una filial directa. En este supuesto, la condonación del crédito:
- En sede del donante determinará la baja de la inversión en la sociedad dependiente (donataria); baja que afectará igualmente al valor fiscal de la participación.
 - Para la sociedad dependiente donataria, un incremento de sus fondos propios.

Impuesto sobre Sociedades. ETVE. Distribución de dividendos y transmisión de la participación

Consulta de 12 de julio de 2012 (V1514-12)

Confirma la DGT que los beneficios distribuidos al socio único (entidad no residente en España) por parte de su filial española acogida al régimen especial de ETVEs, que procedan a su vez de entidades *subholding* tanto españolas como no residentes, pueden equipararse a rentas exentas a los efectos de la aplicación del artículo 118 del TRLIS, en la medida que las *subholding* sean sociedades meramente instrumentales 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 resulta aplicable a las rentas obtenidas por el socio en la transmisión de la participación en su filial española acogida al régimen especial de ETVEs.

Impuesto sobre Sociedades. Régimen especial de operaciones de reestructuración. Escisión parcial

Consulta de 20 de julio de 2012 (V1592-12)

Una entidad residente, dedicada a las actividades de I+D, análisis, fabricación y comercialización de productos médico-sanitarios, se escinde, segregando su actividad de I+D, que pasa a ser realizada por una entidad de nueva creación por medio de una estructura de organización y gestión diferenciada. En la segregación también se aporta a la entidad de nueva creación la participación íntegra en una filial no residente dedicada también a la actividad de I+D.

La DGT confirma la aplicación del régimen especial de operaciones de reestructuración a la escisión parcial planteada, al entender que la actividad que se segrega y transmite a la nueva sociedad beneficiaria de la escisión, la actividad de I+D, cuenta con la estructura de organización y de gestión diferenciada necesaria, lo que igualmente sucede para la actividad de producción y comercialización que se mantendrá en sede de la consultante. Afirmar la DGT que debe entenderse que las participaciones en la entidad no residente forman parte de esa rama de actividad como un elemento más de ella, pues la actividad que realiza esa entidad es similar a la actividad segregada. En este sentido, señala que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 84.1.a) del

TRLIS, no se integrarán en la base imponible entre otras, las rentas «*que se pongan de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español de bienes y derechos en él situados*», entendiéndose que cumple esta condición la participación en la filial no residente (R) en la medida en que ésta es adquirida por una entidad residente y estará sujeta a este impuesto en una transmisión posterior.

Finalmente, dado que en virtud del artículo 90.2 del TRLIS la entidad adquirente se subroga en todos los derechos de la transmitente, si esta última ha sido la creadora de determinados activos intangibles respecto de los cuales tiene derecho a la aplicación de la reducción prevista en el artículo 23 del TRLIS, al cumplir todos los requisitos necesarios para ello, la entidad beneficiaria de la escisión se subrogará en ese derecho.

UNIÓN EUROPEA*

1 · LEGISLACIÓN

Contratos con consumidores. Cláusulas abusivas en ejecuciones hipotecarias

Conclusiones de la abogada general, Sra. Juliane Kokott, presentadas el 8 de noviembre de 2012 en el asunto Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (as. C-415/11)

La abogada general estima que un sistema de ejecución hipotecaria como el vigente en España, que no prevé ninguna posibilidad de oponer, frente a la ejecución, el carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo que subyace a la hipoteca, resulta incompatible con la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en la medida en que ni en el propio procedimiento ejecutivo ni en un procedimiento judicial separado puede obtenerse una tutela efectiva para ejercitar los derechos reconocidos en dicha Directiva, por ejemplo, mediante una resolución judicial que suspenda provisionalmente la ejecución forzosa.

La abogada general recuerda que corresponde al juez nacional determinar si una cláusula contractual cumple los requisitos para poder ser calificada de abusiva en el sentido de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE. En el caso de la cláusula que otorga la posibilidad al acreedor de optar por el vencimiento anticipado de un contrato de préstamo de larga duración debido a un incumplimiento del deudor en un periodo de tiempo limitado, la abogada general estima que el órgano jurisdiccional debe examinar en qué medida la cláusula se aparta de la normativa legal que sería aplicable en su ausencia, si lo estipulado en la cláusula responde a una razón objetiva, y si el consumidor, a pesar de la alteración del equilibrio contractual en favor de quien la ejercita, no queda desprotegido con respecto al contenido normativo de la cláusula en cuestión. En relación con la cláusula que fija los intereses de demora al tipo anual del 18,75% frente al 4,87% del interés ordinario, la abogada general considera que el juez nacional debe analizar en qué medida el tipo de interés se aparta del tipo de interés legal que a falta de pacto sería aplicable y si está en proporción con el objetivo del interés de demora.

Libertad de establecimiento. Acción de oro

Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 2012 en el asunto Comisión Europea contra República Helénica (as. C-244/11)

La legislación griega que somete a autorización previa la adquisición de derechos de voto que representen más del 20 % del capital social de algunas sociedades anónimas estratégicas (que

* Esta sección ha sido coordinada por Edurne Navarro, y en su elaboración ha participado Luis Moscoso del Prado, del Grupo de Coordinación de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea, Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Bruselas).

explotan redes nacionales de infraestructuras en el marco de un monopolio) constituye una restricción a la libertad de establecimiento. Esta restricción no se encuentra justificada por motivos inherentes a la seguridad de abastecimiento, puesto que el régimen de autorización previa produce sus efectos sin que se demuestre la existencia de tal riesgo, siquiera de manera potencial.

**Cuestión prejudicial.
Publicidad de
resoluciones que
afectan al medio
ambiente**

Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de enero de 2013 en el asunto Jozef Križan y otros contra Slovenská inšpekcia životného prostredia (as. C-416/10)

Una norma nacional de Derecho procesal no puede poner en entredicho la facultad que tienen los órganos jurisdiccionales de plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial cuando albergan dudas acerca de la interpretación del Derecho de la Unión. Por tanto, el órgano jurisdiccional nacional conserva dicha facultad —incluso cuando una norma nacional le obliga a seguir la valoración jurídica formulada por el órgano jurisdiccional constitucional eslovaco—, y deberá dejar de lado las valoraciones formuladas por este último si resultan contrarias al Derecho de la Unión.

La negativa a poner a disposición del público una resolución de urbanismo relativa a la construcción de una instalación que tiene repercusiones significativas sobre el medio ambiente no puede justificarse invocando la protección de la confidencialidad de la información comercial o industrial. El público interesado debe tener a su disposición toda la información pertinente a partir de la fase del procedimiento administrativo de primera instancia, antes de que se adopte una primera resolución, siempre que dicha información esté disponible en la fecha en la que se lleva a cabo esa fase del procedimiento. No obstante, el Derecho de la Unión no se opone a que una negativa injustificada a poner a disposición del público interesado una resolución de urbanismo durante el procedimiento administrativo de instancia pueda regularizarse durante el procedimiento administrativo de alzada, siempre que dicha regularización permita al público ejercer una influencia real en el resultado del proceso de toma de decisiones.

**Directiva de IVA.
Aplicación de tipos
reducidos**

Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 2013 en el asunto Comisión contra España (as. C-360/11)

El Tribunal de Justicia ha declarado que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido («Directiva IVA»). La aplicación de un tipo reducido de IVA a las sustancias medicinales susceptibles de ser utilizadas habitual e idóneamente en la obtención de medicamentos es contraria a la Directiva IVA, que solo permite aplicar un tipo reducido a los productos acabados, susceptibles de ser utilizados directamente por el consumidor final, y excluye los productos que pueden emplearse para la obtención de medicamentos, que deben ser objeto normalmente de una transformación posterior. Además, el Tribunal estima que la Directiva IVA no permite la aplicación de un tipo reducido a los «productos sanitarios, material, equipos o instrumental que, objetivamente considerados, solamente puedan utilizarse para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias del hombre o de los animales». Por último, el Tribunal de Justicia afirma que no puede aplicarse un tipo de IVA reducido sobre los aparatos y complementos esencial o principalmente utilizados para suplir las deficiencias del hombre, pero que no se destinan al uso personal y exclusivo de los discapacitados.

**Retransmisión de
extractos breves de
acontecimientos de
gran interés público.
Limitación del
derecho de propiedad
justificada y
proporcionada**

Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de enero de 2013 en el asunto Sky Österreich GmbH contra Österreichischer Rundfunk (as. C-283/11)

La Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, permite a cualquier organismo de radiodifusión televisiva establecido en la Unión emitir resúmenes breves de carácter informativo relativos a acontecimientos de gran interés público sobre los cuales existen derechos de retransmisión en exclusiva. Pueden seleccionarse libremente extractos bre-

ves procedentes de la señal del organismo que goza de los derechos exclusivos, al cual se le abonará una contraprestación que equivaldrá únicamente a los costes adicionales en los que se haya incurrido directamente por prestar el acceso a la señal.

Esta limitación en la contraprestación es compatible con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que garantiza el derecho de propiedad y la libertad de empresa. Los derechos de radiodifusión televisiva en exclusiva tienen valor patrimonial, por lo que la normativa en cuestión supone una intervención en la libertad de empresa, en la medida que el titular de los derechos no puede decidir libremente el precio al que presta acceso a su señal. Sin embargo, el Tribunal de Justicia destaca que la libertad de empresa reviste como libertad fundamental la particularidad de que el poder público puede someterla a un amplio abanico de intervenciones que pueden limitar el ejercicio de la actividad económica en aras del interés general. En este caso, la limitación controvertida resulta justificada y proporcionada, ya que pretende proteger la libertad fundamental de recibir información y fomentar el pluralismo, valores ambos garantizados por la Carta.

Libertad de prestación de servicios. Derechos exclusivos para la explotación de juegos de azar *Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de enero de 2013 en los asuntos acumulados Stanleybet International Ltd y otros contra Ypourgos Oikonomias kai Oikonomikon, Ypourgos Politismou (as. ac. C-186/11 y C-209/11)*

El Tribunal de Justicia declara que el Derecho de la Unión se opone a una normativa nacional que concede a un único organismo el monopolio de los juegos de azar, sin que se reduzcan efectivamente las oportunidades de juego cuando, por una parte, no limite las actividades en este ámbito de forma coherente y sistemática y, por otra parte, no ejerza un control estricto de la expansión del sector de los juegos de azar. Además, el Tribunal de Justicia precisa que, debido a la primacía del Derecho de la Unión directamente aplicable, no puede establecerse un período transitorio durante el cual siga vigente una normativa nacional que establezca restricciones incompatibles con la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

Cancelación de vuelos por circunstancias extraordinarias. Ausencia de limitación temporal o económica a la obligación de asistencia a los pasajeros *Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de enero de 2013 en el asunto Denise McDonagh contra Ryanair Ltd (as. C-12/11)*

Circunstancias como el cierre de una parte del espacio aéreo europeo a raíz de la erupción del volcán Eyjafjallajökull constituyen «*circunstancias extraordinarias*» que no exoneran a los transportistas aéreos de su obligación de asistencia prevista en el Reglamento (CE) 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos.

Este Reglamento no establece ninguna limitación de índole temporal o económica a la obligación de asistencia a los pasajeros afectados por la cancelación de un vuelo por circunstancias extraordinarias. De este modo, todas las obligaciones de asistencia a los pasajeros afectados por cancelaciones de vuelos recaen íntegramente en el transportista aéreo durante todo el período en que tales pasajeros deban esperar un transporte alternativo. Sin embargo, el Tribunal de Justicia destaca que cuando un transportista aéreo no ha cumplido su obligación de prestar asistencia a un pasajero aéreo, este solo puede obtener, como indemnización, el reembolso de los importes que resulten necesarios, adecuados y razonables para suplir la deficiencia del transportista aéreo en la asistencia a dicho pasajero, y la apreciación de ello corresponde al juez nacional.