

CRÓNICA LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Unión Europea, España y Portugal

ADMINISTRATIVO

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Modificación de la Ley de Costas

Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (BOE de 30 de mayo de 2013)

La Ley 2/2013 realiza una intensa revisión del régimen jurídico de utilización del dominio público marítimo-terrestre. La reforma alcanza desde la propia definición del demanio marítimo-terrestre hasta el régimen sancionador, incluyendo otros aspectos esenciales como los plazos de autorización y concesión para el uso y ocupación del dominio público.

A continuación se destacan los principales aspectos de la modificación:

(i) Para la definición de la zona marítimo-terrestre, el nuevo artículo 3.1.a) se remite al reglamento que aprobará los criterios técnicos para definir hasta dónde alcanzan las olas en los mayores temporales conocidos.

Además, se descarta que los terrenos inundados artificialmente pasen a formar parte del dominio público, salvo que antes de la inundación ya lo fueran. Por tanto, solo se incorporarán al demanio aquellos terrenos invadidos por causas naturales e incontroladas.

(ii) El artículo 13.ter dispone la posible declaración por la Administración del Estado en situación de regresión grave de determinados tramos del dominio público marítimo-terrestre. Esta posibilidad queda condicionada a desarrollo reglamentario.

(iii) La Administración estatal está habilitada a reducir desde los 100 metros hasta un mínimo de 20 metros la servidumbre de protección en las márgenes de los ríos hasta donde sean sensibles las mareas. Esta intervención debe hacerse de acuerdo con la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento.

(iv) El acuerdo de incoación del expediente de deslinde se notificará al Registro de la Propiedad para que emita una certificación de dominio y cargas de las fincas inscritas que resulten del plano aportado y además será objeto de nota marginal en el folio de las fincas afectadas.

Además, se prevé la revisión de los deslindes cuando se altere la configuración del dominio público marítimo-terrestre. De esta forma, cuando, como consecuencia del deslinde, se incorporen nuevos terrenos al dominio público, los titulares adquirirán de oficio una concesión por setenta y cinco años, sin obligación de abonar canon.

* Esta sección ha sido elaborada y coordinada por Ramón Vázquez del Rey Villanueva, abogado del Área de Derecho Público y Medio Ambiente de Uría Menéndez (Madrid).

Los titulares de las obras e instalaciones que, tras la revisión del deslinde, se incorporen a la zona de servidumbre de protección, podrán realizar obras de reparación, mejora, consolidación y modernización, siempre que no impliquen aumento de volumen, altura ni superficie.

(v) Mediante reglamento se establecerá un régimen diferenciado de ocupación y uso de las playas según se trate de tramos naturales o urbanos.

(vi) Por lo que se refiere a los plazos para la ocupación y uso del dominio público, las autorizaciones podrán otorgarse hasta un plazo de cuatro años, y las concesiones hasta un plazo de setenta y cinco (antes era de treinta).

(vii) En cuanto a las concesiones, ahora se autoriza la transmisión *inter vivos* siempre que previamente se acredite que el adquirente reúne las condiciones establecidas en la concesión. Además, se amplía el plazo para adquirir la concesión *mortis causa* hasta los cuatro años desde el fallecimiento.

Los nuevos plazos de prórroga de las concesiones preexistentes se regulan en el artículo segundo de la Ley 2/2013. Así, las concesiones otorgadas antes de la entrada en vigor de la nueva Ley podrán ser prorrogadas por un plazo máximo de setenta y cinco años en función de los usos, siempre y cuando lo solicite «antes de que se extinga el plazo para el que fue concedida» (nunca va a ser posterior al 29 de julio de 2018).

La disposición transitoria primera se modifica para permitir que los titulares registrales amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria sean concesionarios sin las condiciones exigidas por la anterior redacción. Cuando se trate de terrenos con instalaciones sujetas a la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación, la concesión requerirá previo informe (no vinculante) de la Comunidad Autónoma.

Y, de entre las nuevas causas de extinción de la concesión, el artículo 78 de la Ley incorpora la incursión en una causa de prohibición de contratar. El plazo para notificar la resolución del procedimiento de extinción se amplía de doce a dieciocho meses.

(viii) En el nuevo artículo 84 se regulan las previsiones para el cálculo del canon por ocupación o aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre.

Como novedad también destacable, se introduce la imposición de contribuciones especiales cuando de la ejecución de las obras que se realicen en el dominio público marítimo-terrestre para su protección, mejora o defensa, determinadas personas obtengan un beneficio especial, «aunque no pueda fijarse en una cantidad concreta» (artículo 87.bis). La exacción de contribuciones especiales queda sujeta a desarrollo reglamentario, si bien se dispone que en ningún caso la base imponible podrá superar el cincuenta por ciento del coste total de las obras.

(ix) El régimen sancionador también se ve modificado, incluyendo los plazos de prescripción de las infracciones y sanciones, que se reducen a dos años para las graves. En el caso de las leves, la prescripción de las infracciones es de seis meses, y de un año para las sanciones.

(x) La nueva disposición adicional décima define las urbanizaciones marítimo-terrestres que deberán contar con un instrumento de ordenación ajustado a las prescripciones de esa disposición.

(xi) Mediante la disposición adicional séptima y el anexo de la Ley, se excluyen del dominio público marítimo-terrestre los terrenos de determinados núcleos de población. La eficacia de la exclusión queda sujeta a la formalización de los correspondientes negocios de transmisión.

(xii) Finalmente, cabe destacar que, según la disposición adicional novena, debido a la actual coyuntura económica, las instalaciones de depuración construidas en dominio público marítimo-terrestre que debieran ser reubicadas en cumplimiento de una resolución judicial continuarán temporalmente su actividad en el mismo emplazamiento.

**Decreto-ley andaluz
contra desahucios***Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda (BOJA de 11 de abril de 2013)*

El Decreto-ley 6/2013 introduce, principalmente, dos conjuntos de medidas:

(i) En primer lugar, regula un procedimiento contradictorio para la declaración de una vivienda como deshabitada («no se destina efectivamente al uso residencial previsto durante más de seis meses consecutivos en el curso de un año desde el último día de efectiva habitación»). Se establece un plazo máximo de un año para la resolución del expediente y se crea el Registro de Viviendas Deshabitadas.

Cuando el titular sea una persona jurídica, la falta de habitación de la vivienda —de modo que se incurra en la situación de vivienda deshabitada— pasa a tipificarse como infracción administrativa muy grave, con multa de hasta 9.000 euros.

(ii) En segundo lugar, se regula, en la disposición adicional segunda del Decreto-ley, la declaración del interés social, a efectos de expropiación forzosa, de la cobertura de necesidad de vivienda de personas en especiales circunstancias de emergencia social, y se identifican como tales las personas incurso en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, incluidos los procedimientos instados por entidades financieras, sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos.

Este procedimiento de expropiación temporal del uso de la vivienda se ajustará a la legislación de expropiación forzosa, si bien con tres reglas particulares: (i) se declara la urgente ocupación de la expropiación; (ii) el acta de ocupación establecerá la forma en que la propiedad recuperará el uso de la vivienda, transcurrido el plazo de expropiación, y se reconoce el derecho de reversión; y (iii) la persona beneficiaria queda obligada al pago a la Administración de una cantidad en concepto de contribución al pago de justiprecio. La cuantía no será superior al 25% de los ingresos de la unidad familiar ni al justiprecio.

2 · JURISPRUDENCIA**[España]****La interposición de recursos de apelación o casación contra autos no genera la obligación de abonar la tasa judicial***Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 3 de diciembre de 2012 (n.º de registro 12879-12)*

El artículo 2.e) de 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 establece, como uno de los hechos imponible de esta tasa, «La interposición de recursos de apelación contra sentencias y de casación en el orden civil y contencioso-administrativo». Apunta la Dirección General de Tributos que ese precepto menciona exclusivamente a las sentencias, de forma que, en aplicación del principio de prohibición de la analogía en el ámbito tributario, la interposición de recursos de apelación o casación contra autos no devenga esa tasa.

Responsabilidad subsidiaria del Estado en el pago de justiprecio ante insolvencia de concesionarias de autopistas*Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 y 12 de febrero (rec. n.º 319/2012, rec. n.º 320/2012 y rec. n.º 321/2012)*

Estas sentencias del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, el «TSJ») de Castilla-La Mancha han condenado a la Administración, como responsable subsidiario, al abono de los justiprecios fijados a favor de los expropiados afectados por la construcción de la autopista AP-41, más los correspondientes intereses de demora.

El TSJ basa su fallo en varios argumentos, que sintéticamente exponemos en orden decreciente de importancia:

(i) Desde la perspectiva del artículo 33 de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la indemnización que debe percibir el expropiado, en sustitución del bien

que le es arrebatado por razón de interés público y utilidad social, se convierte en una garantía constitucional, en un derecho sin el cual no se justifica la intromisión de los poderes públicos. Según el TSJ, dicho derecho constitucional es desde luego ajeno a cualesquiera avatares derivados del procedimiento elegido por la Administración para la llevar a cabo la expropiación, de la intervención de una concesionaria o de la insolvencia de esta. Y este derecho constitucional se ve laminado desde el momento en que el expropiado no recibe la indemnización establecida.

Corolario de lo anterior es que el concurso de la concesionaria en ningún caso puede mermar su derecho ni por el principal ni por los intereses devengados.

(ii) La Administración expropiante va a devenir propietaria de la infraestructura (respecto de la que la concesionaria actúa como mera vicaria) y dicha adquisición carecería de título si no se abonan los justiprecios, lo que conllevaría a una situación de enriquecimiento injusto a favor de la propia Administración.

(iii) Existe responsabilidad de la Administración en la producción del daño a los expropiados cuando no se les abona el justiprecio, daño que tiene su origen *«en una conducta o ‘vicio’ de la Administración al proyectar una infraestructura, al llevar a cabo una expropiación urgente, al aprobar un Proyecto determinado, al elegir un Contratista-Concesionaria para la ejecución que no puede pagar, al no resolver el contrato, al no ejecutar la fianza, al dejar firmes los acuerdos del Jurado de expropiación sin declarar su lesividad...»* (FD 5.º, párrafo quinto, de las sentencias).

(iv) Finalmente, las sentencias apuntan, en el FJ 5.º, párrafo sexto, incluso a una responsabilidad directa de la Administración expropiante, a título de responsabilidad patrimonial, como consecuencia de los vicios de nulidad de pleno Derecho en los que incurrió durante la tramitación del procedimiento expropiatorio, y que ha dado lugar a la condena al pago a favor de los expropiados de un 25% del importe fijado como justiprecio.

No obstante los anteriores argumentos, el TSJ realiza una precisión muy relevante: el primer obligado es la concesionaria porque así lo establece la Ley; pero constatado que dicha concesionaria no puede hacer frente al pago de los justiprecios, pues por este motivo se declaró en concurso voluntario, es decir, siendo notoria la insolvencia de esta mercantil, y es indiferente si la insolvencia es provisional o definitiva, debe ser la Administración expropiante la que asuma el pago del justiprecio para cumplir con el mandato constitucional, en calidad de responsable subsidiario, y sin perjuicio de los derechos que adquiera si paga por otro.

Estas sentencias coinciden en la línea ya apuntada por el auto del TSJ de Madrid, de 21 de enero de 2013, que declaró esa responsabilidad subsidiaria del Estado en sede de ejecución de la sentencia que fijaba el justiprecio expropiatorio, esta vez, con motivo de la ejecución de una de las radiales de Madrid. Entendió entonces el TSJ de Madrid que *«obligar al expropiado, al que todavía no se le ha pagado el justiprecio, a tener que esperar a los resultados del concurso, bien a la quita o a la espera o a la quita-espera, y luego a interponer un acción independiente de responsabilidad, entendemos que implica una vulneración al principio de tutela judicial efectiva»*. Debe señalarse que este auto tiene un voto particular discrepante (Ilmo. Sr. Del Portillo) que termina concluyendo que la Administración solo ha de responder si queda acreditado, en el procedimiento correspondiente, que incumplió alguna de sus obligaciones y que de dicho incumplimiento se derivó perjuicio sufrido por el expropiado.

Es conforme al principio de igualdad que se obligue a las sociedades con derecho a percibir los CTC a sufragar el déficit tarifario proporcionalmente

Sentencia Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de marzo de 2013 (recurso núm. 14/2012)

En esta sentencia la Audiencia Nacional resuelve que el sistema de financiación del llamado déficit tarifario (*cf.* disposición adicional 21.ª de la Ley 54/1997, de 27 noviembre, del Sector Eléctrico, en relación con la disposición transitoria 1.ª del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social) no es contrario al artículo 14 de la Constitución.

Y para ello realiza un triple análisis: de la legitimidad del fin de la norma; la funcionalidad de la diferenciación para la legítima finalidad perseguida y, por último, su proporcionalidad.

Por lo que respecta a la legitimidad del fin de la norma, viene justificada por la configuración del energético como un sector de interés general o servicio esencial cuya regulación se orienta en garantía del suministro, de su calidad, de su continuidad, de su seguridad, de su acceso en condiciones de igualdad, etc.

La Sala entiende que esa imposición normativa, de la que trae su causa la liquidación impugnada, supera el juicio de funcionalidad y es razonable. La designación que las normas de cobertura cuestionadas en este pleito hacen de las empresas financiadoras se sostiene en su participación activa en los orígenes del déficit tarifario, y la fórmula de reparto del déficit es racional, pues pretende «que aporten más aquellas empresas que más se han beneficiado de unos precios de mercado elevados, los que han contribuido en gran medida a la formación del déficit y que, además, son las que han recuperado los CTCs [Costes de Transición a la Competencia] con mayor rapidez». La premisa básica de la legislación impugnada es que no debe trasladarse al consumidor en ningún caso el coste de un déficit nacido de unos precios de mercado fijados artificialmente. Considera la Audiencia Nacional que es conforme al principio de igualdad que se obligue a las sociedades con derecho a percibir los CTCs a sufragar el déficit tarifario proporcionalmente; en especial si se tiene en cuenta que se trata de los principales grupos empresariales en el sistema eléctrico.

Ese juicio sobre la funcionalidad del trato diferenciado conduce a que no resulte arbitrario, injustificado ni desproporcionado que a las matrices de los principales grupos empresariales, que actúan como empresas verticalmente integradas (generación en régimen ordinario y especial, distribución y comercialización) se les imponga tal obligación al presumírseles mayor solvencia y capacidad para su asunción. Que la obligación de pago se imponga a la matriz de un grupo empresarial y no a otras empresas de su grupo no implica un trato discriminatorio, tal imposición a la matriz cobra sentido, pues al tratarse de un grupo de empresas hay que entender que diseña estrategias en el conjunto de esos segmentos antes indicados.

A mayor abundamiento señala la Sala que el resto de los concernidos en el sistema eléctrico no quedan al margen en el objetivo de paliar el déficit.

Además, se considera que no es de recibo que el demandante alegue, después de aquietarse durante años con la situación, falta de justificación de un trato distinto.

Examen del requisito del periculum in mora en la solicitud de suspensión cautelar de la resolución de un recurso especial en materia de contratación que excluyó la oferta de quien había resultado adjudicatario del contrato

Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de marzo de 2013 (recurso n.º 14/2013)

El TSJ de Cataluña denegó la suspensión cautelar de la ejecución de la exclusión de una oferta decretada por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña («OARCC») con ocasión de un recurso especial interpuesto en el procedimiento de adjudicación de un contrato de gestión del servicio de abastecimiento de aguas tramitado.

Las razones del TSJ para la denegación de la medida cautelar son, básicamente, las siguientes:

(i) El órgano de contratación formalizó el contrato antes de que se emitiera la resolución del OARCC, de modo que asumió voluntariamente el riesgo de que el acuerdo de adjudicación pudiera ser dejado sin efecto. En consecuencia, este hecho no puede ser utilizado como argumento contra la plena eficacia de lo resuelto por el OARCC.

(ii) No cabe considerar que la prestación del servicio pueda verse sustancialmente alterada por la ejecución de lo resuelto por el OARCC, ya que, conforme al artículo 35.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP), el órgano de contratación tiene la facultad de adoptar las medidas pertinentes para asegurar el mantenimiento de la gestión del adjudicatario durante un período transitorio, para garantizar la continuidad en la prestación del servicio.

(iii) Existe otra oferta que no ha sido excluida, por lo que tampoco cabe prever la posibilidad de que se declare desierto el procedimiento de adjudicación, con arreglo al artículo 151.3 del TRLCSP.

(iv) No se generan perjuicios de difícil reparación respecto del personal de la anterior y extinta prestadora del servicio, puesto que la exigencia de mantenimiento del puesto de trabajo que deriva del pliego de condiciones (20 meses) extiende su eficacia durante un período superior al de duración previsible de este procedimiento.

(v) El órgano de contratación no ha justificado suficientemente la incidencia que la ejecución de lo resuelto por el OARCC tendrá sobre el sistema tarifario, por lo que tampoco cabe acoger este supuesto daño.

(vi) En último término, tampoco se aprecian perjuicios irreparables para la Hacienda. Aunque la declaración de nulidad del contrato dará lugar a la devolución al adjudicatario de las cantidades que este haya abonado por razón de aquel, no es previsible, conforme Al TRLCSP, que tenga lugar una situación de pendencia prolongada antes de que se proceda a una nueva adjudicación. Además, el abono del canon correspondiente deberá ser asumido por el nuevo adjudicatario en condiciones equivalentes al anterior, por lo que tampoco cabe apreciar la existencia de un quebranto relevante para la Hacienda.

Posibilidad de acudir al procedimiento negociado sin publicidad para adjudicar contratos de suministro a empresas en situación de disolución o liquidación

Informe 3/2013, de 23 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón

El informe analiza la posibilidad de acudir al procedimiento negociado sin publicidad para adjudicar un contrato de suministro con una empresa en disolución, según lo previsto en el artículo 173.e) del TRLCSP. Sobre este particular, la Junta concluye que la referencia al término «*proveedor que cese definitivamente en sus actividades comerciales*» no impide a un poder adjudicador adquirir, como suministro, aquellos productos que distribuya una empresa en disolución, aun cuando estos sean el material de segunda mano que una empresa vende con motivo de su disolución. Más que una quiebra del principio de igualdad de trato (ni de alteración del mercado), es más bien «*una posibilidad de gestión eficiente de los recursos públicos al aprovechar una circunstancia excepcional de aprovisionamiento*».

Finalmente, para la Junta existen la capacidad y solvencias precisas «*cuando se pretende comprar los activos mobiliarios usados de una empresa en liquidación —aun cuando se trate de condiciones ventajosas—, pues, evidentemente, aunque no es una actividad fundamental de la empresa, sí es propia de cualquier tipo de negocio empresarial, en tanto pretende, aun en el cese, recuperar parte de su inversión con la venta de sus activos*». Concluye, por tanto, que la necesidad de solvencia, capacidad y relación con el objeto social para que una empresa pueda ser adjudicataria no impide por sí sola la posibilidad de compra en caso de disolución o extinción de empresas, ya que esa actividad es propia a cualquier negocio empresarial.

ARBITRAJE*

1 · JURISPRUDENCIA

[España]

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía anula un laudo arbitral por haber sido dictado fuera de plazo

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, de 1 de marzo de 2013

La sentencia analiza el caso de un laudo que fue emitido cuando había transcurrido ya el plazo previsto en las normas que regían el procedimiento arbitral y después de que una de las partes hubiera solicitado expresamente la declaración de caducidad.

En su razonamiento, la Sala apunta que, una vez expirado el plazo para emitir el laudo, se produce el cese automático de los árbitros y que, por tanto, a partir de ese momento no puede dictarse una resolución arbitral válida.

El Tribunal reconoce expresamente que la infracción del plazo para dictar laudo no es causa de nulidad tras la última modificación de la Ley de Arbitraje, que tuvo lugar mediante la Ley 11/2011 de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. Sin embargo, la Sala estima que la modificación operada en el artículo 37.2 de la Ley de Arbitraje no es aplicable al caso concreto porque el procedimiento se encontraba ya en tramitación antes de la entrada en vigor de la Ley 11/2011.

La Sala confirma así que la modificación legal operada tras la aprobación de la Ley 11/2011 despeja toda duda sobre la validez de los laudos dictados fuera de plazo. De esta forma, el retraso en la emisión del laudo queda relegado, como causa de anulación, a aquellos procedimientos que fueran iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley.

La documentación que figura en laudo nulo puede ser prueba lícita en procedimiento arbitral posterior

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), Sala de lo Civil y Penal, de 7 de marzo de 2013, Rec. n.º 7/2012

La sentencia resulta de interés por admitir la utilización de documentación que figura en un laudo arbitral nulo como prueba en un procedimiento arbitral posterior.

Las partes del procedimiento judicial lo eran también de un contrato homologado de suministro de patata para industria. Para resolver la controversia surgida en relación con el cumplimiento del contrato, se dictó un laudo arbitral que fue declarado nulo porque ni la demanda ni la contestación se habían presentado por escrito.

Posteriormente, se dictó un nuevo laudo por árbitro designado por la Dirección General de Industria y Mercados Alimentarios. Este último laudo fue impugnado por la parte adquirente alegando, entre otros motivos, que se fundaba en prueba ilícita y era, en consecuencia, contrario al orden público. La prueba en cuestión consistía en un listado de albaranes de venta que figuraba en el primer laudo, es decir, en el laudo declarado nulo.

El Tribunal Superior de Justicia desestima la demanda y declara la validez de la referida prueba documental. El Tribunal toma en consideración los términos y fundamentos de la sentencia

* 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).

que declaró la nulidad del primer laudo y resuelve que sus efectos no se pueden extender y, en particular, que «no cabe, al amparo de la misma, transformar en prueba ilícitamente obtenida la documentación valorada en el marco de una prueba pericial practicada en el presente procedimiento arbitral con pleno respeto al principio de contradicción» (fundamento de derecho cuarto).

La imposibilidad de comparecer el día de la vista debe ser puesta en conocimiento del tribunal arbitral de forma diligente

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Civil y Penal, de 20 de marzo de 2013, Rec. n.º 9/2012

Esta resolución trae causa de la acción de anulación interpuesta por la parte condenada en un laudo cuyo representante legal no había podido acudir a la vista señalada por el tribunal arbitral al haber sufrido un ataque de vértigo que le obligó a buscar asistencia médica. En opinión de la demandante, esta circunstancia le había impedido hacer valer sus derechos en el procedimiento arbitral.

El Tribunal Superior de Justicia entiende acreditado que, en efecto, el representante legal de la demandante se vio impedido de comparecer ante el tribunal arbitral a la vista del informe médico aportado junto con la demanda de anulación. No obstante, la Sala desestima la acción de anulación porque esta imposibilidad no se dio a conocer al tribunal arbitral y solo se puso de manifiesto en la demanda de anulación.

La Sala fundamenta su decisión en la doctrina jurisprudencial que rechaza la posibilidad de acordar la nulidad de actuaciones en aquellos casos en los que el interesado no ha podido comparecer, pero no informa al órgano judicial de las causas de su incomparecencia de forma diligente. En apoyo de su argumentación, invoca expresamente la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2006 (que se refiere a un abogado que hubo de ir al médico y no lo puso en conocimiento del órgano judicial hasta que interpuso recurso).

2 · DECISIONES

Laudo acordado por las partes en el que la demandante reconoce su falta de legitimación bajo el TLCAN

Laudo acordado por las partes en el arbitraje iniciado bajo el Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (St. Marys VCNA, LLC y Gobierno de Canadá), de 12 de abril de 2013

A) En el presente caso, planteado bajo el Capítulo XI (Inversión) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y conducido conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el Tribunal Arbitral ha emitido un laudo acordado por las partes mediante el que la demandante reconoce su falta de legitimación activa en el procedimiento por tratarse de una sociedad controlada por un grupo de sociedades brasileño. Por lo tanto, se trata de un inversionista de un país que no es parte del TLCAN.

B) La demandante, St. Marys VCNA, LLC (St. Marys), compañía constituida en Delaware, inició el presente arbitraje contra el Gobierno de Canadá como consecuencia de una orden ministerial de urbanismo que afectaba a un terreno propiedad de St. Marys Cement Inc. (SMC) (Canadá). Canadá cuestionó la legitimación de la demandante sobre la base del artículo 1113.2 del TLCAN («Denegación de beneficios»): «Una Parte podrá denegar los beneficios de este capítulo a un inversionista de otra Parte que sea una empresa de dicha Parte y a las inversiones de tal inversionista, si inversionistas de un país que no sea Parte son propietarios o controlan la empresa y ésta no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de la Parte conforme a cuya ley está constituida u organizada».

C) Durante la fase de producción de documentos, en la que la demandada había requerido a la demandante documentos que verificaran su estructura accionarial y que probaran que tenía actividad comercial en los Estados Unidos, las partes comunicaron al Tribunal que habían suscrito un acuerdo de transacción y, por tanto, solicitaron el laudo por acuerdo de las partes. Cabe destacar los siguientes extremos de dicho acuerdo:

(i) Por parte de la demandante, el acuerdo está suscrito, no solo por la compañía de Delaware, demandante en el procedimiento arbitral, sino también por la canadiense SMC y por Votorantim Cement North America Inc., otra compañía de Ontario. En el propio acuerdo, las tres compañías son conjuntamente denominadas Votorantim Group, lo que permite deducir que la disputa afectaba al Grupo Votorantim, empresa cien por cien brasileña.

(ii) La demandante retiró su notificación de arbitraje y el Grupo Votorantim reconoció que la demandante «carece y siempre ha carecido» de legitimación para plantear una reclamación bajo el Capítulo XI del TLCAN.

(iii) Canadá, por su parte, se comprometió a no plantear ninguna reclamación al Grupo Votorantim por los costes ocasionados en el arbitraje hasta el 28 de febrero de 2013, día en el que las partes comunicaron al Tribunal su solicitud de laudo por acuerdo de las partes.

Lo pactado por las partes implica el reconocimiento de que St. Marys estaba controlada por Votorantim, un inversionista de un país no parte (Brasil) y, por tanto, que de acuerdo con el artículo 1113.2 TLCAN, quedaba fuera del marco de protección del Tratado.

Debe tenerse en cuenta que Brasil no ha ratificado ningún acuerdo bilateral de protección, ni forma parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI). Por tanto, este laudo pone sobre la mesa la cuestión de si se seguirá conviniendo a Brasil, cuyas inversiones en el mundo están en alza, continuar con la misma política exterior o si, por el contrario, en un futuro estimará aconsejable suscribir algunos acuerdos bilaterales de inversión para fomentar la protección de las inversiones extranjeras de sus nacionales.

Miembros del Tribunal Arbitral: Prof. Michael Pryles (Australia) Presidente; Prof. Richard Stewart (Estados Unidos de América); Prof. Brigitte Stern (Francia).

Vulneración del estándar de tratamiento justo y equitativo por Rumanía debido a ciertas irregularidades en la investigación penal contra directivos de una compañía holandesa; daños no probados

Laudo del Tribunal Arbitral del caso CIADI n.º ARB/06/3 (The Rompetrol Group N.V. c. Rumanía) de 6 de mayo de 2013

Un Tribunal Arbitral CIADI ha determinado que existió vulneración, aunque en menor medida que lo solicitado, por parte de Rumanía del Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de inversiones entre Países Bajos y Rumanía (el «APPRI») en el marco de las investigaciones penales llevadas a cabo por las autoridades rumanas contra determinados directivos de The Rompetrol Group N.V. («TRG» o «la Demandante»). No obstante, el Tribunal desestimó los daños económicos y morales reclamados por TRG por considerar que no habían quedado suficientemente probados.

La disputa deriva de la investigación iniciada en mayo de 2004 por la Oficina Nacional Anti-Corrupción rumana contra TRG, por blanqueo de capitales y evasión fiscal, con motivo de la privatización de la refinería Petromidia, de la que TRG había comprado al Estado rumano la mayoría de las acciones. En septiembre de 2004, la Oficina del Fiscal General de Rumanía inició una investigación contra algunos de los directivos de TRG, incluido su Presidente, el Sr. Patriciu, quien fue objeto de escuchas telefónicas, a quien se le prohibió abandonar el país y que llegó incluso a ser detenido.

Durante el arbitraje, TRG alegó que varias de las medidas empleadas, ocho en total, durante estos procedimientos vulneraban el APPRI, en particular, los estándares de tratamiento justo y equitativo, de plena protección y seguridad y de no interferencia en la inversión. Según TRG, las investigaciones, apoyadas por el Estado rumano, resultaron abusivas y opresivas, y respondían a razones políticas.

En su decisión, el Tribunal llama la atención sobre el hecho de que las medidas adoptadas no estaban dirigidas directamente contra TRG, sino contra algunos de sus directivos, cuyos derechos eran personales y distintos de los de la compañía. Según el Tribunal, para considerar que las medidas caían bajo el ámbito de protección del APPRI, la Demandante debía probar la conexión entre la medida dirigida contra la persona individual y las dirigidas contra el inversor o la inversión. En concreto, debía probar (i) la existencia de medidas tomadas en contra de los

individuos por acciones realizadas en nombre o en beneficio del inversor; o (ii) la existencia de medidas dirigidas contra individuos con el fin de perjudicar al inversor.

Aplicando este razonamiento a los hechos, el Tribunal consideró que cinco de las ocho medidas empleadas contra los directivos de TRG excedían de la competencia del Tribunal por estar dirigidas hacia la persona individual. En cuanto a las tres restantes (embargo sobre las acciones que TRG poseía de una empresa en Rumanía, publicaciones acusatorias en prensa durante la investigación de TRG llevada a cabo por el fiscal y detención de dos de los directivos de TRG), el Tribunal entendió que sí se encontraban dentro de su competencia por tratarse de medidas que afectaban propiamente a la inversión. En concreto, el Tribunal razona que el efecto acumulativo de varias medidas ilegales puede dar lugar a la violación del APPRI si son suficientemente graves y persistentes como para afectar los intereses del inversor, aunque individualmente consideradas no supusieran la violación del Tratado. El Tribunal señaló también que las expectativas legítimas del inversor protegido incluyen la expectativa de que, en caso de formar parte de un proceso penal, el Estado en el que invierte intente evitar daños innecesarios a sus intereses o al menos mitigarlos.

Como consecuencia de este análisis, el Tribunal declara que existió una vulneración de la cláusula de tratamiento justo y equitativo del APPRI, debido a que las autoridades rumanas fueron conscientes de que las medidas adoptadas afectaban negativamente a TRG y no tomaron las medidas correspondientes para minimizar el daño. No obstante, el Tribunal enfatiza que su decisión se basa enteramente en los hechos del caso y que no debe entenderse que toda irregularidad en el contexto de una investigación penal pueda dar lugar, automáticamente, a la violación del estándar de trato justo y equitativo.

Por lo que respecta al análisis de los daños, el Tribunal concluye que, dado que había decidido que tan solo algunas de las premisas de hecho daban lugar a una vulneración del Tratado, el método empleado por los expertos de TRG para calcular los daños (el «*event study method*») era fundamentalmente errado. El Tribunal entendió que este método, tal y como fue aplicado por los expertos de la Demandante, tomaba como premisa de base que la investigación penal llevada a cabo por las autoridades rumanas era, en el conjunto de sus medidas, ilegal *per se*. Sin embargo, el Tribunal estimó que, para el caso en que la responsabilidad del Estado surgiera de tan solo una parte de la conducta alegada, el método no era viable.

El Tribunal negó igualmente el resarcimiento de los daños morales solicitados por TRG, indicando que el daño moral es una medida abstracta y discrecional que merece un considerable grado de cautela en caso de que se trate de conceder daños morales a un inversor, persona jurídica. El Tribunal hizo hincapié en que hasta la fecha existían tan solo dos casos CIADI en los que los daños morales habían sido concedidos, y también precisó que en ningún caso deben ser utilizados como herramienta de resarcimiento cuando ha sido imposible probar un daño económico real.

Miembros del Tribunal Arbitral: Sr. Franklin Berman (Reino Unido) Presidente; Sr. Donald Francis Donovan (Estados Unidos de América); Sr. Marc Lalonde (Canadá).

COMPETENCIA*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Aprobada la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE de 5 de junio de 2013)

Con fecha 6 de junio de 2013, entró en vigor la Ley 3/2013 por la que se crea el nuevo organismo regulador. Bajo el nombre de Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia («CNMC»), este organismo integrará competencias de la Comisión Nacional de la Competencia («CNC») con la regulación y supervisión en distintos sectores (entre otros, telecomunicaciones, energía, correo postal o ferrocarriles).

En lo que respecta a la aplicación material de las normas de Defensa de la Competencia, la Ley no introduce modificaciones significativas. La norma aplicable seguirá siendo la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, aunque complementada en ciertos aspectos por la Ley 3/2013. Entre las novedades cabe destacar, en particular, las nuevas disposiciones en relación con los poderes de investigación de la autoridad y los requisitos de motivación de los requerimientos de información de la CNMC.

En cambio, desde el punto de vista orgánico las modificaciones son significativas. A partir de la puesta en funcionamiento de la CNMC, la instrucción de los expedientes en aplicación de la Ley 15/2007 será realizada por la Dirección de Investigación de Competencia, siendo resueltos por la Sala de Competencia, una de las dos salas que componen el Consejo de la nueva autoridad.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Responsabilidad matriz filial y autonomía financiera

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2013 en el asunto ENI contra Comisión Europea (as. C-508/11 P)

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia considera que, para romper la presunción de influencia decisiva que le atribuye la responsabilidad del pago de una multa, no basta con que una matriz titular del 100% del capital de la filial infractora demuestre la autonomía funcional de esta filial. En cambio, el Tribunal de Justicia sostiene que también resulta necesario probar que la filial en cuestión goza de autonomía desde un punto de vista financiero.

[España]

La Audiencia Nacional recuerda a la CNC que su actuación está estrictamente sujeta al principio de legalidad y señala que la mera participación en una reunión de un cártel no es constitutiva de una infracción

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 28 de junio de 2013 y de 2 de abril de 2013

En 2011 la CNC sancionó a una serie de empresas por su participación en un cártel en el sector de los geles de ducha. El Consejo de la CNC decidió analizar la concreta responsabilidad de una de las empresas (Colomer) en un expediente posterior.

* Esta sección ha sido coordinada por Alfonso Gutiérrez, y en su elaboración han participado Raquel Lapresta, Paloma Sanjuán, Estíbaliz Peinado, Tomás Arranz, Irene Robledo y Poppy Smith, del Grupo de Coordinación de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea, Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid y Bruselas).

La Audiencia Nacional estima el recurso interpuesto por Colomer contra la Resolución de la CNC en la que se ordena la incoación de un nuevo expediente sancionador. En su fallo subraya que la Administración Pública está sometida al principio de legalidad y de vinculación positiva. Por ello, y considerando que el Consejo de la CNC carecía de base legal para ordenar la incoación de un nuevo procedimiento con el mismo objeto que uno cerrado, la Audiencia Nacional anula la resolución en lo que se refiere a este punto.

Respecto al recurso contra la Resolución que finalmente sancionaba a Colomer por su participación en la reunión constitutiva del cártel, la Audiencia destacó que «*es esencial al concepto de cártel el elemento de consenso o concertación de voluntades exteriorizadas*». El Tribunal consideró que dicho consenso no existía por parte de Colomer y estimó el recurso.

La Audiencia Nacional cuestiona la metodología de la comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 7 de marzo de 2013

La Audiencia Nacional estima en parte el recurso contra la Resolución de la CNC por la que se sanciona a los participantes del cártel del vino fino de Jerez, y lleva a cabo una serie de pronunciamientos novedosos relativos a la cuantificación de las sanciones.

Establece como criterio para la cuantificación de las sanciones el límite máximo recogido en el artículo 63 de la ley 15/2003. De este modo, sostiene que la cuantificación de la sanción debe realizarse tomando como base únicamente el volumen de ventas (i) en el mercado afectado por la infracción (ii) en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa. A este volumen de ventas debe aplicársele un porcentaje de hasta el 10%, que será ajustado en función de las circunstancias particulares del caso (gravedad, duración y concurrencia de atenuantes o agravantes).

A pesar de que esta nueva interpretación ha sido confirmada por la Audiencia Nacional en sentencias posteriores (entre otras, sentencias de 8 de marzo, 10 de marzo y 21 de marzo de 2013), la existencia de un voto particular contrario a esta reciente interpretación pone de manifiesto la división de opiniones en el seno de la Sección Sexta, por lo que será necesario esperar a que el Tribunal Supremo sienta una postura definitiva al respecto.

3 · DECISIONES EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

[Unión Europea]

La Comisión Europea prohíbe la adquisición de control exclusivo sobre Aer Lingus por parte de Ryanair

Decisión de la Comisión de 27 de febrero de 2013, asunto M.6663, Ryanair / Aer Lingus III

La operación notificada consistía en la adquisición de control exclusivo de la compañía aérea irlandesa Aer Lingus por Ryanair, mediante una oferta pública de adquisición de las acciones. Esta es la tercera vez que la Comisión Europea estudia esta operación. En 2007 la concentración fue prohibida, y en 2009 Ryanair retiró su segunda notificación. Desde la primera notificación en 2007, la cuota de mercado combinada de Ryanair y Aer Lingus se ha incrementado desde el 80% hasta un 87% en 2012 (para rutas de corta duración desde Dublín).

La Comisión Europea prohíbe la operación debido a que supondría la unión de las dos principales líneas aéreas de Irlanda. La Comisión considera que este cambio en el mercado perjudicaría a los pasajeros debido a la creación de una posición de dominio (o incluso de monopolio) en 46 rutas en las que ambas aerolíneas compiten intensamente en la actualidad. En definitiva, la Comisión considera que la operación dará lugar a incrementos de precios en perjuicio de los consumidores. Ryanair propuso varios compromisos para garantizar la capacidad de elección de los consumidores. Estos compromisos incluían la desinversión de 43 rutas donde ambas aerolíneas estaban presentes. Sin embargo, la Comisión concluye que estos compromisos no son suficientes para eliminar las dudas respecto de la compatibilidad de la operación con el mercado común.

Ryanair tiene una participación minoritaria de un 29,8% en Aer Lingus, la cual es objeto en la actualidad de una investigación paralela de la Comisión de Competencia del Reino Unido. La fecha límite de la investigación es el 5 de septiembre de 2013.

La Comisión Europea autoriza la adquisición de NYSE Euronext por InterContinental Exchange

Decisión de la Comisión de 24 de junio de 2013, asunto M.6873, InterContinentalExchange / NYSE Euronext

La Comisión Europea autoriza sin condiciones el proyecto de adquisición del operador bursátil NYSE Euronext por parte de su rival InterContinental Exchange («ICE»).

Ambos operadores centran su actividad en la prestación de servicios de liquidación y compensación, sobre todo en el campo de derivados y en particular los futuros de productos agrícolas e índices de renta variable de Estados Unidos. La operación creará el tercer mayor operador bursátil del mundo. Sin embargo, la Comisión considera que las dos compañías no son rivales directas en los mercados afectados y que continuarán teniendo que enfrentarse a varios competidores.

Tras la adquisición, ICE prevé la salida a bolsa de Euronext (la bolsa paneuropea) si las condiciones de los mercados lo permiten. ICE, que mantendrá la marca NYSE, sumará a su junta directiva cuatro consejeros de NYSE Euronext. Con motivo de la operación, ICE también adquirirá control sobre NYSE Liffe, el segundo mercado de derivados más grande de Europa.

[España]

Aprobación con compromisos de una operación en el sector radiofónico

Resolución del Consejo de la CNC, de 13 de marzo de 2013, Expte. C/0493/13, COPE/VOCENTO/PUNTO RADIO

La CNC ha autorizado la adquisición por parte de COPE y VOCENTO del control conjunto de las emisoras de Punto Radio, subordinando dicha operación al cumplimiento de compromisos en relación con las localidades de Astorga y Écija.

Respecto a Astorga, VOCENTO se compromete a terminar el contrato con Castilla y León Radio, S.A., titular de la frecuencia de emisión de Punto Radio, y a no suscribir con esta ningún acuerdo durante un plazo determinado. En relación con Écija, el comprador se compromete a enajenar la licencia de emisión de Punto Radio a un comprador aprobado por la CNC. Asimismo, durante el periodo transitorio entre la aprobación del futuro comprador y la efectiva enajenación, COPE y VOCENTO deberán suscribir con el potencial adquiriente un acuerdo de cesión de la gestión y emisión en la frecuencia 106.5 FM.

Aprobación en segunda fase de una joint venture en el sector de los carburantes de aviación

Resolución del Consejo de la CNC, de 25 de marzo de 2013, Expte. C-0468/12, DISA/SHELL/SAE/IV

La CNC ha impuesto varios compromisos a la adquisición de control por Disa Corporación Petrolífera S.A. («DISA») sobre Shell Aviation España, S.L. («SAE»), dedicada al suministro de combustible de aviación en España. Los dos primeros compromisos pretenden asegurar el acceso de terceros a la infraestructura de DISA (único punto de entrada en algunas islas). Así, DISA se compromete a publicar en su página web la información necesaria para garantizar el acceso y la contratación del transporte desde las infraestructuras de DISA, para así garantizar el acceso en condiciones de objetividad, transparencia y no discriminación. Asimismo, DISA y Shell (sociedad matriz de SAE) se deberán a excluir de la *joint venture* sus participaciones en CMD Aeropuertos Canarios S.L. y Spanish Intoplane Services S.L. (empresas que prestan servicios de puesta a bordo de combustible en aviación).

Aprobación con compromisos de operación en el mercado del aceite de oliva

Resolución del Consejo de la CNC, de 25 de marzo de 2013, Expte. C-0478/12, DEOLEO/HOJIBLANCA

La CNC ha autorizado en segunda fase y con compromisos la adquisición por parte de Deoleo S.A. («Deoleo») de control sobre la actividad de envasado y distribución de aceite de oliva virgen extra de la sociedad Hojiblanca S.C.A. («Hojiblanca»).

El primer compromiso implica la eliminación de una cláusula por la que, finalizado el plazo de tres años del pacto de no competencia, Hojiblanca perdería el derecho a designar dos consejeros del Consejo de Administración de Deoleo si Hojiblanca superase el 2% de cuota en el mercado del aceite de oliva envasado bajo marca para el canal *retail*. El segundo consiste en el compromiso de los consejeros de Hojiblanca y Deoleo de abstenerse de requerir a la otra parte información sobre el mercado de venta a granel. Por último, el compromiso final recoge una cláusula de revisión de los dos primeros pasados tres años.

4 · DECISIONES EN MATERIA DE EXPEDIENTES SANCIONADORES

[España]

La CNC archiva dos expedientes por supuesto abuso de posición de dominio en el sector de las nuevas tecnologías

Resolución del Consejo de la CNC, de 26 de febrero de 2013, Expte. S/0354/11, ORACLE y Resolución del Consejo de la CNC, de 14 de marzo de 2013, Expte. S/0322/11, MICROSOFT TECH

La CNC ha archivado dos denuncias por abuso de posición de dominio contra sendas empresas activas en el mercado de las nuevas tecnologías, al no considerar acreditada la existencia de indicios de infracción.

La primera de las denunciadas alegaba abuso de posición de dominio por la negativa de la denunciada a continuar fabricando productos compatibles con los suyos. De acuerdo con la denunciante, esta negativa supondría la expulsión del mercado de servidores para empresas dada la posición de la demandada. En este sentido, el Consejo de la CNC recuerda que la existencia de una posición de dominio en el mercado no solo depende de las cuotas de mercado que no sea la empresa, sino también de las características propias del mercado que garanticen a esa empresa una independencia de comportamiento. La CNC considera que, en este caso, no queda acreditada dicha posición en el mercado. En lo que respecta al concepto de abuso, el Consejo recuerda que, para que una negativa de suministro sea constitutiva de abuso, el input que se deniega debe ser esencial para competir. La CNC no considera que este requisito se cumpla en el presente caso y, por lo tanto, determina que la conducta no es constitutiva de abuso.

El segundo de los expedientes se refiere a un sistema de licencias de sistemas operativos y, en concreto, a los límites a la posterior transmisión de la licencia concedida a un usuario. En su Resolución, el Consejo de la CNC considera que los límites a la posterior transmisión de la licencia eran proporcionados y estaban justificados por el objetivo de la lucha contra la piratería. Asimismo, el Consejo añade que la existencia de diferentes canales comercialización para productos distintos no puede considerarse *per se* una medida discriminatoria ni, por tanto, abusiva.

La CNC delimita el sometimiento de las entidades de Derecho público a las normas de defensa de la competencia

Resolución del Consejo de la CNC, de 30 de abril de 2013, Expte. SA MAD 04/12, BUS EXPRÉS

En el expediente «Bus Exprés», la CNC se ha pronunciado sobre el sometimiento al Derecho de la competencia de las entidades de Derecho público. En su Resolución, el Consejo de la CNC concluye que la actuación del Consorcio Regional de Transportes de la Comunidad de Madrid, en lo que se refiere a la fijación de la tarifa del servicio público de transporte de viajeros «Bus Exprés», no constituye una conducta anticompetitiva ni desleal en aplicación de la Ley 15/2007. Así, el Consejo se remite a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») que establece la diferencia entre las situaciones en las que las Administraciones Públicas actúan como operadores económicos en el mercado y aquéllas en las que ejercen sus potestades públicas. Esta jurisprudencia excluye la posibilidad de que un ente de Derecho público cometa una infracción de las normas de Derecho de la Competencia cuando ejerce potestades públicas. Según el Consejo, el Consorcio Regional de Transportes de la Comunidad de Madrid no actuó como operador económico y, por tanto, se acordó el archivo de las actuaciones. Así, el Consejo de la CNC adopta una posición más restrictiva que la recogida en expedientes anteriores.

5 · DECISIONES EN MATERIA DE AYUDAS DE ESTADO

La Comisión Europea declara incompatibles con el mercado interior las ayudas fiscales al sector naval y ordena su recuperación

Decisión de la Comisión de 17 de julio de 2013, asunto S.A 21233, Sistema español de tax lease

La Comisión Europea ha concluido que el régimen español de arrendamiento fiscal para la adquisición de buques, en vigor desde el año 2002, es parcialmente incompatible con las normas de la UE sobre ayudas estatales.

Este régimen, que el Reino de España no notificó a la Comisión Europea como hubiera sido preceptivo, permitía a las agrupaciones de interés económico (AIE) y a sus inversores beneficiarse de ventajas fiscales como consecuencia de sus aportaciones a la financiación de buques, a la vez que beneficiaba a las navieras mediante una reducción del precio de compra del buque del 20 al 30% sobre el precio facturado por el astillero. La Comisión considera que la ventaja fiscal obtenida por las empresas miembros de la AIE supone una ventaja competitiva indebida que constituye una ayuda de Estado sujeta a la obligación de devolución. Por el contrario, la rebaja aplicada al precio de adquisición del buque a satisfacer por las compañías navieras no era imputable al Estado, sino que la concedía la AIE, por lo que la Comisión considera que no constituye una ayuda estatal, eximiéndola de la obligación de devolver.

Corresponde a las autoridades españolas determinar, de conformidad con la decisión de la Comisión, los importes de las ayudas incompatibles que deben recuperarse de las AIE y de sus inversores. La Comisión añade que los beneficiarios no pueden trasladar su obligación de devolución a terceros (por ejemplo, los astilleros), ni siquiera en aplicación de contratos existentes.

El marco temporal de devolución de las ayudas se retrotrae hasta el 2007, año en que la Comisión Europea declaraba la incompatibilidad con el mercado interior del régimen francés de ayudas fiscales a la construcción de buques, similar al español, y por lo tanto, momento en que la incertidumbre sobre la legalidad del régimen español desaparece.

COMUNICACIÓN, TECNOLOGÍA Y OCIO*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Modificaciones y propuestas legislativas

Reglamento (UE) N° 611/2013, de 24 de junio de 2013, relativo a las medidas aplicables a la notificación de casos de violación de datos personales en el marco de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas

La Comisión Europea ha aprobado el Reglamento (UE) N° 611/2013, de 24 de junio de 2013, relativo a las medidas aplicables a la notificación de casos de violación (y no en caso de «riesgo particular de violación») de datos personales tanto a la autoridad nacional (en nuestro caso, la Agencia Española de Protección de Datos, «AEPD») como a los abonados.

Este Reglamento, que entró en vigor el 25 de agosto), se dicta al amparo de las competencias que la Directiva 2002/58/CE (modificada por la Directiva 2009/136/CE) atribuye a la Comisión para la adopción de medidas técnicas de ejecución en relación con la obligación de notificación

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

a las autoridades competentes y a los abonados (previstas en los apartados 2, 3 y 4 de su artículo 4 e implementadas en el artículo 34 de la Ley General de Telecomunicaciones).

A tales efectos, el Reglamento precisa los requisitos (de fondo y forma) aplicables a estas notificaciones, del que destacamos:

- (i) Un contenido prefijado del tipo de la información que debe contener la notificación a las autoridades y a los abonados.
- (ii) La necesidad de notificar a la autoridad en 24 horas, autorizándose una notificación en dos tiempos cuando no se disponga inicialmente de toda la información requerida.
- (iii) La necesidad de que la autoridad nacional ponga a disposición de los proveedores un soporte electrónico seguro a través del cual notificar las violaciones así como la información necesaria para su utilización.
- (iv) Una serie de criterios que determinan cuando una violación de datos personales puede afectar negativamente a los datos personales o a la intimidad de un abonado.
- (v) La obligación de que el/los subcontratista/s del proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas informen a este (y no a la autoridad) de manera inmediata de las violaciones de datos personales.
- (vi) La exención de notificación de las violaciones a los abonados cuando pueda demostrarse que se han aplicado medidas tecnológicas de protección a los datos personales afectados de forma que han convertido dichos datos en «incomprensibles» (p.ej., mediante cifrados especiales).

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Las esperadas conclusiones relativas al caso «Google»

El 25 de junio de 2013 fueron presentadas las conclusiones del abogado general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») a través de las cuales propone al TJCE una respuesta a una gran parte de las cuestiones prejudiciales remitidas por la Audiencia Nacional española en un caso muy seguido en toda Europa que enfrenta a la AEPD y a Google en torno al controvertido «derecho al olvido» en Internet.

El caso específico al que se refieren las cuestiones prejudiciales trae causa del recurso presentado por Google Inc. (la entidad responsable del motor de búsqueda en EE.UU.) y su filial española, por el cual solicitan la nulidad de una resolución de la Agencia Española de Protección de Datos que les requirió la desindexación de una información (sobre un embargo de una persona física identificada) publicada -por obligación legal- en un periódico español. En la citada resolución, la AEPD sí desestimó la reclamación del afectado contra la fuente de dicha información sobre la que se solicitaba el «olvido», esto es, el periódico.

Las principales conclusiones del Abogado General pueden resumirse de la siguiente forma:

(i) Motores de búsqueda y prestadores de servicios de la sociedad de la información

El Abogado General considera que los motores de búsqueda en Internet no estarían regulados en la normativa de la UE y, en particular, en la Directiva 2000/31/CE, sobre el comercio electrónico, al no prestar «su servicio como contrapartida de una remuneración por parte de los usuarios de Internet». A pesar de ello, examina su papel aplicando por analogía los principios de responsabilidad de aquellos prestadores de servicios de intermediación que se regulan en la Directiva 2000/31/CE.

(ii) Concepto de «establecimiento» funcional

El Abogado General sostiene que el criterio del establecimiento (uno de los criterios de aplicación territorial de las normas de protección de datos) debe examinarse desde la perspectiva del modelo de negocio, en este caso, del proveedor de servicios de motor de bús-

queda. Por ello, propone al TJUE que concluya que se aplica la norma de protección de datos europea (conforme al criterio del establecimiento en un Estado Miembro) cuando una *«empresa que provee el motor de búsqueda establece en un Estado Miembro, a fines de promover y vender espacios publicitarios en su motor de búsqueda, una oficina o una filial que orienta su actividad hacia los habitantes de dicho Estado»*.

(iii) Responsabilidad del tratamiento de datos personales indexados

Sin perjuicio de que el Abogado General considera que la indexación es un tratamiento de datos personales, entiende que el motor de búsqueda no debe ser considerado «responsable» de dicho tratamiento a los efectos de la Directiva 95/46/CE dado que, en este caso, el motor de búsqueda no indexa (trata) los datos personales que figuran en páginas web fuente de terceros *«con una intención relacionada con su tratamiento como datos personales»*, esto es, el tratamiento no se realiza de un *«modo semánticamente relevante»* sino *«como mero código informático»*.

El Abogado General considera que el motor de búsqueda sería responsable del tratamiento de los datos personales incluidos en una página web indexada si no respetara los códigos de exclusión en esa página web o si no cumpliera una solicitud de esa página web relativa a la actualización de la memoria oculta.

Cuando el motor de búsqueda trata datos personales disponibles en Internet en su condición de responsable de tratamiento, el Abogado General considera que la causa de legitimación adecuada es el *«interés legítimo»*, que se concreta en *«i) facilitar a los usuarios de Internet el acceso a la información; ii) conseguir que la información cargada en Internet se difunda de modo más efectivo, y iii) poner en marcha diversos servicios de la sociedad de la información proporcionados por el proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet subsidiarios respecto al motor de búsqueda, como la provisión de publicidad mediante palabras clave.»*

Por ello, considera que *«una autoridad nacional de protección de datos no puede requerir a un proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet que retire información de su índice, salvo en los supuestos en que el proveedor de servicios no ha respetado los códigos de exclusión o en los que no se ha dado cumplimiento a una solicitud emanada de la página web relativa a la actualización de la memoria oculta. Este supuesto no parece pertinente en relación con el presente asunto. La existencia de un procedimiento de «detección y retirada» que afecte a enlaces de las páginas web fuente con contenidos ilícitos o inapropiados es una cuestión regulada por el Derecho nacional, la responsabilidad civil basada en motivos distintos de la protección de datos personales»*.

(iv) El papel del buscador frente a una invocación del derecho al olvido respecto de una información publicada legalmente en una página web de un tercero

No cabe invocar sin más un «derecho al olvido» generalizado sobre la base de la Directiva 95/46/CE frente a proveedores de servicios de motor de búsqueda:

— La Directiva reconoce un derecho de rectificación y cancelación de datos (en particular debido al carácter incompleto o inexacto de los datos) que, en este caso no se produce por tratarse de una publicación obligatoria por una disposición legal en España.

— La Directiva también reconoce un derecho de oposición que exige al afectado que lo justifique con *«razones legítimas propias de su situación particular»*. En este caso, no procede este derecho por tratarse de una publicación obligatoria por imperativo de la ley y porque, según el Abogado General, una preferencia subjetiva por sí sola no equivale a una razón legítima. En este caso, solicitar a los proveedores de servicios de motor de búsqueda que eliminen información que se ha hecho pública por imperativo legal constituiría una injerencia en la libertad de expresión del editor de la página web.

Sin embargo, también afirma el Abogado general, que *«es posible que la responsabilidad secundaria de los proveedores de servicio de motor de búsqueda con arreglo al Derecho nacional implique la existencia de deberes que exijan bloquear el acceso a páginas web de terceros con contenidos ilegales, como las páginas web que vulneran derechos de propiedad intelectual o que muestran información injuriosa o delictiva»*.

[España]

La utilización por el empleador de imágenes de sus trabajadores para el control de la relación laboral sin informarles previamente constituye una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 11 de febrero de 2013

Una universidad utilizó las imágenes de un trabajador captadas a través cámaras de video-vigilancia para sancionarle por incumplir su horario laboral.

Sin perjuicio del voto particular emitido por uno de los magistrados, el Tribunal Constitucional entiende que se produjo la vulneración del derecho fundamental del trabajador a la protección de datos personales ya que, aunque el tratamiento de los datos fuera lícito y proporcionado al fin perseguido, la Universidad no informó a los trabajadores de forma previa, expresa, precisa e inequívoca sobre el hecho de que la finalidad del tratamiento consistía en controlar la relación laboral. El hecho de que existieran anuncios de la instalación de las cámaras y la captación de imágenes y de que se hubieran declarado los ficheros de imágenes ante la AEPD no fue suficiente para entender que la vulneración al derecho no se había producido.

Sanción a un centro de salud por no cumplimentar el cuestionario remitido por la AEPD para elaborar el informe de cumplimiento de la LOPD en hospitales

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 diciembre de 2012

Un centro de salud recurre una resolución de la AEPD a través de la cual se le imponía una sanción de 3.000 euros por no atender dos requerimientos de información realizados por la AEPD en el marco de una inspección sectorial de oficio. En el presente caso, el recurrente no cumplimentó el cuestionario *on line* disponible en el sitio web de la AEPD ni comunicó ninguna razón justificativa a tales efectos.

En su defensa, el centro de salud alegó la falta de intencionalidad en la ausencia de respuesta a los requerimientos y la falta de disponibilidad de la página web a través de la cual debía contestar a la AEPD. La Audiencia desestima el recurso por entender que dos requerimientos desatendidos denotan una intencionalidad evidente por parte del centro de salud y que la falta de disponibilidad de la página web no fue probada en el procedimiento.

El responsable del tratamiento no puede liberarse de su responsabilidad a través de la firma de un contrato

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 diciembre de 2012

La Audiencia Nacional desestima el recurso interpuesto contra una resolución de la AEPD a través de la cual se imponen dos sanciones a una empresa de alimentación, una de 900 euros y otra de 40.001 euros, por el incumplimiento de las obligaciones de información y consentimiento (respectivamente), en una promoción en la que podían participar menores de 14 años.

La empresa recurrente alega que no es responsable de las citadas infracciones, si bien había contratado a una entidad tercera para la gestión de la promoción. Asimismo, el contrato suscrito entre ambas partes imponía expresamente que esta tercera entidad debía dar cumplimiento a las obligaciones de información y consentimiento en materia de protección de datos.

Sin embargo, la Audiencia Nacional considera que la recurrente, como empresa responsable del tratamiento de los datos, no puede liberarse de su responsabilidad a través de la firma de un contrato, sino que debe desplegar la diligencia debida para que el tratamiento se lleve a cabo con respeto a las obligaciones de información y consentimiento.

La aportación de un cv a un proceso judicial no constituye un tratamiento de datos personales per se

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 marzo de 2013

La AEPD sanciona a una empresa con una multa de 60.101,21 euros por ceder a otra empresa de su grupo datos personales del interesado sin consentimiento de este (en particular, por ceder el *curriculum vitae* que le había enviado previamente el interesado con la única finalidad de buscar trabajo en la empresa), y sanciona asimismo con una multa de 6.000 euros a la empresa receptora del *curriculum*, que tras su recepción lo aportó como prueba en un proceso judicial por despido contra el interesado, por el tratamiento de datos personales sin consentimiento.

La Audiencia Nacional estima parcialmente el recurso interpuesto contra dicha resolución de la AEPD entendiendo que no se ha probado que la empresa receptora haya realizado tratamiento alguno (ni automatizado ni no automatizado) de los datos personales recibidos por el mero hecho de aportar tales datos a un proceso judicial. En consecuencia, la Audiencia Nacional solo considera infracción la actuación de la empresa cedente de los datos, atenuando además la sanción impuesta a la misma por entender que se trata de una cesión puntual y que la empresa cedió los datos amparada en la creencia de que actuaba conforme a la ley para la defensa judicial de la empresa de su grupo.

Realizar llamadas y enviar faxes a familiares, vecinos, y compañeros de trabajo del deudor no siempre supone una vulneración del deber de secreto

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de marzo de 2013

La Audiencia Nacional ha estimado un recurso contencioso-administrativo presentado por una entidad financiera contra una resolución sancionadora de la AEPD, anulando la sanción de 50.000 euros impuesta a dicha entidad por vulnerar el deber de secreto al contactar con familiares, vecinos y compañeros de trabajo del deudor con fines de recobro.

En el caso de autos, diversos denunciante —todos ellos clientes de la entidad financiera y titulares de una deuda con ella— comunicaron a la AEPD que dicha entidad financiera había realizado llamadas telefónicas a algunos de sus familiares y vecinos, y que, además, en algunos casos, había contactado con sus compañeros de trabajo y remitido faxes al propio centro de trabajo.

Según la Audiencia Nacional, no cabe apreciar que se produzca una infracción del deber de secreto por las siguientes razones:

(i) En los faxes enviados y llamadas realizadas no figuraba ninguna información relativa a la existencia de una deuda del afectado ni a su cuantía (únicamente se indicaba el nombre y apellidos del denunciante, un número de teléfono de contacto y, en algunos casos, una referencia numérica al contrato). El hecho de que los terceros receptores de los mensajes de la entidad financiera (ya sean familiares, vecinos o compañeros de trabajo de los denunciante) tengan conocimiento de que una entidad financiera trate de contactar con alguien en repetidas ocasiones no conlleva *per se* que tengan conocimiento de la existencia de una deuda.

(ii) El conocimiento de la existencia de la deuda por terceros tampoco se infiere de los registros de la entidad respecto a los contactos realizados con los denunciante y sus familiares o compañeros de trabajo y los denunciante no han aportado prueba al efecto soportando su denuncia.

3 · DECISIONES DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

[Unión Europea]

Aplicaciones de dispositivos inteligentes

Documento de Trabajo 2/2013, de 27 de febrero

El Grupo de Trabajo del Artículo 29 ha publicado un Documento de Trabajo con el fin de clarificar el marco legal aplicable al tratamiento de datos personales en la distribución y utilización de aplicaciones a través de dispositivos inteligentes, en particular, en relación con las obligaciones de información y consentimiento de los usuarios, los principios de minimización de datos y limitación de las finalidades de tratamiento, las medidas de seguridad, los periodos de conservación de los datos y la licitud del tratamiento cuando los datos recogidos se refieren a menores de edad.

Las recomendaciones del Grupo se dirigen, no solo a los desarrolladores de aplicaciones, sino también a otros terceros con los que estos colaboran, como, por ejemplo, los proveedores de los sistemas operativos, los fabricantes de dispositivos, las *app stores* y otros prestadores de

servicios analíticos y de publicidad. Se analiza, a tales efectos, la responsabilidad legal de cada una de las partes intervinientes y sus concretas obligaciones para con los usuarios y las mencionadas entidades colaboradoras.

4 · AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Cookies y Cloud Computing

«Guía sobre el uso de las cookies» y «Guía para clientes que contraten servicios de cloud computing» de la Agencia Española de Protección de Datos

El pasado 26 de abril, durante la celebración de la 5ª sesión anual abierta de la AEPD, se presentaron dos documentos de trabajo: (i) la «Guía sobre el uso de las *cookies*» (la «Guía de *cookies*») y (ii) la «Guía para clientes que contraten servicios de *cloud computing*» (la «Guía de *cloud*»).

La Guía de *cookies* ha sido elaborada de forma conjunta por la AEPD y los representantes de la industria digital en España, haciendo suyos criterios ya manifestados en el seno del Grupo de Trabajo del Artículo 29 así como en la guía de la autoridad de control de protección de datos inglesa (ICO).

Esta Guía, establece una serie de directrices y ejemplos para que cada organización, tras analizar el tipo de *cookies* que tiene o quiere poder utilizar para las finalidades de que se trate, pueda contar con los elementos suficientes para construir su propia política de *cookies* y obtener, en su caso, los consentimientos necesarios:

(i) Deber de información: la información que se proporcione al usuario deberá permitir conocer las finalidades para las cuales se instalarán las *cookies*, los sistemas para evitarlas o desactivarlas y las consecuencias de tal acciones. Esta información deberá ser clara (i.e., estar redactada en un lenguaje que un usuario medio pueda comprender), accesible, visible y permanente (p. ej., mediante enlaces descriptivos posicionados en zonas que capten la atención y con un formato que los destaquen respecto del resto de contenidos).

(ii) Consentimiento: se admite que la manifestación del consentimiento no se limite a obligar al usuario a pulsar un botón de aceptar o activar una casilla de verificación, admitiéndose otro tipo de acciones positivas y conscientes del usuario, incluyéndose al efecto ejemplos prácticos al efecto.

(iii) Régimen de responsabilidad: la Guía de *cookies* no delimita con precisión el régimen de responsabilidad de cada una de las partes intervinientes cuando hay *cookies* de terceros, remitiéndose a los términos contractuales que acuerden las partes.

La Guía de *cloud* se presenta como un manual práctico dirigido a los clientes de servicios de *cloud* de tal forma que estos puedan conocer los potenciales riesgos que, desde el punto de vista de la protección de datos personales, pueden derivarse de la contratación de dichos servicios de *cloud*. No obstante, si por algo destaca la Guía de *cloud*, es por la previsión de unas *faq's* o preguntas frecuentes dirigidas, por un lado, a pymes, microempresas o profesionales y, por otro, a las administraciones públicas (donde la contratación reviste características específicas). A través de dicho esquema de pregunta-respuesta, la AEPD trata aspectos esenciales para la protección de datos personales en los servicios de *cloud* y facilitar el cumplimiento de la normativa en la contratación de dichos servicios.

Inclusión de datos personales en un código QR

Informe jurídico 0012/2013 de la Agencia Española de Protección de Datos

Se consulta a la AEPD la posibilidad de incluir información personal de cualquier paciente en una pequeña medalla (que el paciente se colgaría en su cuello) en la que se podría visualizar un código QR, de modo que, ante cualquier accidente, los servicios sanitarios, con un simple escaneo (a través de un móvil) sobre el código incluido en la medalla, podrían conocer en breves minutos todo el historial médico sanitario del paciente.

La AEPD considera que no existirá obstáculo en la inclusión de datos personales en un código QR, siempre y cuando (i) exista el consentimiento informado del portador de la medalla; (ii) solo se incluyan en el mismo los datos estrictamente necesarios para el cumplimiento de las finalidades pretendidas; (iii) se adapten las medidas de seguridad que correspondan en cada caso (las cuales deberán impedir el acceso a esta información por terceros en el caso de que la finalidad sea que únicamente accedan a dichos datos el personal sanitario que vaya a atender al paciente en situación de emergencia).

Sanción a una compañía eléctrica por su falta de diligencia en procesos de contratación fraudulenta llevada a cabo por agentes comerciales

Resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 27 de noviembre de 2012

La AEPD sanciona con una multa de 20.000 euros a una compañía eléctrica por no verificar la identidad del supuesto contratante (ahora denunciante) y darle de alta en sus servicios sin su consentimiento. En este caso, la contratación fue gestionada, fraudulentamente, por un agente comercial de una empresa colaboradora de la denunciada.

Las alegaciones de la compañía energética, basadas fundamentalmente en que los datos personales del denunciante fueron tratados como consecuencia de una estafa cometida por un agente comercial, son desestimadas por la AEPD entendiendo que en el inicio del tratamiento de los datos personales no se aprecia ninguna diligencia para comprobar la identidad del titular de los datos y su voluntad de consentir el tratamiento.

Sanción a un colegio profesional y una entidad de seguros por la comunicación y tratamiento de datos personales sin consentimiento de su titular

Resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 21 de diciembre de 2012

La AEPD sanciona con una multa de 6.000 euros a un colegio profesional por facilitar el número de cuenta bancaria del denunciante -dato que el Colegio disponía a efectos del cobro de las cuotas de colegiación- a una entidad aseguradora con la que el denunciante había tenido contratadas varias pólizas en el pasado. Por su parte, la AEPD sanciona a la entidad aseguradora con una multa de 10.000 euros por emitir a nombre del denunciante un recibo (con cargo a dicha cuenta bancaria) por un seguro que él mismo había rechazado. Según la AEPD, dichas operaciones constituyen una comunicación y un tratamiento de datos personales sin consentimiento del afectado, respectivamente.

La AEPD considera que existen circunstancias suficientes para apreciar una disminución del grado de culpabilidad teniendo en cuenta la ausencia de intencionalidad de las denunciadas en la comisión de las infracciones, así como el reconocimiento voluntario de su responsabilidad.

Derecho de oposición frente a la publicación de una noticia en la versión digital de una revista

Resolución desestimatoria de tutela de derechos de la Agencia Española de Protección de Datos, de 20 de febrero de 2012

La AEPD desestima la reclamación presentada por un cargo público contra un medio de comunicación, por denegar su derecho de oposición frente a la publicación, en su versión digital, de una noticia sobre su persona.

Los datos sobre los que el reclamante solicita la oposición a su tratamiento se refieren exclusivamente a su condición de cargo público, por lo que la AEPD considera que esta información es de relevancia pública y, por tanto, no procede la oposición a su tratamiento.

ENERGÍA*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

— *Decisión de Ejecución de 30 de mayo de 2013. Reconoce la «herramienta de cálculo Biograce de las emisiones de gases de efecto invernadero» para demostrar el cumplimiento de los criterios de sostenibilidad de conformidad con las Directivas 98/70/CE Relativa a la Calidad de la Gasolina y el Gasóleo y 2009/28/CE relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (DOUE de 1 de junio de 2013)*

— *Reglamento 347/2013, de 17 de abril. Establece orientaciones para el desarrollo y la interoperabilidad a tiempo de los corredores y áreas prioritarios de infraestructura energética transeuropea (DOUE de 25 de abril de 2013)*

— *Libro Verde de 27 de marzo de 2013. Tiene como objetivo establecer un acuerdo sobre el marco para las políticas de clima y energía de cara a 2030 por tres razones: (i) los inversores necesitan seguridad y un riesgo normativo reducido, (ii) contribuirá a avanzar hacia una economía competitiva y un sistema energético seguro, creando una mayor demanda de tecnologías eficientes e hipocarbónicas e impulsando la investigación, el desarrollo y la innovación, lo que puede generar nuevas oportunidades de crecimiento y empleo, (iii) tener listo para finales del 2015 un acuerdo internacional jurídicamente vinculante sobre la mitigación del cambio climático*

— *Propuesta de Directiva de 6 de marzo de 2013. Tiene como objetivo adaptar técnicamente las cifras de consumo de energía previsto para la Unión Europea en 2020 para reflejar la EU28. Modifica el anexo de la Directiva 2012/27 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*

[España]

— *Resolución de 26 de junio de 2013, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se revisa el coste de producción de energía eléctrica y las tarifas de último recurso a aplicar a partir de 1 de julio de 2013 (BOE de 29 junio de 2013)*

— *Orden HAP/703/2013, de 29 de abril, por la que se aprueba el modelo 583 «Impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica. Autoliquidación y Pagos Fraccionados», y se establece la forma y procedimiento para su presentación (BOE 30 de abril de 2013)*

— *Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios (BOE de 13 de abril de 2013)*

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

— *Orden HAP/538/2013, de 5 de abril, por la que se aprueban los modelos 584 «Impuesto sobre la producción de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos resultantes de la generación de energía nucleoelectrica. Autoliquidación y pagos fraccionados» y 585 «Impuesto*

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

sobre el almacenamiento de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos en instalaciones centralizadas. Autoliquidación y pagos fraccionados», y se establece la forma y procedimiento para su presentación (BOE de 6 de abril de 2013)

— Proyecto de Ley para la garantía del suministro e incremento de la competencia en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares (BOCG de 5 de abril de 2013)

— Resolución de 25 de marzo de 2013, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se revisa el coste de producción de energía eléctrica y las tarifas de último recurso a aplicar a partir de 1 de abril de 2013 (BOE de 29 de marzo de 2013)

— Resolución de 20 de marzo de 2013, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se modifica la de 13 de febrero de 2013, por la que se fijan las cantidades de carbón, el volumen máximo de producción y los precios de retribución de la energía, para el año 2013, a aplicar en el proceso de resolución de restricciones por garantía de suministro (BOE de 22 de marzo de 2013)

— Resolución de 7 de marzo de 2013, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se publican los valores del coste de la materia prima y del coste base de la materia prima del gas natural para el segundo trimestre de 2013, 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 16 de marzo de 2013, corrección de errores BOE de 3 de abril de 2013)

— Resolución de 25 de febrero de 2013, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se publican los anexos modificados de la Orden ITC/2308/2007, de 25 de julio, por la que se determina la forma de remisión de información al Ministerio de Industria, Energía y Turismo sobre las actividades de suministro de productos petrolíferos (BOE de 8 de marzo de 2013)

— Castilla León. Decreto 13/2013, de 18 de abril, por el que se modifica el Decreto 127/2003, de 30 de octubre, por el que se regulan los procedimientos de autorizaciones administrativas de instalaciones de energía eléctrica en Castilla y León (BOCYL de 24 de abril de 2013)

— La Rioja. Orden 7/2013, de 25 de marzo, de la Consejería de Administración Pública y Hacienda por la que se aprueba el modelo 420, de autoliquidación del 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 27 de marzo de 2013)

— Comunidad Foral de Navarra. Orden Foral 163/2013, de 7 de mayo, de la Consejera de Economía, Hacienda, Industria y Empleo, por la que se aprueba el modelo 583, «Impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica. Autoliquidación y Pagos fraccionados» (BON de 14 de mayo de 2012)

2 · JURISPRUDENCIA

Restricciones por garantía de suministro

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de mayo de 2013

Con fecha 29 de noviembre de 2010, se interpuso recurso contencioso-administrativo ordinario contra el Real Decreto 1221/2010, de 1 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 134/2010, de 12 de febrero, por el que se establece el procedimiento de resolución de restricciones por garantía de suministro.

La demanda se funda en las siguientes alegaciones: (i) la ausencia de pronunciamiento del Consejo de Estado en cuanto al fondo del Real Decreto; (ii) la infracción del artículo 25 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico; y (iii) la vulneración de la libertad de empresa.

El TS desestima el primer motivo afirmando que el Consejo de Estado emitió dos dictámenes sobre el particular.

El segundo motivo también se desestima. Considera el TS que, en virtud del artículo 25 de la Ley 54/1997, puede darse preferencia (limitada hasta un 15% de la cantidad total de energía primaria necesaria para producir electricidad) a las unidades de producción que empleen combustibles autóctonos como el carbón. El TS estima que, a pesar de que los argumentos esgrimidos son sólidos, el hecho de que estas medidas hayan sido adoptadas sobrevenidamente por dos normas con rango de Ley (los Reales Decretos-leyes 20/2011, de 30 de diciembre, y 13/2012, de 30 de marzo) implica el enjuiciamiento de una norma con rango legal, enjuiciamiento que no puede hacer por sí mismo el TS. Además el TS no considera que el mecanismo de resolución de restricciones por garantías de suministro establecido en el Real Decreto 1221/2010 presente objeciones como para dudar de la constitucionalidad de los dos Reales Decretos-leyes referidos.

Finalmente, el TS desestima la alegación relativa a la libertad de empresa, y afirma que el núcleo esencial de dicha libertad constitucional se circunscribe a la facultad de iniciar cualquier iniciativa empresarial y a desarrollar la consiguiente actividad económica. La libertad de empresa no resulta vulnerada por el sometimiento de dicha actividad económica a una determinada regulación legal y reglamentaria. Ello es tanto más notorio en lo que respecta a las actividades económicas que afectan a intereses generales como la producción y suministro de electricidad y que, pese a desarrollarse bajo el principio de la libre competencia, están sometidas a un régimen de intensa regulación.

INMOBILIARIO Y URBANISMO*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Plan estatal de arrendamiento y rehabilitación de viviendas

Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016 (BOE de 10 de abril de 2013)

Se aprueba el nuevo Plan estatal de viviendas, centrado en el arrendamiento y la rehabilitación y que sustituye al anterior Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012.

Certificación de la eficiencia energética de los edificios

Real Decreto 235/2013, de 5 de abril (BOE de 13 de abril de 2013)

Establece las condiciones técnicas y administrativas para realizar las certificaciones de eficiencia energética de los edificios y la metodología de cálculo de su calificación de eficiencia energética, así como la aprobación de la etiqueta de eficiencia energética como distintivo común en todo el territorio nacional.

Medidas de protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social

Ley 1/2013, de 14 de mayo (BOE de 15 de mayo de 2013)

Entre otras novedades, por lo que a materia inmobiliaria se refiere, esta norma (i) introduce la modificación de la limitación de los intereses de demora que pueden exigir las entidades de crédito, limitándolo a tres veces el interés legal del dinero, en las hipotecas constituidas sobre

* Esta sección ha sido coordinada por Felipe Iglesias, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid), y en su elaboración han participado Paula Ordoñez, Eva Gallego, Aranzazu Arizcun, Cristina Arévalo, Miriam Galdós, Belén Simbor, Antonio Stefel, Santiago Sainz e Iván Abad y María Goreti, del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid, Valencia, Bilbao y Lisboa).

vivienda habitual; (ii) prevé la prohibición de la capitalización de estos intereses; (iii) modifica la prelación de la aplicación del resultado de la ejecución, cuando este fuera insuficiente para cubrir toda la deuda garantizada, acordando que dicho resultado se aplicará primero al capital y en último lugar a los intereses de demora; y (iv) pretende reforzar la independencia de las sociedades tasadoras frente a los bancos.

Medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler

Ley 4/2013, de 4 de junio (BOE de 5 de junio de 2013)

Flexibiliza el mercado de alquiler mediante la modificación de un conjunto de preceptos de la Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos. Fundamentalmente, reduce de cinco a tres años la prórroga obligatoria y de tres a uno la prórroga tácita en el arrendamiento de viviendas. El arrendatario puede desistir del contrato en cualquier momento, una vez que hayan transcurrido al menos seis meses y lo comunique al arrendador con una antelación mínima de treinta días reconociendo la posibilidad de que las partes puedan pactar una indemnización para el caso de desistimiento. Por último, la recuperación del inmueble por el arrendador, para destinarlo a vivienda permanente en determinados supuestos, requiere que hubiera transcurrido al menos el primer año de duración del contrato, sin necesidad de que ello esté previsto expresamente.

Los arrendamientos de vivienda no inscritos sobre fincas urbanas no pueden surtir efectos frente a terceros adquirentes que inscriban su derecho.

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

Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas

Ley 8/2013, de 26 de junio (BOE de 27 de junio de 2013)

Los objetivos perseguidos por esta Ley son los siguientes: (i) potenciar la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, eliminando trabas actualmente existentes y creando mecanismos específicos que la hagan viable y posible, (ii) ofrecer un marco normativo idóneo para permitir la reconversión y reactivación del sector de la construcción, encontrando nuevos ámbitos de actuación, en concreto, en la rehabilitación edificatoria y en la regeneración y renovación urbanas, y (iii) fomentar la calidad, la sostenibilidad y la competitividad, tanto en la edificación como en el suelo. Para cumplir estos objetivos, la norma introduce relevantes cambios en diversas normas, entre la que destaca el Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el RDL 2/2008, de 20 de junio.

La Ley regula un régimen sancionador específico para las infracciones en materia de certificación energética de edificios que comprende toda clase de conductas y para las que se prevé la sanción de multa de hasta seis mil euros.

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

Andalucía. Función social de la vivienda

Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda (BOJA de 11 de abril de 2013)

Amparándose en los artículos 33 y 47 de la Constitución, entre otras normas, el Decreto-ley modifica numerosas leyes autonómicas en materia de vivienda. Entre otras cuestiones, i) fija los parámetros para identificar las viviendas que puedan calificarse como deshabitadas, de cara a quedar inscritas en el Registro de Viviendas Deshabitadas, previendo la imposición de sanciones a personas jurídicas que mantengan viviendas deshabitadas; y ii) declara de interés social la cobertura de la necesidad de vivienda de las personas en circunstancias de emergencia social —estableciendo criterios para determinar quiénes reúnen esta condición— incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, para poder expropiar forzosamente el uso de la vivienda por un plazo máximo de tres años desde el lanzamiento, siempre que fuera instado por entidades financieras, sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos, y resultara adjudicatario alguno de estos entes.

El Tribunal Constitucional ha suspendido la vigencia y aplicación de los artículos de esta norma contra los que el Presidente del Gobierno ha presentado un recurso de inconstitucionalidad.

Andalucía. Inspección de viviendas *Orden de 10 de mayo de 2013, por la que se aprueba el Plan Extraordinario de Inspección de Viviendas 2013-2014 (BOJA de 17 de mayo de 2013)*

En desarrollo del Decreto-ley 6/2013, esta Orden aprueba el Plan Extraordinario de Inspección de Viviendas que incluye medidas de inspección en lo relativo al depósito de fianzas y la desocupación de viviendas, y otras de carácter sancionador. Dentro del año siguiente deberá aprobarse el Plan de Inspección Ordinario.

Aragón. Urbanismo *Ley 4/2013, de 23 de mayo, por la que se modifica la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón (BOA de 6 de junio de 2013)*

Como principales novedades destacan la incorporación del régimen de declaración responsable y comunicación previa, así como la reducción de los plazos y eliminación de duplicidades en los procedimientos urbanísticos. También se reduce la intervención administrativa en los sistemas de gestión urbanística y se clarifican los derechos y deberes del propietario del suelo.

Baleares. Ordenación urbanística *Ley 2/2013, de 29 de mayo, de modificación de la disposición adicional novena de la Ley 7/2012, de 13 de junio, de medidas urgentes para la ordenación urbanística sostenible (BOIB de 6 de junio de 2013)*

Entre otras cuestiones, esta norma suprime el plazo máximo de un año, fijado por la Ley 7/2012, de 13 de junio, para elaborar el nuevo Plan Territorial Insular de Menorca, y faculta al Consejo Insular de Menorca para que apruebe una norma territorial transitoria que vincule el planeamiento urbanístico de la isla.

Baleares. Núcleos residenciales sin red de saneamiento *Decreto-ley 4/2013, de 21 de junio, de regulación provisional de las nuevas edificaciones en núcleos residenciales sin red de saneamiento (BOIB de 22 de junio de 2013)*

Regula el otorgamiento de licencias de obra nueva, certificados de final de obra y cédulas de habitabilidad de viviendas unifamiliares en suelo urbano de uso predominantemente residencial que no dispongan de red de saneamiento y cumplan ciertos requisitos (e. g., que dispongan de un sistema de recogida de aguas residuales homologado).

Canarias. Renovación y modernización turística *Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias (BOC de 31 de mayo de 2013)*

Pretende incrementar el proceso de cualificación turística, priorizando la renovación y modernización de instalaciones turísticas en situación de deterioro sobre las de nueva creación, que deberán ser de cinco estrellas como mínimo. Para ello otorga incentivos como derechos a plazas adicionales e incremento de edificabilidad, entre otros.

En relación con la autorización administrativa previa, (i) sigue siendo necesaria para la implantación, ampliación y renovación de las instalaciones cuya actividad pueda afectar al medio ambiente; y (ii), en las islas de La Palma, Gomera y el Hierro, se exige para las nuevas instalaciones, cuando lo prevea el planeamiento, y se excluye para su renovación.

Cantabria. Planeamiento urbanístico *Ley de Cantabria 4/2013, de 20 de junio, relativa al régimen jurídico de las autorizaciones provisionales de edificaciones o actuaciones preexistentes, así como de adopción de distintas medidas para la agilización de los instrumentos de planeamiento (BOC de 3 de julio de 2013)*

Crea las autorizaciones provisionales de edificaciones o actuaciones preexistentes para aquellos casos en los que el nuevo planeamiento en tramitación, o la revisión del vigente, contemple una ordenación que dé cobertura a las edificaciones que hubiesen sido declaradas ilegales y sobre las que pesaran órdenes de demolición.

**Castilla-La Mancha.
Actividad comercial y
urbanística**

Ley 1/2013, de 21 de marzo, de medidas para la dinamización y flexibilización de la actividad comercial y urbanística en Castilla-La Mancha (DOCM de 27 de marzo de 2013)

En adelante, tanto el inicio y cambio de titularidad de actividades comerciales minoristas como las obras de acondicionamiento de locales que no requieran proyecto técnico se tramitarán mediante declaración responsable o comunicación previa, en lugar de licencia. También modifica el Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo de 2010, que aprueba la ley urbanística manchega para incorporar la comunicación previa e introducir el silencio negativo para las licencias urbanísticas previsto en la Ley estatal 8/2011, de 1 julio.

**Madrid. Patrimonio
histórico**

Ley 3/2013, de 18 de junio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid (BOCM de 19 de junio de 2013)

Deroga la Ley 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico. Como novedad, diferencia entre Bien de Interés Cultural (BIC), creando la categoría de Paisaje Cultural, y Bien de Interés Patrimonial (BIP). También fija en dos meses el plazo para otorgar la autorización autonómica previa a cualquier intervención en BIC y BIP, con silencio negativo en el primer caso y positivo en el segundo

**País Vasco.
Establecimientos
hoteleros**

Decreto 201/2013, de 16 de abril, de modificación del Decreto por el que se establece la ordenación de los establecimientos hoteleros (BOPV de 17 de mayo de 2013)

El Decreto extiende el régimen de declaración responsable, ya previsto en la legislación sectorial turística vasca, como requisito previo para el ejercicio de la actividad hotelera, en sustitución de la autorización administrativa previa.

[Portugal]

**Balcão Nacional do
Arrendamento -
Procedimento
Especial de Despejo**

Decreto-Lei n.º 1/2013 (DR 4, Série I, 2013/01/01) e Portaria n.º 9/2013 e Portaria n.º 9/2013 (DR 7, Série I, 2013/01/10)

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 à criação do procedimento especial de despejo do local arrendado como forma de reação ao incumprimento do arrendatário e à desocupação célere do imóvel arrendado, no caso de incumprimento do contrato por parte do arrendatário, tornou-se necessário proceder à regulamentação do balcão nacional do arrendamento (BNA).

Através dos referidos diplomas, criaram-se as regras que permitem a instalação e funcionamento do BNA bem a regulamentação das matérias referentes aos requerimentos e tramitação do referido procedimento especial de despejo e à regulamentação do regime de designação e intervenção de agente de execução ou notário.

O BNA foi criado junto da Direção-Geral da Administração da Justiça (DGAJ), enquanto secretaria judicial, com competência exclusiva na tramitação do procedimento especial de despejo em todo o território nacional.

Através do referido conjunto de legislação determinaram-se os procedimentos e exigências legais referentes à apresentação e tramitação (i) do requerimento de despejo (o qual pode também incluir o pedido de pagamento de renda, encargos e despesas em dívida), (ii) da oposição do arrendatário, (iii) da remissão do processo para o tribunal competente, (iii) da desocupação e deferimento da desocupação do local arrendado, (iv) bem como das regras referentes às comunicações, notificações e outras peças processuais que devam ou possam ser apresentadas no decurso do processo judicial de despejo.

Através da referida legislação determinam-se, ainda, as entidades competentes (notários e solicitadores de execução) para a efetivação do despejo, aos procedimentos da sua designação e substituição bem como referentes ao pagamento e reclamação dos respetivos honorários.

As normas constantes dos diplomas que procedem à concretização das condições e procedimentos inerentes ao procedimento especial de despejo entraram em vigor nos dias 8 e 11 de janeiro.

Novo Regime Jurídico de Mediação Imobiliária

Lei n.º 15/2013 (DR 28, Série I, de 2013/02/2005)

A Lei n.º 15/2013, de 8 de fevereiro estabelece o novo regime jurídico a que fica sujeito o acesso e o exercício da atividade de mediação imobiliária, conformando-o com a disciplina constante do Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho, que transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno.

De entre as várias alterações introduzidas, são de destacar as seguintes:

- (i) Exercício da atividade de mediação imobiliária em exclusivo por empresas de mediação imobiliária e mediante contrato;
- (ii) Obtenção obrigatória de licença para o exercício da atividade por prestador individual ou coletivo estabelecido em território nacional junto do Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P.;
- (iii) Modificação dos requisitos para o exercício da atividade de mediação;
- (iv) Consagração do princípio da liberdade de estabelecimento para as empresas de mediação imobiliária legalmente estabelecidas noutros Estados do Espaço Económico Europeu;
- (v) Clarificação dos elementos obrigatórios do contrato de mediação imobiliária.

A Lei n.º 15/2013, de 8 de fevereiro entrou em vigor no dia 1 de março de 2013.

2 · JURISPRUDENCIA

Alcance de la responsabilidad del promotor

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

Se desestima el recurso de casación interpuesto por la sociedad constructora y promotora que declaró la responsabilidad decenal solidaria de la recurrente, junto con los codemandados, el arquitecto superior y la empresa contratada para fijar los pilares cimentación.

El recurso fue desestimado como consecuencia de la aplicación el artículo 1596 del Código Civil: «El contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra». Por tanto, el recurrente/promotor, tal y como establece el artículo 17.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación, responde solidariamente en «todo caso» con los demás agentes intervinientes en la obra.

Resolución de contrato de compraventa de viviendas en construcción

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2013

El TS procedió a mantener el pronunciamiento realizado por el Juzgado de Primera Instancia, por considerar la inexistencia de una sobrevenida imposibilidad de cumplir como causa de liberación de los deudores del precio de venta, puesto que para que se dé dicha liberación del deudor es necesario reunir una serie de condiciones, entre ellas, que (i) la prestación imposible sea diseñada a cargo del deudor en el acto constitutivo del vínculo; y (ii) la consistente en que la imposibilidad liberatoria haya de ser posterior a la celebración del contrato, condición que en el presente caso no se da, puesto que la crisis económica había comenzado antes de la formalización del contrato.

Motivación del cambio de uso residencial a hotelero con aumento de edificabilidad

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de marzo de 2013

Se discute la falta de motivación de la modificación puntual de un plan general cuya finalidad era el cambio de uso residencial a uso hotelero. En concreto, la Administración sostiene que el cambio de uso del plan que se analiza, aunque comporta un incremento de edificabilidad, no supone un aumento de población, ya que pasa a ser una población esporádica y no permanente, y, por tanto, considera que no es necesario aumentar o mejorar las dotaciones o equipamientos.

El Tribunal concluye que esa motivación es insuficiente y que hubiera sido necesario un estudio comparativo de la situación con arreglo a la ordenanza anterior y a la modificada. Entiende que no es al particular a quien le incumbe acreditar que el incremento de aprovechamiento determina un incremento de densidad poblacional, sino que es a la Administración a quien incumbe la prueba de contrario, lo que debe hacerse en la memoria de la modificación.

Instalación de cabañas de madera en zona de servidumbre de protección

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de mayo de 2013

El Tribunal concluye que las casetas de madera litigiosas no pueden considerarse como elementos desmontables y, por tanto, acogerse a la excepción relativa a la prohibición para implantación de usos residenciales en zona de servidumbre de protección, por la vocación de ocupación permanente y no provisional o transitoria que tienen, al conectarse a redes de desagüe y suministro de agua y electricidad, y al estar colocadas sobre «bloques prefabricados».

Puntualiza que la prohibición de edificaciones destinadas a residencia o habitación que se contempla en el artículo 25 de la Ley de Costas no se limita a edificaciones a las que se refiere la Ley de Ordenación de la Edificación. Lo que se excluye de esa concreta prohibición son «*los campamentos debidamente autorizados con instalaciones desmontables*», por ello, las instalaciones que no reúnan esas condiciones se consideran por la normativa de costas edificaciones destinadas a residencia o habitación sujetas a la prohibición general.

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

Presentación certificado eficiencia energética

Resolución de la DGRN de 2 de abril de 2013

La registradora deniega la inscripción de la obra nueva terminada por no presentarse el certificado de eficiencia energética. El notario recurrente alega frente a esta denegación que dicho certificado no es exigible para las viviendas autoconstruidas, pues la finalidad de la ley es proteger al consumidor.

La DGRN desestima el recurso interpuesto considerando que la exigencia de acreditación del certificado de eficiencia energética es una manifestación concreta y específica de la política de la Unión Europea en materia de protección del medio ambiente y política energética y, por consiguiente, de aplicación a toda edificación terminada dentro de su ámbito material y temporal, con independencia de que se trate de un caso de autopromoción para uso propio.

LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Continuidad de la vida laboral y envejecimiento activo

Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover un envejecimiento activo (BOE de 16 de marzo de 2013)

Sobre esta materia, ver Foro de Actualidad desarrollado por María Isabel Rodríguez León en este número de la revista.

Aportación al Tesoro en despidos colectivos que afecten a trabajadores de 50 años o más

Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover un envejecimiento activo (BOE de 16 de marzo de 2013)

Sin perjuicio de las modificaciones introducidas en materia de jubilación, este Real Decreto-ley establece medidas para *evitar la discriminación de trabajadores de más edad en despidos colectivos* realizados a partir del 1 de enero de 2013.

Para ello se modifica la Ley 27/2011 y el 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 50 o más años.

En particular, (i) se establece una condición de existencia de una superior afectación de trabajadores mayores de cincuenta años; y (ii) se vincula la obligación de realizar la aportación a la existencia de beneficios en la empresa o grupo de empresas en un período determinado (en los dos ejercicios anteriores al año en que se inicia el despido colectivo; o durante dos ejercicios económicos consecutivos en el período comprendido entre el año anterior al inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro años posteriores al inicio del procedimiento de despido colectivo).

Competencia de la Comisión Nacional de Convenios Colectivos en materia de descuelgue

Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover un envejecimiento activo (BOE de 16 de marzo de 2013)

Igualmente, el Real Decreto-ley 5/2013 establece que la *Comisión Nacional de Convenios Colectivos* será competente para conocer las discrepancias surgidas por falta de acuerdo sobre la inaplicación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo cuyo ámbito de aplicación sea una sola comunidad autónoma.

La competencia de dicho organismo durará hasta que la comunidad autónoma establezca su propio órgano tripartito competente.

Despidos colectivos, suspensión de contratos o reducciones de jornada. Comunicación a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo

Orden ESS/928/2013, de 20 de mayo, por la que se regula el contenido y el procedimiento de remisión de la comunicación que deben efectuar los empleadores a la Entidad gestora de las prestaciones por desempleo en los procedimientos de despido colectivo, y de suspensión de contratos y reducción de jornada (BOE de 4 de junio de 2013)

El artículo 22 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, establece la información mínima que han de

* Esta sección ha sido elaborada por Lourdes Martín Flórez, Oriol Abelló Audí y Marta Presas, del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona y Lisboa).

comunicar a la Entidad gestora de las prestaciones por desempleo aquellos empleadores que adopten medidas de despido colectivo, suspensión de contratos o reducciones de jornada.

La Orden ahora analizada tiene por objeto regular la información que debe contener la comunicación a la Entidad gestora, que se realizará por medios telemáticos por parte del empresario. En particular, dicha información incluye lo siguiente:

- (i) Razón social del empleador, su código de cuenta de cotización a la Seguridad Social, su NIF y su domicilio.
- (ii) Identificación de los centros de trabajo afectados por la medida colectiva (indicando códigos de cuenta de cotización, sus NIF y domicilios).
- (iii) Indicación de si el empleador pertenece al sector público o al sector privado.
- (iv) Identificación de la medida colectiva adoptada, causa que la motiva y ámbito territorial de afectación.
- (v) Relación de trabajadores afectados e indicación de si ha finalizado la negociación con acuerdo.
- (vi) Identidad del representante legal de la empresa.
- (vii) Especificación del calendario de aplicación si la medida consiste en la suspensión de contratos o reducción de jornada.
- (viii) Si se trata de un despido colectivo con trabajadores de 50 o más años afectados, será necesario señalar si la empresa está o no obligada a realizar las aportaciones al Tesoro previstas en el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre.
- (ix) Fecha de comunicación a la autoridad laboral de la medida a adoptar y resolución (si se trata de un expediente por causa de fuerza mayor) o, en su caso, fecha de la resolución judicial adoptada en un procedimiento concursal.
- (x) Fecha del informe del órgano competente de la Administración sobre la viabilidad de la medida colectiva adoptada.

Modificación de las tasas judiciales

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 del Instituto de Toxicología y Ciencias Forenses (BOE de 23 de febrero de 2013)

La aplicación práctica de la Ley 10/2012 ha puesto de relieve algunas situaciones concretas en que la cuantía fijada en concepto de tasa resultaba excesiva. Por este motivo se han introducido modificaciones en la citada norma, encaminadas a la reducción de la cuantía de las tasas en determinados supuestos, o a su no exigencia.

Deben destacarse, a estos efectos, las siguientes medidas:

- Se considerará que se ha realizado un único hecho imponible cuando se acumulen varias acciones principales en virtud de diferente título.
- Se introduce una escala específica para las personas naturales, que aplicarán un tipo menor que las personas jurídicas.
- En caso de que no se acompañe el justificante de abono de la tasa, se prevé la concesión de un plazo de 10 días para subsanar tal omisión.
- Se introducen varias modificaciones significativas en el orden contencioso-administrativo.

Además, se introducen modificaciones sobre la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita 1/1996 centradas en (i) la ampliación de los sujetos que podrán acogerse al beneficio y (ii) la introducción del indicador de renta de efectos múltiples (IPREM) a la hora de establecer los requisitos económicos exigibles para acceder al beneficio.

[Portugal]**Proteção social na eventualidade de desemprego - trabalhadores independentes com atividade empresarial e membros de órgãos estatutários***Decreto-Lei n.º 12/2013 (DR 18 série I de 2013-01-25)*

O presente Decreto-Lei veio estabelecer o regime jurídico de proteção social na eventualidade de desemprego dos trabalhadores independentes com atividade empresarial e dos membros dos órgãos estatutários de pessoas coletivas com funções de gerência ou administração.

Conceito de desemprego: Para efeitos do presente diploma, é considerado desemprego toda a situação de perda de rendimentos decorrente de encerramento de empresa ou de cessação de atividade profissional de forma involuntária do beneficiário com capacidade e disponibilidade para o trabalho e inscrito em centro de emprego.

Âmbito pessoal: Ficam abrangidos pela proteção social na eventualidade de desemprego prevista neste diploma:

- (i) Os trabalhadores independentes com atividade empresarial, nos termos definidos no artigo 134.º, n.º 1, alínea b), do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social; e
- (ii) Os membros dos órgãos estatutários de pessoas coletivas que exerçam funções de gerência ou administração.

Condições de atribuição: O reconhecimento do direito ao subsídio por cessação de atividade profissional depende do preenchimento cumulativo das seguintes condições:

- (i) Encerramento da empresa ou cessação da atividade profissional de forma involuntária;
- (ii) Cumprimento do prazo de garantia de 720 dias de exercício de atividade profissional e correspondente registo de remunerações num período de 48 meses imediatamente anterior à data da cessação da atividade;
- (iii) Situação contributiva regularizada perante a Segurança Social, do próprio e da empresa;
- (iv) Perda de rendimentos que determine a cessação de atividade; e
- (v) Inscrição no centro de emprego da área de residência, para efeitos de emprego.

Neste contexto, considera-se involuntário o encerramento da empresa ou a cessação da atividade profissional quando qualquer um destes resulte de uma das seguintes situações:

- De uma redução significativa do volume de negócios que determine o encerramento da empresa ou a cessação da atividade para efeitos de IVA;
- De sentença de declaração da insolvência nas situações em que seja determinada a cessação da atividade dos gerentes ou administradores ou em que o processo de insolvência culmine com o encerramento total e definitivo da empresa;
- Da ocorrência de motivos económicos, técnicos, produtivos e organizativos que inviabilizem a continuação da atividade económica ou profissional;
- De motivo de força maior determinante da cessação da atividade económica ou profissional; ou ainda
- De perda de licença administrativa sempre que esta seja exigida para o exercício da atividade e desde que essa perda não seja motivada por incumprimentos contratuais ou pela prática de infração administrativa ou delito imputável ao próprio.

Âmbito material: A proteção social destes beneficiários efetiva-se mediante a atribuição do subsídio por cessação de atividade profissional e do subsídio parcial por cessação de atividade profissional. O requerimento para atribuição destes subsídios deverá ser apresentado, através de modelo próprio, no centro de emprego ou no sítio da internet da Segurança Social, correspondendo o seu montante diário a 65% da remuneração de referência e calculado na base de 30 dias por mês.

Alteração do regime jurídico de proteção social na eventualidade de desemprego e de outras prestações sociais**Decreto-Lei n.º 13/2013 (DR 18 série I de 2013-01-25)**

O presente diploma procede à alteração de vários diplomas que consagram a atribuição de diferentes prestações sociais, a saber:

- (i) Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro, que define e regulamenta a proteção na eventualidade morte dos beneficiários do regime geral de Segurança Social;
- (ii) Decreto-Lei n.º 265/99, de 14 de julho, que procede à criação de uma nova prestação destinada a complementar a proteção concedida aos pensionistas de invalidez, velhice e sobrevivência dos regimes de Segurança Social em situação de dependência;
- (iii) Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de novembro, que estabelece o regime jurídico de proteção social da eventualidade de desemprego dos trabalhadores por conta de outrem;
- (iv) Decreto-Lei n.º 65/2012, de 15 de março, que estabelece o regime jurídico de proteção social na eventualidade de desemprego dos trabalhadores que se encontrem enquadrados no regime dos trabalhadores independentes e que prestam serviços maioritariamente a uma entidade contratante; e
- (v) Portaria n.º 257/2012, de 27 de agosto, que estabelece as normas de execução da Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, que institui o rendimento social de inserção, e procede à fixação do valor do mesmo.

De entre as alterações introduzidas a estes diplomas destacamos o aditamento feito ao Decreto-Lei n.º 220/2006, referido em (iii) *supra*, que vem permitir o acesso à proteção social na eventualidade de desemprego dos trabalhadores qualificados que cessem, por acordo, o seu contrato de trabalho, quando a cessação vise o reforço da qualificação técnica dos quadros das respetivas empresas e não represente, para estas, uma diminuição do nível de emprego.

Para estes efeitos, considera-se assegurada a manutenção do nível de emprego sempre que o empregador contrate novo trabalhador até ao termo do mês seguinte à cessação do vínculo laboral, mediante contrato de trabalho sem termo e a tempo completo, para posto de trabalho a que corresponda o exercício de atividade de complexidade técnica, elevado grau de responsabilidade ou que pressuponha uma especial qualificação.

No que respeita ao acesso às prestações de desemprego, não são aplicáveis a estas cessações os limites previstos para as cessações de contratos por acordo fundamentadas em motivos que permitam o recurso ao despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho.

Por fim, é ainda de salientar a alteração introduzida ao regime de proteção na eventualidade de desemprego dos trabalhadores independentes que prestam serviços maioritariamente a uma entidade contratante, constante do Decreto-Lei n.º 65/2012, de 15 de março. Nos termos desta alteração, deixa de ser condição de atribuição do subsídio de desemprego o pagamento, por parte daquelas entidades, da contribuição prevista no Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social.

O presente diploma entrou em vigor no dia 1 de fevereiro do corrente ano, muito embora as alterações ao Decreto-Lei n.º 65/2012 retroajam os seus efeitos à data de entrada em vigor deste diploma, ou seja, ao dia 1 de julho de 2012.

Pagamento dos subsídios de Natal e férias em duodécimos**Lei n.º 11/2013 (DR 19 série I de 2013-01-28)**

A Lei n.º 11/2013, de 28 de janeiro, estabelece um regime temporário de pagamento fracionado dos subsídios de Natal e de férias, para vigorar durante o ano de 2013.

Com a aprovação deste regime, ficam suspensas as normas constantes do Código do Trabalho relativas ao momento de pagamento destes subsídios.

Regime de pagamento dos subsídios: De acordo com este diploma, os subsídios de Natal e de férias deverão ser pagos da seguinte forma durante o ano de 2013:

- (i) 50% do subsídio de Natal deverá ser disponibilizado até ao dia 15 de dezembro e os restantes 50% fracionados em duodécimos ao longo dos 12 meses; e

(ii) 50% do subsídio de férias deverá ser disponibilizado ao trabalhador antes do início do respetivo período de férias e os restantes 50% pagos em duodécimos ao longo do ano.

Garantia da remuneração: Da aplicação deste regime não pode resultar para o trabalhador a diminuição da sua remuneração mensal ou anual, nem dos respetivos subsídios.

Âmbito subjetivo: A presente lei previa a possibilidade de oposição ao regime instituído por parte dos trabalhadores com vínculo por tempo indeterminado, a qual deveria ser exercida no prazo de cinco dias a contar da sua entrada em vigor. No caso dos trabalhadores a termo ou temporários, a adoção do regime de pagamento fracionado dos subsídios depende da celebração de um acordo escrito entre as partes. De salientar ainda que o regime dos duodécimos não se aplica nos casos em que tenha sido estabelecido, por acordo anterior à entrada em vigor do presente diploma, o pagamento antecipado dos subsídios de Natal e/ou de férias.

O presente diploma entrou em vigor no dia 29 de janeiro de 2013. Contudo, os seus efeitos retroagem ao dia 1 de janeiro de 2013.

Medida «Estímulo 2013» - apoio à contratação e formação de desempregados

Portaria n.º 106/2013 (DR 52 serie I de 2013-03-14)

A Portaria n.º 106/2013, de 14 de março, veio reformular a medida «Estímulo 2012», criada pela Portaria n.º 45/2012, de 13 de fevereiro, mediante a implementação da medida «Estímulo 2013», cujo objetivo primacial é o de combater o desemprego entre os públicos mais desfavorecidos e reforçar a criação de emprego e promoção de vínculos laborais mais estáveis, através da concessão de apoios financeiros aos empregadores que celebrem contratos de trabalho e proporcionem formação a desempregados inscritos em centro de emprego ou centro de emprego e formação profissional.

Esta medida não é cumulável com outros apoios diretos ao emprego aplicáveis ao mesmo posto de trabalho, sem prejuízo de medidas que prevejam a isenção ou redução de contribuições para o regime da Segurança Social ou o reembolso da Taxa Social Única.

Às candidaturas apresentadas antes da data da entrada em vigor da presente Portaria é aplicável o regime estabelecido pela medida «Estímulo 2012», sem prejuízo da opção pela aplicação do novo regime por parte do empregador, mediante apresentação de candidatura reformulada.

Requisitos de elegibilidade do empregador: Pode candidatar-se a esta medida o empregador que seja pessoa singular ou coletiva de direito privado, com ou sem fins lucrativos, que reúna cumulativamente os seguintes requisitos: (i) estar regularmente constituído e registado; (ii) preencher os requisitos legais exigidos para o exercício da respetiva atividade ou apresentar comprovativo de ter iniciado o processo aplicável; (iii) ter a sua situação contributiva regularizada perante a administração fiscal e a Segurança Social; (iv) não se encontrar em situação de incumprimento no que respeita a apoios financeiros concedidos pelo Instituto do Emprego e Formação Profissional, I.P.; (v) ter a respetiva situação regularizada em matéria de restituições no âmbito do financiamento do Fundo Social Europeu; e (vi) dispor de contabilidade organizada.

Podem ainda candidatar-se a esta medida as empresas que tenham iniciado processo especial de revitalização previsto no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, mesmo que não preencham o requisito previsto em (iii) *supra*.

Requisitos de atribuição do apoio: A atribuição do apoio financeiro objeto desta medida depende (i) da celebração de contrato de trabalho, a tempo completo ou parcial, sem termo ou a termo certo, por um período mínimo de seis meses, com desempregados inscritos no centro de emprego ou no centro de emprego e formação profissional, (ii) da criação líquida de emprego e (iii) do cumprimento da obrigação de proporcionar formação profissional.

A celebração de contrato a termo certo poderá, para estes efeitos, ser feita ao abrigo do artigo 140.º, n.º 4, alínea b), do Código do Trabalho.

(i) Celebração de contrato de trabalho:

Para efeitos de aplicação desta medida, apenas é relevante a celebração de contrato de trabalho com desempregados:

— inscritos em centro de emprego ou centro de emprego e formação profissional há pelo menos seis meses consecutivos;

— inscritos em centro de emprego ou centro de emprego e formação profissional há pelo menos três meses consecutivos, desde que não tenham concluído o ensino básico ou tenham 45 anos ou mais ou que sejam responsáveis por família monoparental ou cujo cônjuge também se encontre no desemprego;

— inscritos em centro de emprego ou centro de emprego e formação profissional, desde que não tenham estado inscritos na Segurança Social como trabalhadores por conta de outrem ou como trabalhadores independentes nos 12 meses que antecedem a candidatura a esta medida, nem tenham estado a estudar durante esse período.

Para efeitos de atribuição de apoio financeiro, são equiparados a desempregados os trabalhadores inscritos nos centros de emprego ou centro de emprego e formação profissional cujo contrato de trabalho se encontre suspenso com fundamento no não pagamento pontual da retribuição.

Não prejudica o tempo de inscrição no centro de emprego ou centro de emprego e formação profissional a frequência de estágio profissional ou outra medida ativa de emprego, com a exceção das medidas de apoio direto à contratação.

A celebração de contratos de trabalho ao abrigo desta medida encontra-se limitada a um número máximo de 25 contratos por cada ano civil em caso de celebração de contratos de trabalho a termo, inexistindo qualquer limite para a celebração de contratos de trabalho sem termo.

(ii) Criação líquida de emprego:

Para beneficiar desta medida, o empregador deverá ainda (i) atingir 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 (ii) registar, com periodicidade trimestral, 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 em resultado da atribuição desse apoio.

As empresas que tenham iniciado processo especial de revitalização previsto no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas poderão beneficiar desta medida ainda que não cumpram o disposto na alínea (i) do parágrafo anterior.

(iii) Formação profissional

Por fim, o empregador deverá ainda proporcionar formação profissional aos trabalhadores numa das seguintes formas:

— formação em contexto de trabalho ajustada às competências do posto de trabalho, pelo período de duração do apoio, mediante acompanhamento do tutor designado pelo empregador;

— formação ajustada às competências do posto de trabalho, em entidade formadora certificada, com uma carga horária mínima de 50 horas e realizada, preferencialmente, durante o período normal de trabalho ou, quando realizada fora do horário de trabalho, com direito a redução equivalente no respetivo período de trabalho do trabalhador.

As empresas que tenham menos de cinco trabalhadores deverão obrigatoriamente proporcionar formação profissional nos termos da segunda modalidade *supra* mencionada.

Apoio financeiro: O empregador que beneficie desta medida terá direito, durante o período máximo de seis meses, no caso de celebração de contrato de trabalho a termo certo, ou de 18 meses, no caso de celebração de contrato de trabalho sem termo, a um apoio financeiro nas seguintes percentagens:

(i) 60% da retribuição mensal do trabalhador, sempre que se encontre numa das seguintes situações: o contrato de trabalho seja celebrado com desempregado inscrito no centro de emprego ou centro de emprego e formação profissional há pelo menos 12 meses consecutivos;

tivos; o trabalhador seja beneficiário do Rendimento Social de Inserção, pessoa com deficiência ou incapacidade, tenha idade igual ou inferior a 25 anos, ou idade igual ou superior a 50 anos, tenha um nível de habilitações inferior ao 3.º ciclo do ensino básico ou seja do sexo menos representado em setores de atividade que tradicionalmente empregam uma maioria de pessoas do mesmo sexo;

(ii) 50% do valor da retribuição mensal do trabalhador, nos restantes casos.

Para efeitos de determinação da retribuição mensal do trabalhador, será relevante o valor pago pelo empregador ao trabalhador que constitua base de incidência contributiva.

Os apoios financeiros concedidos terão como limite o valor do Indexante de Apoios Sociais, no caso de celebração de contratos a termo, e de 1,3 vezes o valor do Indexante de Apoios Sociais, no caso de contratos celebrados por tempo indeterminado. Estes limites serão proporcionalmente reduzidos em caso de celebração de contrato de trabalho a tempo parcial, tendo por base um período normal de trabalho de 40 horas semanais.

O empregador terá ainda direito a um prémio de duração igual a nove meses nos termos enunciados em (i) e (ii) *supra*, com o limite máximo mensal do valor do Indexante de Apoios Sociais, em caso de conversão de contrato a termo celebrado ao abrigo da medida «Estímulo 2012» ou da presente medida em contrato de trabalho sem termo por acordo entre o empregador e o trabalhador.

JURISPRUDENCIA

[Espanña]

Inconstitucionalidad de los criterios para determinar el tiempo cotizado de los trabajadores a tiempo parcial

Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 2013

El Tribunal Constitucional («TC») examina la constitucionalidad del criterio establecido en la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994 («LGSS») para el cálculo de los años de cotización de los trabajadores a tiempo parcial a efectos de la pensión de jubilación. En particular, se analiza si la disposición adicional séptima de la LGSS vulnera el artículo 14 de la Constitución Española («CE»), al establecer que para el cálculo de los años de cotización se estará en exclusiva a las horas trabajadas (si bien se establecen dos coeficientes correctores: el cálculo de los «días teóricos» de cotización y el coeficiente multiplicador que se aplica al resultado de la operación).

El TC considera que la previsión normativa vulnera el artículo 14 CE en una doble vertiente: (i) la desigualdad entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial por ruptura del principio de proporcionalidad, ya que aquellos trabajadores que han efectuado un trabajo a tiempo reducido durante un largo período de tiempo se ven privados de obtener la pensión de jubilación; y (ii) discriminación indirecta por razón de sexo, en tanto que la mayoría de trabajadores a tiempo parcial son mujeres.

Por otra parte, también se consideran inconstitucionales los coeficientes correctores que acompañan a la regla sobre el cálculo de los años de cotización, por calificarlos de insuficientes para superar los parámetros de justificación y proporcionalidad que exige el artículo 14 CE.

Sanciones basadas en imágenes captadas por cámaras de video-vigilancia

Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de febrero de 2013

El TC analiza la licitud de la prueba obtenida mediante el uso de las cámaras de video-vigilancia preexistentes situadas en el vestíbulo del centro de trabajo, para comprobar las horas reales de entrada y salida de los trabajadores.

Dichas cámaras habían sido instaladas por orden del director de recursos humanos, ante la sospecha de irregularidades en el cumplimiento de la jornada laboral por parte de algún trabajador.

En efecto, a través de la revisión de las grabaciones de las cámaras de seguridad se pudo constatar que un trabajador permaneció en las dependencias de su unidad en horarios muy diferentes a los señalados en las hojas de control de asistencia (en las que el trabajador consignaba y firmaba cada día el momento de entrada y salida). A la vista de las imágenes obtenidas, el trabajador fue sancionado con 6 meses de empleo y sueldo.

El TC considera que la grabación de imágenes afecta al derecho a la intimidad personal y a la propia imagen. De esta forma, la persona que aparece en las grabaciones está facultada para conocer quién dispone de dichas grabaciones y a qué usos las somete.

En consecuencia, el TC determina que la sanción es nula, ya que el empleador debería haber informado del uso que se le iba a dar a las imágenes obtenidas con las cámaras de video-vigilancia instaladas.

Nulidad del Real Decreto 1707/2011, de 18 de noviembre, por el que se regulan las prácticas externas de los estudiantes universitarios

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de mayo de 2013

El Tribunal Supremo («TS») ha declarado la nulidad de pleno Derecho del Real Decreto 1707/2011, de 18 de noviembre, por el que se regulan las prácticas externas de los estudiantes universitarios («RD 1707/2011»), sobre la base de un defecto en su procedimiento de elaboración.

El procedimiento de elaboración requiere expresamente, cuando los proyectos reglamentarios son dictados en ejecución de una Ley, el dictamen del Consejo de Estado. A su vez, y para los casos en que tras la emisión de dicho dictamen se introduzcan modificaciones sustanciales en el texto normativo, la jurisprudencia del TS exige la reiteración de la consulta al Consejo de Estado.

En este supuesto, si bien se dio traslado del texto originario del RD 1707/2011 al Consejo de Estado, no se cumplió con el trámite consistente en reiterar la consulta después de haberse introducido una disposición adicional por la que se excluye de la obligación de afiliación y cotización a la Seguridad Social a los estudiantes universitarios que realicen prácticas externas.

A la vista de lo anterior, el TS consideró que tal modificación debió someterse de nuevo a dictamen por el Consejo de Estado, motivo por el que declara su nulidad y retrotrae el procedimiento de elaboración para que el Consejo de Estado se pronuncie sobre la mencionada disposición adicional.

Primera sentencia del Tribunal Supremo sobre despidos colectivos tras la reforma laboral

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de marzo de 2013

Se trata de la primera sentencia en la que el TS analiza un despido colectivo efectuado tras la reforma laboral y que confirma íntegramente la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que declaraba su nulidad.

La Sala destaca la escasez de la documentación entregada a la representación de los trabajadores. Se señala que la preceptiva memoria explicativa de las causas del despido colectivo —de tres páginas de extensión— remitía a unos inexistentes anexos, que contendrían «*detalles de facturación y algunos gráficos que soportan los argumentos planteados*». Asimismo, tampoco se facilitaban las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios completos.

En virtud de lo anterior, el TS recuerda que la obligación que impone el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y su normativa reglamentaria de desarrollo, pretende ofrecer una información suficiente para conocer las causas de los despidos y afrontar el periodo de consultas adecuadamente. Teniendo en cuenta la relevancia de los incumplimientos examinados, el TS confirma la declaración de nulidad.

Además, la sentencia valora, a los efectos de declarar la nulidad, que la empresa se mantuviese inamovible en su intención de extinguir los contratos de trabajo.

Por otra parte, el TS confirma la declaración de grupo de empresas a efectos laborales de todas las personas jurídicas codemandadas, reiterándose en su doctrina sobre esta materia.

Primacía de la ley sobre el convenio colectivo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de febrero de 2013

La cuestión principal que resuelve el TS en este caso es si debe prevalecer un convenio colectivo sobre una norma con rango legal que lo contravenga.

En el supuesto concreto, el conflicto traía su causa en que la Ley 3/2010, de 23 de junio, que modificó la Ley de Presupuestos de la Comunidad de Galicia, imposibilitaba la aplicación de los incrementos de la masa salarial establecidos en el convenio colectivo de aplicación en diversas empresas del sector público por motivos presupuestarios.

El recurso se basaba, principalmente, en que el no mantenimiento de los salarios pactados en el convenio colectivo, por no permitirlo una norma con rango legal, vulneraría los artículos 37 (negociación colectiva) y 28.1 (libertad sindical) de la Constitución Española.

El TS desestima el recurso de casación alegando que los convenios colectivos tienen plena fuerza vinculante entre las partes que los han suscrito, pero que su eficacia se halla limitada ante supuestos de derecho necesario, pues las normas convencionales han de someterse a las de mayor rango jerárquico. En consecuencia, la Sala valida la no aplicación del incremento salarial pactado en el convenio.

Valor liberatorio del finiquito

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 22 de enero de 2013

Esta sentencia analiza la eficacia extintiva y liquidatoria de un documento de finiquito suscrito por un trabajador que prestaba servicios en la empresa, en virtud de un contrato por obra o servicio.

La sentencia de suplicación, confirmada por el TS, niega el valor liberatorio atribuido al finiquito basándose en que (i) se plasma en un impreso genéricamente formalizado; (ii) no consta la firma de ningún representante de los trabajadores, ni la renuncia a dicha presencia; y (iii) de los términos del recibo no se aprecia la voluntad extintiva del trabajador, ni mutuo acuerdo, ni transacción.

En consecuencia, la Sala establece que el finiquito tiene efectos extintivos y liberatorios de la relación laboral cuando suponga la aceptación de la finalización del contrato, incorporando una voluntad unilateral del trabajador, un mutuo acuerdo o una transacción. Por otra parte, la sentencia establece que el finiquito tiene valor liquidatorio cuando desglose la cantidad a la que se refiere el recibo.

Despido e incapacidad permanente total

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

Las cuestiones que se plantean son (i) la posibilidad de compatibilizar la indemnización por despido (después de que una sentencia declarase su improcedencia) y la pensión por incapacidad permanente total, (ii) así como la posibilidad de optar por la readmisión del trabajador en este supuesto.

La empresa recurrió en casación la sentencia desestimatoria de suplicación alegando (i) la improcedencia de reconocer al trabajador la indemnización por despido al haber sido declarado de una incapacidad permanente total y; (ii) que la extinción indemnizada solo procede cuando es imputable al empleador (lo que, a juicio de la recurrente, no concurriría cuando la imposibilidad viniese motivada por la declaración de incapacidad permanente total).

El TS resuelve que, al no resarcir la indemnización por despido y la pensión por incapacidad permanente total el mismo concepto, no hay obstáculo alguno para su percepción simultánea.

En cuanto a la posibilidad de optar por la readmisión del trabajador, declara que no procedería esta sobre la base de que el trabajador está imposibilitado para volver a prestar sus servicios en las mismas condiciones que lo venía haciendo con anterioridad.

Alteración de la retribución variable tras una fusión por absorción

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 20 de mayo de 2013

En el contexto de la absorción de una entidad bancaria (la «Entidad Absorbida») por otra (la «Entidad Absorbente»), la segunda reduce unilateralmente en un 10% la retribución por objetivos fijada para los trabajadores de la Entidad Absorbida (meses después del período de devengo y una vez producida la absorción).

Contra dicha medida se interpone demanda de conflicto colectivo en la que se alega que la decisión de la Entidad Absorbente constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que ha de calificarse como nula, por no haberse respetado el procedimiento legalmente previsto para su adopción.

La Entidad Absorbente considera que (i) sería necesario determinar individualmente si se tiene derecho a recibir retribución por objetivos o no; (ii) con motivo de la operación mercantil, los objetivos de la Entidad Absorbida se vieron diluidos; y que (iii) por las escasas cuantías económicas en discusión, la modificación no es sustancial.

Ante tales alegaciones, la Sala justifica en primer lugar si se está ante un colectivo indiferenciado de trabajadores que han sufrido una alteración en su sistema retributivo. Una vez realizada esta consideración, declara el carácter sustancial de la modificación, por cuanto afecta al sistema de remuneración y a la cuantía salarial.

Dado que no se respetó el procedimiento previsto para la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo legalmente previsto, la Audiencia Nacional («AN») declara la nulidad de la medida adoptada por la Entidad Absorbente.

Finalmente, la Sala expone que para la ejecución de la sentencia habrá que acudir a procedimientos de ejecución individual, dado que en el escrito de demanda no se solicitó la condena de la Entidad Absorbente.

Posición de la empresa inamovible en la negociación de un despido colectivo

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 20 de marzo de 2013

En este supuesto se denuncia que la empresa demandada no negoció de buena fe, puesto que nunca abrió la posibilidad de retirar el despido, ni reducir sus efectos, ni aliviar las consecuencias para sus empleados. Sin embargo, la empresa defiende que su situación era tan inviable que no permitía otras alternativas distintas a las ya ofrecidas en la reunión mantenida.

La AN expone que el período de consultas debe ajustarse a las reglas de la buena fe, lo que exigirá acreditar propuestas y contrapropuestas. La Sala añade que, con carácter general, el mantener una posición inamovible ha conllevado la nulidad del despido en otros supuestos.

Sin embargo, la AN concluye que el debate del período de consultas no equivale a alcanzar acuerdos, más aún cuando la situación de la empresa es tan calamitosa que su única salida es la liquidación (como en el supuesto enjuiciado, en que la empresa estaba a las puertas de un concurso que acabó con su liquidación). Por ello, se estima que no constituye expresión de mala fe defender que la única alternativa es el cierre y el consiguiente despido de todos los trabajadores.

Supresión unilateral de la retribución variable

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 10 de enero de 2013

La AN resuelve la posibilidad de suprimir unilateralmente las retribuciones variables cuando la empresa (entidad de crédito en este caso) tiene un resultado de explotación negativo.

La empresa considera que la Directiva 76/2010/UE, de 24 de noviembre de 2010, le amparaba para suprimir tales incentivos, al establecerse que los componentes variables de la remuneración deben tener la flexibilidad suficiente para permitir su modulación hasta el punto de poderse suprimir totalmente. Dicha normativa, traspuesta al ordenamiento español a través del RD 771/3022, de 3 de junio, se complementa con la Circular del Banco de España CBE/2011. Esta circular prevé la reducción de las remuneraciones variables en determinados casos, sin perjuicio de los principios contractuales de Derecho contractual y laboral nacional.

En virtud de lo anterior, la AN concluye que habrá de estarse a los esquemas de remuneración que las entidades de crédito establezcan. Por ello, es nula la supresión unilateral de unos incentivos a los que los trabajadores estaban legitimados tras haber cumplido con los objetivos prefijados por la empresa (no se exigía que los resultados de la empresa fueran positivos), debiéndose acudir al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo para alterar dichas retribuciones variables.

[Portugal]

Natureza e valor probatório da declaração de quitação

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 18 de fevereiro de 2013

No acórdão em análise, o Tribunal da Relação do Porto foi chamado a pronunciar-se sobre a decisão do Tribunal de primeira instância que julgou procedente a impugnação de despedimento por inadaptação ao posto de trabalho intentado por uma trabalhadora com base em (i) omissão de cumprimento do procedimento e dos requisitos legalmente exigidos e (ii) inexistência de prova de pagamento de todos os créditos devidos à trabalhadora em virtude do vínculo laboral e sua cessação.

No que respeita ao fundamento da inexistência de prova de pagamento dos créditos devidos, o empregador veio alegar, em sede de recurso, que, em face da existência de declaração por parte da trabalhadora, após a cessação do contrato de trabalho, de que recebeu «todos os créditos emergentes do contrato de trabalho e da cessação do mesmo, nada mais tendo a receber ou a reclamar seja a que título for», deveria o Tribunal de primeira instância ter considerado provado que a trabalhadora, independentemente de ter recebido os créditos que lhe eram devidos, tinha renunciado a quaisquer créditos que pudessem advir da relação de contrato de trabalho e da sua cessação.

O Tribunal da Relação do Porto vem, porém, afirmar que tal declaração consubstancia um mero recibo de quitação, atendendo a que consiste numa declaração genérica que (i) não especifica quais os valores ou créditos emergentes do contrato ou da sua cessação que se encontram abrangidos por tal declaração, assim como (ii) não permite concluir nem revela vontade da trabalhadora em abdicar dos créditos a que tem direito.

Acrescenta o Tribunal que, para que se verificasse uma vontade negocial da trabalhadora em abdicar ou renunciar aos créditos, seria necessária a existência de uma remissão abdicativa, ou seja, seria necessário que existisse um consenso das partes nesse sentido e, portanto, duas declarações negociais, uma por parte do credor, declarando renunciar à prestação, e outra por parte do devedor, aceitando a renúncia a esses créditos.

O Tribunal da Relação do Porto entendeu, assim, que o facto de existir uma declaração na qual a trabalhadora declara, de forma genérica, que não tem mais créditos a receber da entidade empregadora em virtude do contrato de trabalho e da sua cessação não constitui prova plena de que a trabalhadora não pretendia conservar nenhum direito a nenhum crédito, assim como não constitui prova de que o empregador procedeu a todos os pagamentos devidos em virtude da cessação do vínculo laboral.

Uniformização de jurisprudência - subsídio de desemprego

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 14 de março de 2013

No acórdão em análise, o Supremo Tribunal Administrativo foi chamado a pronunciar-se sobre a oposição de julgados entre dois acórdãos contraditórios proferidos pelo Tribunal Central Administrativo Norte em relação à mesma questão de direito, no domínio do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14 de abril, e do Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de novembro:

(i) O acórdão recorrido, proferido no dia 23 de março de 2012 (processo n.º 100/109.8BEPRT), que decidiu no sentido de que não constitui impedimento ao recebimento do subsídio de desemprego a circunstância de o beneficiário ser membro de órgão estatutário de pessoa coletiva sem direito a remuneração, atendendo a que esta circunstância não afasta o pressuposto de atribuição do subsídio, *i.e.* a inexistência total e involuntária de emprego; e

(ii) O acórdão fundamento, proferido no dia 13 de maio de 2011 (processo 491/08.1BEPRT), que decidiu no sentido de que constitui impedimento ao recebimento do subsídio de desemprego a circunstância de o beneficiário ser membro de órgão estatutário de pessoa coletiva sem direito a remuneração, visto que esta circunstância afasta a verificação do pressuposto essencial da atribuição do subsídio, *i.e.* a inexistência total e involuntária de emprego.

O Supremo Tribunal Administrativo veio no presente acórdão decidir em favor do acórdão recorrido, fixando jurisprudência no sentido de que o exercício da gerência de sociedade comer-

cial, sem direito a remuneração, por um trabalhador por conta de outrem cujo contrato de trabalho tenha cessado, não obsta à caracterização da respetiva situação como de desemprego.

O Supremo Tribunal Administrativo fundamentou o seu entendimento na ratio do regime, que, segundo o mesmo, será a de compensar o trabalhador pela falta de retribuição resultante da situação de desemprego, motivo pelo qual releva, para a atribuição das correspondentes prestações, a inexistência de emprego remunerado, enquanto elemento essencial do próprio contrato de trabalho.

MARÍTIMO, TRANSPORTE Y LOGÍSTICA*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Aéreo. Navegación aérea

Reglamento de Ejecución (UE) N.º 390/2013 de la Comisión, de 3 de mayo, por el que se establece un sistema de evaluación del rendimiento de los servicios de navegación aérea y de las funciones de red (DOUE L 128 de 9 de mayo de 2013)

Para contribuir al desarrollo sostenible del sistema de transporte europeo, mejorando la eficacia global de los servicios de navegación aérea en los ámbitos de rendimiento clave, esto es, el de la seguridad, el del medio ambiente, el de la capacidad y el de la rentabilidad, en consonancia con el Plan Maestro Europeo de Gestión del Tránsito Aéreo (ATM), este Reglamento de Ejecución establece un sistema para evaluar dichos ámbitos de rendimiento en cuanto a los servicios de navegación aérea y las funciones de red en el ámbito de la Unión Europea.

Para ello, la Comisión adoptará los objetivos de rendimiento en la Unión Europea y los comunicará a las autoridades nacionales de supervisión, quienes serán las responsables de elaborar los planes de rendimiento, supervisarlos y hacer un seguimiento a nivel local (en particular, en el bloque funcional de espacio aéreo), nacional, de zona de tarificación y de aeropuerto. Los planes de rendimiento deben ser comunicados a la Comisión Europea, quien los revisa para garantizar su compatibilidad con los objetivos de rendimiento a nivel de la Unión.

El Reglamento prevé la posible designación por la Comisión de un organismo de evaluación independiente, que le asistirá en la aplicación del sistema de evaluación del rendimiento. Asimismo, establece que el Gestor de la Red apoyará a la Comisión proporcionándole datos para la preparación de los objetivos y ayudará a los proveedores de servicios de navegación aérea y bloques funcionales de espacio aéreo a alcanzarlos, y deberá elaborar el plan de rendimiento de la red.

Aéreo. Gestión del tránsito aéreo

Reglamento de Ejecución (UE) N.º 409/2013 de la Comisión, de 3 de mayo, relativo a la definición de proyectos comunes, el establecimiento de un mecanismo de gobernanza y la identificación de los incentivos de apoyo a la ejecución del Plan Maestro de Gestión del Tránsito Aéreo (DOUE L 123 de 4 de mayo de 2013)

A través de este Reglamento de Ejecución, la Comisión establece los mecanismos de gobernanza y de incentivo para el despliegue del proyecto de investigación y desarrollo sobre la Gestión

* Esta sección ha sido coordinada por Antonio Quirós, y en su elaboración han participado Julio López Quiroga, Alfredo Cabellos, Luz Martínez de Azcoitia, Ana Pocklington, Hannah de Bustos, Fernando de Castro, Néstor Lozano y M.ª João Rodrigues Dias, del Grupo de Coordinación de Marítimo, Transporte y Logística de Uría Menéndez (Madrid y Oporto).

del Tránsito Aéreo en el Cielo Único Europeo (SESAR), que deben contribuir a la satisfactoria ejecución del Plan Maestro de Gestión del Tránsito Aéreo (Plan Maestro ATM).

El proyecto SESAR, concebido para modernizar el sistema europeo de gestión del tráfico aéreo, será desplegado de forma oportuna, coordinada y sincronizada conforme al Plan Maestro ATM.

Conforme a este Reglamento, la Comisión elaborará propuestas de proyectos comunes con el fin de desplegar las funcionalidades ATM para realizar los cambios operativos necesarios para el despliegue de SESAR, y hará un seguimiento de su ejecución.

En cuanto a la gobernanza para el despliegue, el Reglamento establece su articulación en tres niveles: en el nivel de decisión, que corresponderá a la Comisión, adoptando los proyectos comunes y definiendo incentivos para el despliegue de SESAR; en el nivel de gestión, que es atribuido al órgano gestor del despliegue, quien debe elaborar y aplicar el programa de despliegue, asesorar a la Comisión en la ejecución de los proyectos comunes y establecer mecanismos de cooperación con el gestor de la red, la empresa común SESAR y el estamento militar; y en el nivel de ejecución, que consistirá en la selección por la Comisión de los proyectos de implementación para ejecutar los proyectos comunes, que podrán recibir financiación de la Unión en forma de incentivos.

Ferrocarril. Seguridad ferroviaria

Reglamento de ejecución (UE) Número 402/2013 de la Comisión de 30 de abril de 2013 relativo a la adopción de un método común de seguridad para la evaluación y valoración del riesgo y por el que se deroga el Reglamento (CE) número 352/2009 (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 121 de 3 de mayo de 2013)

Como resultado de la orden de la Comisión Europea de octubre de 2010 a la Agencia Ferroviaria Europea de revisar el Reglamento (CE) 352/2009 de 24 de abril de 2009, relativo a la adopción de un método común de seguridad (MCS) para la evaluación y valoración del riesgo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6, apartado 3, letra a), de la Directiva 2004/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la citada Agencia presentó su recomendación sobre la revisión del MCS, acompañada de un informe sobre la evaluación de impacto.

El presente Reglamento se basa en la recomendación de la Agencia y establece un MCS revisado cuyo objetivo es facilitar el acceso al mercado de los servicios de transporte ferroviario a través de la armonización de (i) los procedimientos de gestión del riesgo utilizados para evaluar el impacto de los cambios en los niveles de seguridad y el cumplimiento de los requisitos de seguridad, (ii) el intercambio de información sobre seguridad entre los diferentes agentes del sector ferroviario y (iii) las pruebas resultantes de la aplicación de un proceso de gestión del riesgo. En cuanto a su ámbito de aplicación, se aplicará al proponente (esto es, la empresa u organización responsable de introducir un cambio si en un Estado miembro no existe una norma nacional notificada para determinar si un cambio es significativo o no para la seguridad), cuando proceda a cualquier cambio del sistema ferroviario en un Estado miembro.

Ferrocarril. Adhesión UE al Convenio relativo a los transportes internacionales por ferrocarril

Decisión del Consejo de 16 de junio de 2011, relativa a la firma y a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la Organización Intergubernamental para los Transportes Internacionales por Ferrocarril de adhesión de la Unión Europea al Convenio relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF) de 9 de mayo de 1980, modificado por el Protocolo de Vilnius de 3 de junio de 1999 (Texto pertinente a efectos del EEE) (2013/103/UE) (DOUE L 51 de 23 de febrero de 2013)

Como recoge su artículo 1, la Decisión aprueba, en nombre de la Unión Europea, el acuerdo entre esta y la Organización Intergubernamental para los Transportes Internacionales por Ferrocarril (OTIF), para su adhesión al Convenio relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF).

En el sector ferroviario, y en particular en relación con materias que son objeto del COTIF, la Unión Europea ha adquirido competencias exclusivas, si bien comparte otras con los Estados miembros. Por ello, la Decisión, que lista los actos de la Unión Europea relativos a cuestiones

también abordadas por el COTIF, establece disposiciones aplicables al Consejo de Unión Europea, la Comisión (quien representa a la Unión Europea) y los Estados miembros sobre preparación y coordinación de las reuniones de la OTIF y voto en su seno.

[España]

Marítimo. Transporte marítimo de pasajeros *Real Decreto 270/2013, de 19 de abril, sobre el certificado del seguro o la garantía financiera de la responsabilidad civil en el transporte de pasajeros por mar en caso de accidente (BOE de 9 de mayo de 2013)*

Mediante este Real Decreto se regula la expedición y control del certificado acreditativo del seguro o garantía financiera distinta del seguro que cubra la responsabilidad civil de los transportistas por mar en caso de muerte o lesiones de los pasajeros derivadas de un accidente, a los que se refiere el artículo 3 del Reglamento 392/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente en su remisión al artículo 4 bis) del Convenio de Atenas.

Esta norma declara el carácter obligatorio de la cobertura de responsabilidad civil del transportista de pasajeros por mar, prohibiendo la navegación de todo buque español dedicado a este fin que carezca del certificado acreditativo del seguro, así como la entrada y salida de puerto español de todo buque extranjero al que le resulte de aplicación el citado Reglamento 392/2009 y no lleve a bordo el certificado de seguro correspondiente.

La autoridad nacional que expedirá el certificado de seguro será la Dirección General de la Marina Mercante, que lo hará siempre que la contratación de dicho seguro se haya realizado con alguna de las entidades identificadas en el Real Decreto.

La norma incluye, asimismo, una serie de medidas de control del cumplimiento de las obligaciones en él impuestas y un régimen sancionador para el supuesto de incumplimiento.

Por último, el Real Decreto aplaza la aplicación del Reglamento 392/2009 a los buques de clase A y clase B, según son definidos en el artículo 4 del Real Decreto 1247/1999 de 16 de julio, que realicen cabotaje nacional hasta el 31 de diciembre de 2014 y el 31 de diciembre de 2018, respectivamente.

Marítimo. Primas y financiación a la construcción naval *Real Decreto 237/2013, de 5 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 442/1994, de 11 de marzo, sobre primas y financiación a la construcción naval, para adecuarlo a las normas del derecho de la Unión Europea (BOE de 11 de abril de 2013).*

Este Real Decreto modifica distintos apartados del Real Decreto 442/1994, de 11 de marzo, sobre primas y financiación a la construcción naval como consecuencia, entre otros, de la publicación del nuevo Marco aplicable a las ayudas estatales a la construcción naval en diciembre de 2011. Viene a actualizar un instrumento largamente presente en el mercado de la construcción naval nacional, que ha contribuido a mejorar la competitividad internacional de nuestros astilleros.

En cuanto a las materias concretas que aborda, destacamos la inclusión de la definición de "artefactos navales" en el artículo 6, que proviene a su vez del citado Marco comunitario, la supresión del artículo 9 sobre condiciones de primas de funcionamiento como consecuencia de la falta de vigencia del Reglamento (CE) 1177/2002 del Consejo, de 27 de junio de 2002, relativo al mecanismo de defensa temporal para la construcción naval, que preveía la posibilidad de otorgar ayudas ligadas a la contratación de buques a determinados segmentos de mercado y, por último, la fijación —en el primer párrafo del artículo 11— del ámbito de aplicación de las condiciones de financiación a los préstamos que se concedan a armadores o a terceros, para las construcciones y transformaciones que se indican en los artículos 6 y 7 del Real Decreto 442/1994 que se modifica, así como a los créditos en las condiciones OCDE para los buques de pesca de arqueo bruto (GT) igual o superior a 100 toneladas.

**Marítimo.
Delimitación de zona
económica exclusiva**

Real Decreto 236/2013, de 5 de abril (BOE de 17 de abril de 2013)

Este Real Decreto, en el ejercicio de la facultad conferida al Gobierno por la Ley 15/1978, de 20 de febrero, y a los efectos previstos en la Convención de Naciones Unidas de Derecho del Mar (CNUDM), de 10 de diciembre de 1982, establece una zona económica exclusiva de España en el área noroccidental del mar Mediterráneo. Dicha zona económica exclusiva se extenderá desde el límite exterior del mar territorial, hasta un punto de coordenadas I: 35º 57,46' N; L: 2º 5,31' W, continuando hacia el este mediante la línea equidistante con los países ribereños, trazada de conformidad con el Derecho internacional, hasta la frontera marítima con Francia.

El Real Decreto 236/2013 surte efecto desde el mismo día de su publicación en el *BOE*, si bien los mencionados límites podrán ser modificados mediante acuerdos de delimitación que puedan concluirse con el Estado ribereño afectado, al amparo del artículo 74 del CNUDM.

**Transporte por
carretera.
Documentación de
los transportes
de viajeros**

Orden FOM/1230/2013, de 31 de mayo, por la que se establecen normas de control en relación con los transportes públicos de viajeros por carretera (BOE de 3 de julio de 2013)

Mediante esta norma, que deroga la Orden FOM/3398/2002, se establecen determinadas obligaciones que deben cumplir los transportistas de viajeros, con la finalidad de establecer ciertos controles sobre la actividad desarrollada por estos. Así, por lo que a los transportes interiores discrecionales se refiere, se mantiene la exigencia de circular provistos de la correspondiente hoja de ruta.

Por su parte, los transportistas que realizan servicios de transporte regular de viajeros de uso general han de disponer de un libro u hoja de reclamaciones; llevar un registro donde habrán de anotarse, diariamente y por cada vehículo, los datos correspondientes a cada expedición; justificantes acreditativos de la colaboración entre transportistas, etc.

También, por lo que se refiere a los transportes regulares de uso general, se prevé la obligación de las empresas titulares del contrato de gestión de facilitar a la Administración aquella información prevista en la Orden que permita controlar trimestral y anualmente la correcta prestación del servicio.

**Transporte por
carretera. Régimen
sancionador y de
inspección**

Ley Orgánica 5/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de Delegación de Facultades del Estado en la Comunidades Autónomas en relación con los transportes por carretera y por cable (BOE de 5 de julio de 2013)

La disposición ahora comentada modifica, con vigencia desde el 25 de julio de 2013, el artículo 10 de la Ley Orgánica 5/1987 sobre delegación de facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en materia de transporte. El objeto de dicha modificación no es otro que el de clarificar el alcance de las funciones que, en materia de inspección y sanción, ya habían sido delegadas en favor de las Comunidades Autónomas.

Expresamente se dispone que en materia de servicios y demás actividades de transporte, y con exclusión del transporte internacional, las Comunidades Autónomas asumen, por delegación, las potestades de inspección en relación con los centros de trabajo ubicados en sus territorios y respecto de los vehículos que circulen por ellos, con independencia del ámbito territorial del servicio o actividad inspeccionada, e, igualmente, la facultad sancionadora que resulte de tales inspecciones delegadas.

**Transporte por
carretera. Ordenación
de los transportes**

Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (BOE de 5 de julio de 2013)

En virtud de esta disposición se modifica, con efectos desde el 25 de julio de 2013, la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, esencialmente en la regulación de los transportes públicos de viajeros y en la intermediación en la contratación de los transportes de viajeros y de mercancías. En general, esta reforma tiene por finalidad adecuar nuestro ordenamiento jurídico sectorial a las normas comunitarias dictadas en materia de transporte durante estos últimos años (Reglamentos 1370/2007, 1071/2009, 1072/2009, 1073/2009 y 181/2011).

Así, se modifica el régimen relativo a las autorizaciones de transporte de viajeros y mercancías, y se regula el contrato de gestión de los servicios de transporte público regular de viajeros de uso general.

En relación con la intermediación en la contratación de transportes de viajeros, se habilita a los titulares de una autorización de transporte de viajeros para llevar a cabo esta actividad. Para intermediar en la contratación de los transportes de mercancías, se mantiene la exigencia de disponer de la correspondiente autorización de operador de transporte. No obstante, y en los términos señalado en la norma, los titulares de una autorización de transporte de mercancías podrán también intermediar en la contratación de esta modalidad de transporte.

Por lo que se refiere a la Ley de Seguridad Aérea, mediante la Ley 9/2003 se suprime el denominado factor de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea que incrementaba las cuantías correspondientes a la prestación de seguridad aeroportuaria y se crea, en sustitución de aquel factor, la tasa de seguridad aérea, al objeto de gravar la realización de aquellas actividades y prestación de servicios de supervisión e inspección en materia de seguridad aérea que lleva a cabo la Agencia Estatal de Seguridad Aérea. Estas modificaciones entran en vigor el 5 de octubre de 2013.

Aéreo. Servidumbres aeronáuticas

Real Decreto 297/2013, de 26 de abril, por el que se modifica el Decreto 584/1972, de 24 de febrero, de Servidumbres Aeronáuticas y por el que se modifica el Real Decreto 2591/1998, de 4 de diciembre, sobre la Ordenación de los Aeropuertos de Interés General y su Zona de Servicio, en ejecución de lo dispuesto por el artículo 166 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 17 de mayo de 2013)

Esta nuevo Real Decreto revisa e incorpora a las servidumbres aeronáuticas las previsiones necesarias para cumplir con los convenios internacionales en los que España es parte, superando los desfases existentes entre el Real Decreto 862/2009 y el Decreto 584/1972, de 24 de febrero, de Servidumbres Aeronáuticas (el "Decreto").

Se actualizan las servidumbres de las instalaciones radioeléctricas de los radiofaros omnidireccionales VHF (VOR) y de los radares de vigilancia para los aerogeneradores, y se aumenta el grado de protección del TACAN. Se modifica también el Decreto en lo relativo al entorno de los aeropuertos, restringiendo mediante un listado las actividades que pongan en peligro las operaciones aéreas.

Adicionalmente, se modifica globalmente el capítulo IV del Decreto debido a todos los cambios que desde 1972 ha experimentado la organización administrativa y aeronáutica, y se incluye la participación de las autoridades de ordenación territorial y urbanística en la tramitación de las servidumbres aeronáuticas. Se incluye también un capítulo V para agilizar la tramitación de las autorizaciones de servidumbres aeronáuticas.

En otro orden de cosas, se establece la obligación de adaptar el planeamiento territorial y urbanístico a las servidumbres aeronáuticas y se regula para los gestores aeroportuarios y de servicios distintos de AENA su participación en la tramitación de las servidumbres y en las autorizaciones, entre otras actuaciones.

Finalmente, se clarifican las competencias que le corresponden al Ministerio de Defensa y al Ministerio de Fomento en materia de aviación, reforzando el cumplimiento de las servidumbres y simplificando el procedimiento administrativo vigente.

[Portugal]

Novo Regime Jurídico do Trabalho Aéreo

Decreto-Lei n.º 44/2013 (DR 64, 1.ª série de 2013-04-12)

O Decreto-Lei n.º 44/2013, de 2 de abril de 2013 ("DL 44/2013") instituiu o novo regime jurídico da atividade de transporte aéreo, revogando para o efeito o Decreto-Lei n.º 179/2013, de 11 de maio, do qual constava a regulamentação anterior.

A reformulação deste regime tem em vista a sua conformação com os princípios plasmados no Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho, que transpõe para o ordenamento jurídico interno a Diretiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, sobre a simplificação do livre acesso e exercício das atividades de serviços.

Como vetores do Decreto-Lei n.º 44/2013, destacam-se a manutenção de um regime de licenciamento prévio para estabelecimento de operadores de trabalho aéreo (ou de autorização prévia para os operadores estabelecidos a título principal noutros Estados-Membros); a instituição do reconhecimento prévio dos títulos para o exercício da atividade de trabalho aéreo emitidos por outros Estados-Membros; e a eliminação de um prazo nas permissões administrativas concedidas, ressalvados casos específicos de prestação ocasional e esporádica de serviços.

Na fixação deste novo regime, o Decreto-Lei n.º 44/2013 aborda, designadamente, as matérias de licenciamento e certificação, os termos e condições do exercício da atividade de trabalho aéreo, o regime de reconhecimentos e autorizações para exercício da atividade por operador estabelecido noutro Estado-Membro, os quadros de responsabilidade civil e de restrições ao lançamento de objetos e o regime sancionatório aplicável.

O DL 44/2013 entrou em vigor a 3 de abril de 2013.

2 · JURISPRUDENCIA

[Espanña]

Marítimo. Inscripción registral de la adjudicación de un buque en subasta judicial

Resolución de 15 de marzo de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 15 de abril de 2013)

La Resolución analiza la posibilidad de inscripción en el Registro de Bienes Muebles de Santander de una certificación del decreto de adjudicación en subasta de un buque recaído en un procedimiento separado de responsabilidad civil, teniendo en cuenta (i) la falta de anotación del embargo preventivo, (ii) los defectos relativos a la firmeza de la resolución, (iii) el tracto sucesivo y (iv) el principio de especialidad.

La DGRN mediante esta resolución estima el recurso planteado y confirma la nota de calificación de la registradora, al entender que la adjudicación derivada de un procedimiento de apremio es inscribible aunque el embargo no haya sido anotado o la anotación que en su día practicada hubiese caducado. Ello teniendo en cuenta que no existiesen obstáculos derivados del contenido del Registro y el título reúna los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria. La DGRN considera que el decreto de adjudicación debidamente certificado es una resolución judicial firme de la que resulta la transferencia del dominio del buque, la cual garantiza que el titular registral ha agotado los medios de defensa de su titularidad.

Del mismo modo, la Resolución confirma el incumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa hipotecaria en cuanto al tracto sucesivo, pues constando en el Registro que el bien está inscrito a nombre de una persona con carácter presuntivamente ganancial, no puede pretenderse la inscripción a favor de un tercero si no resulta de forma indubitada que los dos cónyuges titulares del bien han sido parte en el procedimiento.

Marítimo. Incendio de buque en construcción. Custodia. Contrato de construcción naval

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de febrero de 2013

El supuesto en cuestión trae causa de un contrato de construcción naval, en virtud del cual el astillero estaba obligado a construir un buque de pesca a cambio de un precio. El contrato se trata de un arrendamiento de obra por precio alzado regulado, a pesar de su naturaleza mercantil, por la normativa aplicable del Código Civil (artículos 1588 y concordantes). El astillero aportaría los materiales necesarios para ejecutar la construcción; sin embargo, y esto se revelará como un dato relevante en el fallo del Tribunal Supremo, este no estaba obligado a ejecutar la instalación electromecánica del buque —esta prestación se acometería por aquel “industrial” que designase la contratista—.

Con el buque amarrado en las instalaciones del astillero, se produjo un incendio en el buque por un fallo del equipo eléctrico. Si bien es cierto que no se había producido aún la entrega de la posesión bajo el contrato de construcción, el buque no estaba tampoco exclusivamente en poder del astillero, puesto que se habían otorgado las llaves del buque a una persona que actuaba por cuenta del contratista para que diferentes subcontratistas del armador pudieran trabajar en el buque.

La responsabilidad achacada al astillero encuentra su fundamento en lo previsto en la presunción recogida en el artículo 1183 del Código Civil en relación con el artículo 1094 del citado cuerpo legal. El Tribunal Supremo concluye que no cabe hacer responsable al astillero-constructor con base en la presunción de negligencia del artículo 1183 del Código Civil, pues el evento dañoso tiene causa incierta aunque localizada fuera del ámbito de actuación profesional del astillero y, por ende, de sus deberes de custodia, ya que el buque se encontraba, en ese ámbito, bajo el control de la contratista.

MEDIO AMBIENTE*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Modificación del Registro de la Unión Europea de Derechos de Emisión

Reglamento (UE) n.º 389/2013 de la Comisión, de 2 de mayo de 2013, por el que se establece el Registro de la Unión, de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Decisiones n.º 280/2004/CE y n.º 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y por el que se derogan los Reglamentos (UE) n.º 920/2010 y n.º 1193/2011 de la Comisión (DOUE L 122/2013, publicado el 3 de mayo)

Este Reglamento establece los requisitos generales, de funcionamiento y mantenimiento relativos al Registro de la Unión para el periodo de comercio de derechos de emisión que comenzó el 1 de enero de 2013, así como de creación del diario independiente de transacciones previsto en el artículo 20, apartado 1, de la Directiva 2003/87/CE por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE. Por otro lado, se modifica el régimen de los registros previstos en el artículo 6 de la Decisión 280/2004/CE relativa a un mecanismo para el seguimiento de las emisiones de gases de efecto invernadero en la Comunidad y para la aplicación del Protocolo de Kioto.

El Registro de la Unión debe contener las cuentas en las que se registren los procesos y las operaciones necesarias para la aplicación de las disposiciones de la Directiva 2003/87/CE. Cada cuenta debe abrirse siguiendo procedimientos normalizados, al objeto de garantizar la integridad del sistema de registros y el acceso a la información contenida en él por parte del público. Los derechos de emisión deben expedirse en el Registro de la Unión.

Las transacciones con derechos de emisión dentro del Registro de la Unión deben efectuarse a través de un enlace de comunicación en el que participe el Diario de Transacciones de la Unión Europea (DTUE), mientras que las transacciones con unidades de Kioto deben efectuarse a través de un enlace de comunicación en el que participen tanto el DTUE como el Diario Internacional de Transacciones de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

* 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).

[España]

Restricciones en la utilización de ciertas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos

Real Decreto 219/2013, de 22 de marzo, sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos (BOE de 23 de marzo de 2013)

Este Real Decreto transpone la Directiva 2011/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos (AEE), así como la Directiva delegada 2012/50/UE de la Comisión de 10 de octubre de 2012.

El Real Decreto 219/2013 establece restricciones a la utilización de sustancias peligrosas en AEE con el fin de contribuir a la protección de la salud humana y del medio ambiente, facilitando la valorización y eliminación correctas desde el punto de vista medioambiental de los residuos de los AEE. En concreto, se prohíbe la introducción en el mercado de los AEE que contengan las sustancias mencionadas en el anexo II en cantidades que superen los valores máximos de concentración en peso de materiales homogéneos que figuran en ese mismo anexo. Además, establece obligaciones para los fabricantes, los representantes autorizados, los importadores y los distribuidores.

Por último, se deroga el artículo 3.a) (medidas de prevención) y el anexo II (excepciones a las prohibiciones de utilizar plomo, mercurio, cadmio y cromo hexavalente en los materiales y componentes de los aparatos eléctricos y electrónicos) del Real Decreto 208/2005, de 25 de febrero, sobre aparatos eléctricos y electrónicos y la gestión de sus residuos.

Transposición parcial de la Directiva 2010/75/UE sobre las emisiones industriales

Ley 5/2013, de 11 de junio, por la que se modifican la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación y la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (BOE de 12 de junio de 2013)

Mediante la Ley 5/2013 se transpone parcialmente la Directiva 2010/75/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre, sobre las emisiones industriales. Aquellos aspectos de la Directiva 2010/75/UE no transpuestos mediante la Ley 5/2013 serán incorporados a nuestro ordenamiento por vía reglamentaria. De entre las modificaciones operadas a la Ley 16/2002 merece la pena destacar las siguientes:

En primer lugar, se modifica el anexo I, donde se incluyen nuevos sectores y nuevos tipos de instalaciones. Además, se simplifica y aclara la tramitación administrativa relativa a la autorización ambiental integrada, tanto en lo que se refiere a su otorgamiento como a su modificación y revisión. En concreto: (i) se reduce el plazo del procedimiento de otorgamiento de la autorización ambiental integrada de diez a nueve meses, (ii) en el caso de que el organismo de cuenca no hubiera emitido el informe de admisibilidad de vertido en el plazo de seis meses, se elimina tal requisito, (iii) se suprime la necesidad de aportar documentos en los procedimientos de revisión y actualización de la autorización, cuando ya hubiesen sido aportados con motivo de la solicitud de autorización original, (iv) se elimina el deber de renovación de la autorización, siendo el órgano ambiental competente quien debe garantizar la adecuación de la autorización a las nuevas condiciones aplicables; en concreto, las autorizaciones se revisarán dentro de los cuatro años siguientes a la publicación de las conclusiones relativas a las mejores técnicas disponibles («MTD»), y (v) se establece un procedimiento transitorio de actualización de las autorizaciones ya otorgadas conforme al cual el órgano ambiental competente de oficio comprobará, mediante un procedimiento simplificado, la adecuación de la autorización a las prescripciones de la nueva Directiva. Se establece como fecha límite para la actualización de las autorizaciones el 7 de enero de 2014.

En relación con la protección del suelo y las aguas subterráneas, se incorpora entre la documentación necesaria para solicitar la autorización ambiental integrada de determinadas actividades —en concreto aquellas que manejen sustancias peligrosas—, la presentación de un informe base o informe de la situación de partida, que servirá de base para comparar el estado del suelo y del agua una vez finalizada la actividad y como requisito previo al cierre y desmantelamiento de la instalación.

En cuanto a los valores límite de emisión a fijar en la autorización ambiental integrada, el órgano competente deberá garantizar que en condiciones de funcionamiento normal, las emisiones no superen los niveles de emisión asociados a las mejores técnicas disponibles que se establecen en las conclusiones relativas a las MTD, o bien (i) estableciendo valores límite de emisión que no superen los niveles de emisión asociados a las MTD, o bien (ii) estableciendo unos valores límite de emisión distintos de los anteriores en términos de valores, periodos de tiempo y condiciones de referencia. En este último caso, el órgano competente evaluará, al menos una vez al año, los resultados del control de las emisiones para garantizar que las emisiones en condiciones normales de funcionamiento no hayan superado los niveles de emisión asociados a las mejores técnicas disponibles.

De modo excepcional, el órgano competente podrá fijar, en determinados casos, valores límite de emisión menos estrictos, solo si se pone de manifiesto mediante una evaluación que la consecución de los niveles de emisión asociados con las MTD, tal y como se describen en las conclusiones, daría lugar a unos costes desproporcionadamente más elevados que el beneficio ambiental, debido a la ubicación geográfica o la situación del entorno local de la instalación de que se trate, o las características técnicas de la instalación. En todo caso, estos valores excepcionales no podrán superar los valores límite de emisión establecidos en la normativa de desarrollo de la ley, y los órganos competentes velarán por que no se produzca ninguna contaminación significativa y por que se alcance un nivel elevado de protección del medio ambiente en su conjunto.

Asimismo, el órgano competente podrá conceder exenciones temporales respecto a las pruebas y la utilización de técnicas emergentes para un periodo de tiempo total no superior a nueve meses, siempre y cuando, tras el periodo especificado, se interrumpa la técnica, o bien la actividad alcance, como mínimo, los niveles de emisión asociados a las MTD.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

La evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente no incluye la evaluación de las repercusiones sobre el valor de bienes materiales

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 14 de marzo de 2013 (as.C420/11)

La sentencia resuelve una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 3 de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en su versión modificada por las Directivas 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997, y 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003 («Directiva 85/337/CEE»).

La petición de decisión prejudicial fue planteada en el marco de un litigio entre una ciudadana austriaca, y la República Austriaca y el Land Niederösterreich (Land de Baja Austria), en relación con su solicitud de obtener la reparación de un perjuicio patrimonial conforme al artículo 3 de la Directiva 85/337/CEE.

Según el artículo 3 de la Directiva 85/337/CEE, la evaluación del impacto ambiental identificará, describirá y evaluará de forma apropiada, en función de cada caso particular y de conformidad con los artículos 4 a 11, los efectos directos e indirectos de un proyecto, entre otros, sobre los bienes materiales y el patrimonio cultural.

El Tribunal austriaco decidió suspender el procedimiento interno y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales: «¿Debe interpretarse el artículo 3 de la Directiva 85/337 [...], en su versión modificada por la Directiva 97/11 [...] y por la Directiva 2003/35 [...], en el sentido de que: 1) el concepto de «bienes materiales» comprende sólo su esencia o también su valor; 2) la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente sirve también para la protección de los particulares frente a un perjuicio patrimonial producido por la disminución del valor de un inmueble?».

En su sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 3 de la Directiva 85/337/CEE debe interpretarse en el sentido de que la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente, tal como se prevé en dicho artículo, no incluye la evaluación de las repercusiones del proyecto de que se trate sobre el valor de bienes materiales. No obstante, los perjuicios patrimoniales, en la medida en que sean consecuencia económica directa de las repercusiones sobre el medio ambiente de un proyecto público o privado, están amparados por el objetivo de protección perseguido por dicha Directiva.

Asimismo, el Tribunal sostiene que la circunstancia de que no se haya realizado una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente, incumpliendo las exigencias de dicha Directiva, no confiere, en principio, por sí misma a un particular, según el Derecho de la Unión y sin perjuicio de normas del Derecho nacional menos restrictivas en materia de responsabilidad del Estado, el derecho a obtener la reparación de un perjuicio puramente patrimonial causado por una disminución del valor de su bien inmueble generada por las repercusiones sobre el medio ambiente del citado proyecto. No obstante, corresponde al juez nacional comprobar si se cumplen las exigencias del Derecho de la Unión aplicables al derecho a obtener una reparación y, en particular, la existencia de una relación de causalidad directa entre la violación alegada y los daños sufridos.

[España]

No es posible aprobar de forma condicionada un plan urbanístico que no ha sido objeto de informe por el Organismo de Cuenca

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2013 (recurso n.º 5811/2010)

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 7 de junio de 2010, por la que se declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto frente al Acuerdo de 7 de noviembre de 2007 de la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia, en virtud del cual se acordó la aprobación supeditada de un determinado Plan Parcial en la Comunidad Valenciana. La Sala de instancia declaró que el recurso presentado contra este Acuerdo no podía ser admitido en virtud del artículo 69.c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa al haberse interpuesto frente a un acto administrativo de mero trámite y, por tanto, no susceptible de impugnación.

En el presente caso, la sentencia determina que el acuerdo impugnado constituye la aprobación definitiva de un plan urbanístico, aunque se supedite a determinadas condiciones, cuyo cumplimiento no priva a la aprobación de su carácter definitivo. Por tanto, la aprobación supeditada no constituye un acto de aprobación inicial o provisional, sino un auténtico acto de aprobación del plan, impugnabile de forma autónoma, incluso en el supuesto de que el plan no se hubiese publicado, de modo que el recurso debió ser admitido.

Una vez dilucidada la admisibilidad del recurso, el TS analiza el fondo del asunto relativo al régimen jurídico aplicable al informe a emitir por el Organismo de Cuenca en la tramitación de un plan urbanístico en la Comunidad Valenciana.

El TS declara que la necesidad de emitir este informe es clara en cualquier procedimiento de aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de planificación territorial y urbanística. Considera el alto tribunal que el informe de la Confederación Hidrográfica es preceptivo y vinculante, en cuanto afecta al ámbito competencial de la Confederación Hidrográfica, y este carácter vinculante ha sido expresamente asumido por la legislación urbanística valenciana. El carácter vinculante del informe de la Confederación Hidrográfica no lo es solo respecto de la existencia o suficiencia de recursos hídricos, sino, según la sentencia, también respecto de la disponibilidad física y jurídica del agua.

Por esta razón, según el TS no es posible aprobar de forma condicionada un plan urbanístico que no ha sido objeto de informe por el Organismo de Cuenca, ya que la legislación urbanística valenciana tan solo permite aprobar condicionadamente un plan si los reparos que se aprecian

La emisión de la declaración de impacto ambiental con posterioridad a la aprobación del proyecto básico iría contra el efecto útil del Derecho comunitario

son de alcance limitado y pueden subsanarse con una corrección técnica específica, lo que no es predicable de un trámite tan esencial como es el informe favorable que debe emitir la Confederación.

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2013 (recurso núm. 280/2010). Imposibilidad de emisión de la declaración de impacto ambiental con posterioridad a la aprobación del proyecto por el órgano sustantivo

La sentencia del TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Generalidad Valenciana contra la sentencia de 13 de noviembre de 2009 (la «*Sentencia del TS*») dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana («*TSJCV*») que anuló la Resolución de 16 de marzo de 2007 del Director General de Obras Públicas de la Administración Autonómica por la que se aprobó definitivamente el proyecto básico de la autovía CV-95 Orihuela-Costa (la «*Resolución impugnada*»).

La Resolución impugnada pretendía subsanar la aprobación inicial del proyecto básico de la referida autovía, aprobado por la Resolución de fecha 21 de julio de 2006 y que fue anulada por la sentencia del TSJCV de fecha 5 de junio de 2009 debido a la falta de aprobación previa de la declaración de impacto ambiental («*DIA*»). La Resolución impugnada aprobó nuevamente el proyecto básico una vez realizada la correspondiente *DIA*.

La Sentencia del TS analiza fundamentalmente dos cuestiones: en primer lugar, si tenía sentido que un proyecto básico fuera objeto de *DIA* con posterioridad a su aprobación de manera que fuera viable la subsanación *ex post* mediante la emisión de un nuevo acto que, a la vista de la *DIA* tardía, confirmara el proyecto anteriormente aprobado de forma anticipada. Y, en segundo lugar, si sería viable una *DIA* que, en estas circunstancias, se pronunciara solo sobre una de las alternativas, al haberse descartado previamente las otras por el órgano sustantivo.

La Administración argumentaba que no se daba un vicio causante de indefensión y que la emisión tardía de la *DIA* y la ulterior emisión de un acto confirmatorio del dictado con carácter previo habrían subsanado todo posible defecto, habida cuenta de que además el proyecto básico de julio de 2006 subordinaba los proyectos de construcción a los condicionantes que estableciera la *DIA*. La Sentencia del TS afirma que para que la subsanación produjera dicho efecto sería preciso que permitiera, aun tardíamente, el cumplimiento de la finalidad del procedimiento de impacto ambiental, como se deduce del artículo 63.2 de la LRJPAC, y argumentó que el procedimiento de impacto ambiental no puede cumplir con su función cuando al órgano ambiental se le traslada para la emisión de la *DIA* un proyecto ya previamente aprobado, donde el órgano sustantivo ha descartado ya otras posibles alternativas cuyos efectos ambientales podrían ser significativamente diferentes.

Por tanto, el TS concluye que ni era posible una *DIA* dictada *a posteriori*, después de la aprobación del proyecto —mucho menos cuando, como en el caso enjuiciado, la *DIA* se pronunciaba solo sobre la alternativa previamente aprobada—, ni era posible tampoco, en consecuencia, un acto posterior de ratificación del proyecto dictado subsiguientemente a esta *DIA* tardía. Por otro lado, la Sentencia del TS afirma que la emisión de la *DIA* con posterioridad a la aprobación del proyecto básico iría contra el efecto útil del Derecho comunitario, al que se refieren las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de junio de 1998 y 10 de febrero de 2009.

MERCANTIL*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

— *Reglamento Delegado 152/2013 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2012, por el que se completa el Reglamento (UE) 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a las normas técnicas de regulación relativas a los requisitos de capital de las entidades de contrapartida central (DOUE de 23 de febrero de 2013)*

— *Reglamento Delegado 153/2013 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2012, por el que se completa el Reglamento (UE) 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones, en lo que se refiere a las normas técnicas de regulación relativas a los requisitos que deben cumplir las entidades de contrapartida central (DOUE de 23 de febrero de 2013)*

— *Reglamento Delegado 231/2013 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2012, por el que se complementa la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos) en lo referente a las exenciones, las condiciones generales de ejercicio de la actividad, los depositarios, el apalancamiento, la transparencia y la supervisión (DOUE de 22 de marzo de 2013)*

— *Decisión del Banco Central Europeo, de 20 de marzo de 2013, sobre las normas relativas a la utilización como activos de garantía en las operaciones de política monetaria del Eurosistema de bonos bancarios simples con la garantía del Estado para uso propio (DOUE de 5 de abril de 2013)*

— *Reglamento 346/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2013, sobre los fondos de emprendimiento social europeos (DOUE de 25 de abril de 2013)*

— *Reglamento de Ejecución 447/2013 de la Comisión, de 15 de mayo de 2013, por el que se establece el procedimiento aplicable a los gestores de fondos de inversión alternativos que opten por acogerse a la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 16 de mayo de 2013)*

— *Reglamento de Ejecución 448/2013 de la Comisión, de 15 de mayo de 2013, por el que se establece el procedimiento para determinar el Estado miembro de referencia de los gestores de fondos de inversión alternativos de fuera de la UE conforme a la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE de 16 de mayo de 2013)*

— *Directiva 2013/14/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, que modifica la Directiva 2003/41/CE relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo, la Directiva 2009/65/CE, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), y la Directiva 2011/61/UE, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos, en lo que atañe a la dependencia excesiva de las calificaciones crediticias (DOUE de 31 de mayo de 2013)*

— *Reglamento 462/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) 1060/2009 sobre las agencias de calificación crediticia (DOUE de 31 de mayo de 2013)*

* Esta sección ha sido elaborada por Javier Tortuero, Alicia de Miguel, Clara Muñoz, Pedro Ferreira Malaquias, Helder Frias, Mafalda Almeida Carvalho, Tiago Simões de Almeida, Catarina Gonçalves de Oliveira, Miguel Stokes, Afonso Choon Dias, Joana Torres Ereio, Joana Mota y Nair Cordas, del Grupo de Práctica de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa)

— *Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) (DOUE de 18 de junio de 2013)*

— *Reglamento 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (DOUE de 18 de junio de 2013)*

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

— *Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE (DOUE de 27 de junio de 2013)*

— *Reglamento 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012 (DOUE de 27 de junio de 2013)*

[España]

Mercado de Valores

— *Acuerdo de 14 de diciembre de 2012, del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre delegación de competencias (BOE de 11 de enero de 2013)*

— *Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, por la que se determinan el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo, del informe anual sobre remuneraciones y de otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores (BOE de 23 de marzo de 2013)*

— *Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero (BOE de 23 de marzo de 2013)*

— *Orden ECC/680/2013, de 8 de abril, por la que se autoriza la modificación de los artículos 11 y 12 del Reglamento de la Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores, S.A. (IBERCLEAR) (BOE de 25 de abril de 2013)*

— *Circular 2/2013, de 9 de mayo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el documento con los datos fundamentales para el inversor y el folleto de las instituciones de inversión colectiva (BOE de 24 de mayo de 2013)*

— *Circular 3/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se les prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros (BOE de 19 de junio de 2013)*

— *Circular 4/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que establece los modelos de informe anual de remuneraciones de los consejeros de sociedades anónimas cotizadas y de los miembros del consejo de administración y de la comisión de control de las cajas de ahorros que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores (BOE de 24 de junio de 2013)*

— *Circular 5/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que establece los modelos de informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores (BOE de 24 de junio de 2013)*

Bancario

— Resolución de 26 de diciembre de 2012, de la Comisión Ejecutiva del Banco de España, de modificación de la de 11 de diciembre de 1998, por la que se aprueban las cláusulas generales aplicables a las operaciones de política monetaria del Banco de España (BOE de 1 de enero de 2013)

— Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero (BOE de 2 de febrero de 2013)

— Real Decreto 256/2013, de 12 de abril, por el que se incorporan a la normativa de las entidades de crédito los criterios de la Autoridad Bancaria Europea de 22 de noviembre de 2012, sobre la evaluación de la adecuación de los miembros del órgano de administración y de los titulares de funciones clave (BOE de 13 de abril de 2013)

— Circular 1/2013, de 24 de mayo, del Banco de España, por la que se modifica la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a las entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros (BOE de 31 de mayo de 2013)

— Resolución de 18 de junio de 2013, de la Comisión Ejecutiva del Banco de España, por la que se crea el registro electrónico del Banco de España (BOE de 24 de junio de 2013)

— Proyecto de Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, de 21 de junio de 2013 (BOCG de 21 de junio de 2013)

— Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (BOE de 27 de junio de 2013), por la que se modifica la disposición final vigésima primera de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito

Véanse los comentarios a esta norma que se incluyen en esta misma sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» (Procesal Civil e Inmobiliario y Urbanismo) de este mismo número de la Revista.

Societario

— Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, por el que se crea una Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo (BOE de 23 de mayo de 2013)

— Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (Ministerio de Justicia, publicado el 20 de junio de 2013 en www.mjusticia.gob.es)

Otras materias

— Resolución de 24 de enero de 2013, de la Dirección General de Comercio e Inversiones, por la que se modifican los modelos de declaración D-5A, D-5B y D-6 que sustituyen a los modelos anteriores (BOE de 5 de febrero de 2013)

País Vasco

— Decreto Foral-Norma 1/2013, de 5 de febrero, de actualización de balances (BOPV de 20 de junio de 2013)

Castilla-La Mancha

— Ley 1/2013, de 21 de marzo, de medidas para la dinamización y flexibilización de la actividad comercial y urbanística en Castilla-La Mancha (DOCM de 27 de marzo de 2013)

Castilla y León

— Decreto 16/2013, de 9 de mayo, por el que se modifica el Decreto 82/2006, de 16 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León (BOCYL de 15 de mayo de 2013)

Navarra

— Ley Foral 15/2013, de 17 de abril, de modificación de determinados artículos de la Ley Foral 17/2001, de 12 de julio, reguladora del comercio en Navarra (BON de 29 abril de 2013)

— Orden Foral 245/2013, de 26 de junio, de la Consejera de Economía, Hacienda, Industria y Empleo, por la que se establece el procedimiento para efectuar por medios telemáticos el embargo de dinero en cuentas abiertas en entidades de crédito (BON de 5 de julio de 2013)

La Rioja

— *Ley 5/2013, de 12 de abril, para la defensa de los consumidores en la Comunidad Autónoma de la Rioja (BOR de 19 de abril de 2013)*

Andalucía

— *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 5 de febrero de 2013)*

[Portugal]**Contribuições para o Fundo de Resolução - Método de Determinação**

— *Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro (DR 35, Série I, de 19 de fevereiro 2013)*

— *Aviso do Banco de Portugal n.º 1/2003 (DR 60, Série II, de 26 março de 2013)*

O Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de Fevereiro, vem estabelecer o método de determinação das contribuições iniciais, periódicas e especiais para o Fundo de Resolução («Fundo»).

No que diz respeito à contribuição inicial a efetuar pelas instituições que participam no Fundo, e pelas que nele venham a participar, esta nunca será inferior a € 5.000.

Relativamente às contribuições periódicas, estão sujeitas a estas todas as entidades que participem no Fundo e que se encontrem em atividade no último dia do mês de abril do ano a que respeita a contribuição periódica. É neste contexto que o Aviso do Banco de Portugal n.º 1/2003 assume relevância, pois estabelece o método e os procedimentos a adotar quanto ao apuramento das contribuições periódicas, estabelecendo que o valor da contribuição é determinado pela aplicação de uma taxa contributiva sobre os valores médios dos saldos mensais do passivo apurado e aprovado que integram os fundos próprios de base e complementares dos depósitos cobertos pelo Fundo de Garantia de Depósitos ou pelo Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo. Esta taxa contributiva é determinada a partir de uma taxa base (fixada por instrução do Banco de Portugal até ao máximo de 0,07%), que por sua vez é multiplicada por um fator de ajustamento calculado em função do perfil de risco de cada instituição participante, tendo em conta a sua situação de solvabilidade.

Por último, a contribuição especial terá apenas lugar caso o Fundo tenha de financiar a aplicação de medidas de resolução e não disponha de fundos próprios suficientes para cumprir as suas obrigações. Nesses casos, cabe ao membro do Governo responsável pela área das finanças determinar, por portaria, os termos em que devem ser efetuadas as contribuições especiais pelas instituições participantes no Fundo, tendo em atenção as necessidades de financiamento emergentes da aplicação da medida em concreto. Contudo, as instituições participantes não serão obrigadas a efetuar a contribuição especial, no todo ou em parte, se apresentarem níveis de fundos próprios que se tornem insuficientes para dar cumprimento às normas aplicáveis em matéria de requisitos de adequação de fundos próprios, caso tivessem de pagar essa mesma contribuição. Contudo, tal não obsta a que o Banco de Portugal, no prazo de dois anos, exija a essas instituições que efetuem a contribuição especial que lhes era exigível, assim que seja reposta a sua situação de solvabilidade.

Este diploma entrou em vigor no dia 10 de fevereiro de 2013.

Regime do Crédito ao Consumo

— *Decreto-Lei n.º 42-A/2013, de 28 de março (DR 62, de 28 de março de 2013)*

O presente Decreto-Lei altera pela segunda vez o Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho, relativo ao regime do crédito ao consumo, procedendo à transposição para a ordem jurídica interna da Diretiva n.º 2011/90/UE da Comissão.

De entre as várias alterações destaque-se, em primeiro lugar, a obrigação das instituições de crédito de, durante a vigência do contrato de crédito, prestarem informação regular aos consumidores nos termos, periodicidade e suporte a definir pelo Banco de Portugal.

Em segundo lugar, note-se que é agora considerado como usurário o contrato de crédito cuja taxa anual de encargos efetiva global («TAE»)», aquando da celebração do contrato, exceda em um quarto a TAE média praticada pelas instituições de crédito no trimestre anterior (o anterior limite era de um terço da TAE média praticada). É também tido como usurário o contrato de crédito que, apesar de não exceder aquele limite de TAE no momento da sua celebração, ultrapasse em 50% a TAE média dos contratos de crédito aos consumidores celebrados no trimestre anterior. Cabe, trimestralmente, ao Banco de Portugal, a identificação dos tipos de contrato de crédito aos consumidores relevantes e a definição do valor máximo de TAE a aplicar, sendo tais valores válidos para os contratos a celebrar no trimestre seguinte. Em qualquer caso, considera-se automaticamente reduzida a metade dos limites máximos referidos a TAE ou, no caso de ultrapassagem de crédito, a taxa nominal (TAN), que ultrapasse os referidos limites, sem prejuízo de eventual responsabilidade criminal.

Refira-se ainda a transferência para a Direção-Geral do Consumidor das competências relativas à aplicação de coimas no âmbito de processos de contraordenação em matéria de publicidade e contratos de crédito aos consumidores, revertendo 40% do valor das mesmas para a própria Direção-Geral do Consumidor e os restantes 60% para o Estado.

É também de notar que a designação «mediador de crédito» foi substituída por «intermediário de crédito».

Este Decreto-Lei entrou em vigor no dia 1 de julho de 2013.

Transposição de Diretivas Europeias do Setor Financeiro

Decreto-Lei n.º 18/2013, de 6 de fevereiro (DR 26, Série I, de 6 de fevereiro de 2013)

O presente Decreto-Lei transpõe parcialmente para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2010/78/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010 («Diretiva n.º 2010/78/UE»), que altera um leque alargado de diretivas do setor financeiro, no que diz respeito às competências da Autoridade Bancária Europeia («EBA»), da Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma («EIOPA») e da Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados («ESMA»). Adicionalmente, transpõe ainda a Diretiva n.º 2010/73/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010 («Diretiva n.º 2010/73/UE»), que altera a diretiva relativa ao prospeto a publicar em caso de oferta pública de valores mobiliários ou da sua admissão à negociação, e a diretiva relativa à harmonização dos requisitos de transparência no que se refere às informações respeitantes aos emittentes cujos valores mobiliários estejam admitidos à negociação num mercado regulamentado.

Para concretização das transposições referidas o diploma procede à alteração (i) do Código dos Valores Mobiliários («CVM»); (ii) do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras; (iii) do Decreto-Lei, 357-C/2007, de 31 de outubro; (iv) do Decreto-Lei n.º 104/2007, de 3 de abril; (v) do Decreto-Lei 104/2007, de 3 de abril; (vi) da Lei 25/2008, de 5 de julho; (vii) do Decreto-Lei n.º 145/006, de 31 de julho; (viii) do Decreto-Lei n.º 12/2006, de 20 de janeiro e (ix) do Decreto-Lei n.º 221/2000, de 9 de setembro.

No que toca às alterações efetuadas por força da transposição da Diretiva n.º 2010/78/UE, estabelecem-se os deveres de cooperação entre as autoridades nacionais e as novas autoridades europeias de supervisão («ESA»). Tal cooperação traduz-se, designadamente, num conjunto significativo de novos deveres de informação a cargo do Banco de Portugal, da Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários e do Instituto de Seguros de Portugal, por forma a permitir às correspondentes ESA o exercício de competências no âmbito da coordenação da supervisão no mercado interno. É de referir ainda que as ESA irão desempenhar um papel importante na divulgação de informação relativa às entidades reguladas, em articulação com os meios de divulgação de informação das autoridades de supervisão nacionais. Refira-se, a título de exemplo, o registo de entidades reguladas, a divulgação dos prospetos, a lista dos conglomerados financeiros identificados ou as disposições nacionais de natureza prudencial aplicáveis aos regimes de planos de pensões profissionais.

Relativamente à transposição da Diretiva n.º 2010/73/UE, procedeu-se à alteração do CVM no sentido de reduzir os encargos associados à obrigação de divulgação de prospeto em caso de oferta pública de distribuição de valores mobiliários ou da sua admissão à negociação em mercado regulamentado.

Desta forma, podemos apontar como principais alterações:

- (i) a consagração de um conceito único de investidor qualificado, tanto para efeitos do regime das ofertas públicas como para efeitos das regras relativas aos deveres de conduta nas atividades de intermediação financeira;
- (ii) aumento para 150 do número mínimo de investidores não qualificados necessários para efeitos de qualificar uma oferta de valores mobiliários como oferta pública;
- (iii) simplificação dos requisitos relacionados com a disponibilização do prospeto e eliminação da necessidade de divulgar o documento de consolidação da informação anual (constante do artigo 248.º-C do CVM);
- (iv) alteração dos limiares que determinam a não aplicação do regime das ofertas públicas, nos seguintes termos: (a) as ofertas de distribuição de valores mobiliários de valor nominal unitário igual ou superior a €100.000 (em vez dos anteriores €50.000,00) ou cujo preço de subscrição ou de venda por destinatário seja igual ou superior àquele montante; (b) as ofertas de distribuição de valores mobiliários cujo valor total na União Europeia seja inferior a €5.000.000 (em vez dos anteriores € 2.500.000,00), calculado em função das ofertas realizadas ao longo de um período de 12 meses; (c) as ofertas de distribuição de valores mobiliários não representativos de capital social emitidos de maneira contínua ou repetida por instituições de crédito, quando o valor total da oferta na União Europeia seja inferior a €75.000.000 (em vez dos anteriores €50.000.000), calculado em função das ofertas realizadas ao longo de um período de 12 meses;
- (v) alteração das regras relativas ao conteúdo do prospeto, no sentido de assegurar que este documento preste as informações fundamentais aos investidores de forma clara, concisa e harmonizada, tendo para o efeito sido alterado o artigo 135.º-A do CVM, estabelecendo o seu n.º 4 quais os elementos que as informações fundamentais devem incluir; e
- (vi) alteração do regime aplicável às ofertas públicas subsequentes por intermediários financeiros (retail cascade offers), prevendo-se que estes não estejam obrigados a elaborar um novo prospeto, podendo utilizar para efeito dessas ofertas subsequentes o prospeto válido previamente divulgado, desde que este se mantenha atualizado e o oferente ou a pessoa responsável pela sua elaboração autorizem por escrito o seu uso.

O Decreto-Lei n.º 18/2013, de 6 de fevereiro, entrou em vigor no dia 7 de fevereiro de 2013.

Fundos Europeus de Capital de Risco

Regulamento (UE) n.º 345/2013, de 17 de abril (JOUE L115, de 25 de abril de 2013)

O presente Regulamento define regras uniformes aplicáveis aos fundos de capital de risco qualificados e impõe em todos os Estados-Membros da União Europeia obrigações aos respetivos gestores que pretendam mobilizar capital na União Europeia sob a designação EuVECA (European Venture Capital Funds). Estes requisitos têm por objetivo assegurar a confiança dos investidores que pretendam investir em fundos de capital de risco.

Mais concretamente, define regras uniformes sobre (i) a comercialização de fundos de capital de risco qualificados junto de investidores elegíveis em toda a União Europeia; (ii) a composição da carteira dos fundos de capital de risco qualificados; (iii) os instrumentos e técnicas de investimento elegíveis a utilizar pelos fundos de capital de risco qualificados; bem como (iv) a organização, exercício e transparência da atividade dos gestores que comercializam fundos de capital de risco na União Europeia.

O presente Regulamento entrou em vigor no dia 15 de maio de 2013.

Sistema de Indemnização aos Investidores

Regulamento da CMVM n.º 2/2013, de 30 de abril (DR 83, Série II, de 30 de abril de 2013)

O Regulamento da CMVM n.º 2/2013, de 30 de abril, procedeu à segunda revisão do Regulamento da CMVM n.º 2/2000, de 12 de março, relativo ao Sistema de Indemnização aos Investidores («SII»).

A Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários decidiu isentar do dever de contribuir para o SII as entidades participantes legalmente impedidas de deter dinheiro ou instrumentos financeiri-

ros de clientes (por ex., sociedades de consultoria para o investimento), considerando não se justificar que entidades que são meras participantes no SII devam ser sujeitos passivos da obrigação de contribuição para as despesas de funcionamento corrente do SII, quando não exista qualquer tipo de serviço relativo a essas entidades cujos custos seja necessário cobrir. Adicionalmente, determinou que essa isenção retroagisse ao momento de entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 357-B/2007, de 31 de outubro, restituindo-se, assim, os montantes que foram entregues ao SII pelas sociedades de consultoria para investimento desde essa data.

Por fim, substitui-se o dever de reporte semestral desagregado por cliente, conta e ativo, por um dever de reporte semestral desagregado unicamente por cliente, sem prejuízo de o SII, quando se revele necessário, poder solicitar às entidades participantes informação desagregada por conta, por contitular de conta e por instrumento financeiro.

O presente regulamento entrou em vigor no dia 1 de maio de 2013.

Novo Regime Jurídico das Sociedades Desportivas

Decreto-lei n.º 10/2013 (DR 18 série I de 2013-01-25)

Este diploma procede à reformulação do regime jurídico das sociedades desportivas, impondo, em particular, que a participação em competições desportivas profissionais se concretize sob a forma jurídica societária.

Nestes termos, as entidades desportivas de natureza associativa e aquelas que pretendam constituir, ex novo, uma sociedade desportiva, devem optar entre a constituição de uma sociedade anónima desportiva (SAD) ou de uma sociedade desportiva unipessoal por quotas (SDUQ, Lda.). Extingue-se, desta forma, o regime especial de gestão, anteriormente aplicável aos clubes que optaram por manter o seu estatuto de pessoa coletiva sem fins lucrativos.

As sociedades desportivas continuam a ser subsidiariamente regidas pelas regras gerais aplicáveis às sociedades comerciais (anónimas e também por quotas), com as especificidades decorrentes das especiais exigências da atividade desportiva que constitui o seu objeto. De entre as especificidades estabelecidas neste novo regime são de destacar as atinentes ao capital social mínimo e à forma da sua realização, ao sistema especial de fidelização da sociedade ao clube desportivo fundador (através, designadamente, do reconhecimento de direitos especiais às ações tituladas pelo clube fundador), ao estabelecimento de regras especiais para a transmissão do património do clube fundador para a sociedade desportiva e à possibilidade de as regiões autónomas, os municípios e as associações de municípios subscreverem até 50% do capital social (nunca excedendo, no entanto, 50% dos capitais próprios) destas sociedades.

O presente Decreto-Lei entrou em vigor no dia 1 de julho de 2013, sendo aplicável às sociedades desportivas que pretendam participar em competições profissionais na época desportiva de 2013/2014.

Proteção do Utente e do Consumidor - Incumprimento do Contrato e Cobrança do Crédito

Lei n.º 10/2013 (DR 19 série I de 2013-01-28)

Esta Lei veio proceder à alteração da Lei dos Serviços Públicos Essenciais, da Lei de Defesa do Consumidor e da Lei das Comunicações Eletrónicas (Leis n.os 23/96, de 26 de julho, 24/96, de 31 de julho e 5/2004, de 10 de fevereiro, respetivamente), visando atribuir maior eficácia à proteção do utente e do consumidor e promover o cumprimento atempado dos contratos celebrados com consumidores no âmbito das comunicações eletrónicas, evitando a acumulação de dívida.

A Lei n.º 10/2013 estabeleceu, em particular, as seguintes alterações aos referidos diplomas:

Lei dos serviços públicos essenciais: a suspensão do fornecimento de um serviço público essencial (como água, eletricidade, gás, comunicações eletrónicas e serviços postais) com fundamento em mora do utente passa a estar dependente de uma notificação escrita dirigida ao mesmo com a antecedência mínima de 20 dias (atualmente, o pré-aviso mínimo é de 10 dias);

Lei de defesa do consumidor: os fornecedores de bens e prestadores de serviços passam a estar obrigados, no âmbito dos seus deveres de informação, a informar os consumidores sobre as consequências do não pagamento do preço relativo ao bem ou serviço, sendo responsáveis, em

caso de incumprimento desta obrigação, pelo pagamento das custas processuais devidas pela cobrança do crédito;

Lei das comunicações eletrónicas: introduziu-se a distinção entre serviços prestados a assinantes consumidores e não consumidores, nos seguintes termos:

(i) as empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público que pretendam suspender a prestação dos serviços que prestem a assinantes não consumidores passam a ter de notificar estes assinantes com a antecedência mínima de 20 dias relativamente à data em que a suspensão venha a ter lugar;

(ii) quando prestem serviços a assinantes consumidores que incumpram a obrigação de pagamento dos valores constantes das respetivas faturas, as empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público passam a estar obrigadas a:

— no prazo máximo de 10 dias após a data de vencimento da fatura respetiva, emitir um pré-aviso ao consumidor, concedendo-lhe um prazo adicional de 30 dias para pagamento e indicando-lhe especificamente as consequências para o não pagamento e os meios ao seu dispor para as evitar;

— nos 10 dias seguintes ao decurso daquele prazo adicional sem que o consumidor tenha procedido ao pagamento ou celebrado um acordo de pagamento com vista à regularização dos valores em dívida, suspender obrigatoriamente o serviço por 30 dias;

— considerar o contrato automaticamente resolvido caso, findo o referido período de 30 dias de suspensão, o consumidor não tenha procedido ao pagamento da totalidade dos valores em dívida ou tenha celebrado com a empresa prestadora um acordo de pagamento.

É igualmente de notar que o incumprimento destas regras pela empresa prestadora, nomeadamente, pela continuação da prestação do serviço ou a emissão de faturas após o momento em que a prestação deva ser suspensa, determina a inexigibilidade, ao consumidor, das contraprestações devidas pelos serviços prestados após aquele momento e a responsabilidade pelo pagamento das custas processuais devidas pela cobrança do crédito.

A Lei n.º 10/2013 entrou em vigor no dia 28 de abril de 2013, aplicando-se a todos os contratos, independentemente do momento da sua celebração, e produzindo efeitos a partir do período de faturação imediatamente subsequente à sua entrada em vigor.

Comercialização de Medicamentos - Propriedade Industrial

Acórdão n.º 2/2013 do Supremo Tribunal Administrativo (DR 20 série I de 2013-01-29)

Esta decisão surge na sequência da interposição do recurso de revista do acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, revogatório do acórdão do Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra que declarou a nulidade dos atos de concessão de autorização de introdução no mercado («AIM») de medicamentos genéricos e, em consequência, condenou a Direção Geral das Atividades Económicas, na pessoa do Ministério da Economia e Inovação a abster-se de fixar o preço de venda ao público («PVP») desses medicamentos.

A decisão do Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra fundou-se no entendimento de que as AIMs impugnadas impunham aos respetivos beneficiários a comercialização dos medicamentos genéricos em causa, violando os direitos de propriedade industrial das Autoras/Recorrentes, emergentes da patente e dos correspondentes certificados complementares de proteção de que as mesmas eram titulares.

No acórdão recorrido, o Tribunal Central Administrativo do Sul contrariou essa decisão, julgando improcedente a ação administrativa especial. Para tanto, baseou-se nas alterações legislativas impostas pela Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, que alterou o Estatuto do Medicamento visando precisamente por termo à incerteza sobre a natureza e alcance dos atos de concessão de AIM e de fixação de PVP para medicamentos genéricos.

Nesta análise, o Supremo Tribunal Administrativo notou que o regime jurídico a que obedece a AIM dos medicamentos para uso humano, tal como estabelecido no Estatuto do Medicamento,

se limita a consagrar a ressalva de que a comercialização do medicamento genérico autorizado será feita «no respeito pela lei», sem exigir, como condição de concessão de autorização, a caducidade dos direitos de propriedade industrial incidentes sobre medicamentos.

Neste sentido, nem nos elementos que devem acompanhar o requerimento de concessão de AIM, nem nos casos em que tal requerimento será indeferido, é feita qualquer menção a eventuais direitos de propriedade industrial.

Como tal, tais direitos não têm de ser considerados no âmbito do procedimento tendente à decisão sobre pedido de AIM de medicamento genérico.

Por outro lado, dever-se-á igualmente ter em conta que nas atribuições do INFARMED - Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I.P. («INFARMED») não se inclui a apreciação da eventual existência de direitos de propriedade industrial relativos aos medicamentos a introduzir no mercado, estando a promoção e proteção dos direitos de propriedade industrial fora das atribuições do INFARMED. Estas tarefas competem ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial a quem não cabe naturalmente «regular e supervisionar os sectores dos medicamentos», da competência do INFARMED.

Por conseguinte, a AIM e, como consequência, o PVP, são pressupostos jurídicos essenciais para a entrada do medicamento no mercado, não consubstanciando, no entanto, atos de comercialização desse mesmo medicamento, nem se traduzindo, por isso, em qualquer violação do exclusivo conferido pela patente. Nem deles resulta a obrigação, para o respetivo titular, de iniciar tal comercialização.

O Supremo Tribunal Administrativo concluiu, assim, que a concessão, pelo INFARMED, de AIM e PVP para medicamentos genéricos não depende da consideração de direitos de propriedade industrial e que das disposições legais aplicáveis ao caso concreto não decorria qualquer ofensa ou restrição de tais direitos.

Regime Jurídico dos Medicamentos de Uso Humano

Decreto-Lei n.º 20/2013 (DR 32 série I de 2013-02-14)

Foi publicado no passado dia 14 de fevereiro o Decreto-Lei n.º 20/2013 que procede à sétima alteração ao Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, que estabelece o regime jurídico dos medicamentos de uso humano, habitualmente denominado por Estatuto do Medicamento.

O presente diploma transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 2010/87/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 2010, que altera, no que diz respeito à farmacovigilância, a Diretiva n.º 2001/83/CE, que estabelece o código comunitário relativo aos medicamentos para uso humano.

Com o Decreto-Lei n.º 20/2013 pretende-se reformular o sistema Nacional de Farmacovigilância de forma a incorporar as novas exigências previstas que assegurem uma melhor capacidade de deteção, monitorização, supervisão e deteção de riscos na utilização de medicamentos no âmbito europeu.

Das alterações introduzidas, são de destacar as seguintes:

- (i) Clarificação das disposições relativas a medicamentos alergénios e homeopáticos;
- (ii) Flexibilização do regime de distribuição por grosso de medicamentos;
- (iii) Alteração dos procedimentos relativos à atribuição e caducidade da autorização de introdução no mercado de medicamentos;
- (iv) Atualização do regime contraordenacional;
- (v) Introdução de normas de transparência e publicidade nomeadamente através da introdução de um dever de declaração de atribuição e receção de qualquer subsídio, patrocínio, subvenção ou qualquer outro valor, bem ou direito avaliável em dinheiro entre quaisquer entidades, desde as associações de doentes às sociedades de estudos clínicos e aos profissionais de saúde.

O Decreto-Lei n.º 20/2013 entrou em vigor no dia 15 de fevereiro de 2013.

Regime Jurídico das Sociedades Desportivas*Decreto-Lei n.º 49/2013 (DR 71 série I de 2013-04-11)*

O Decreto-Lei n.º 49/2013, de 11 de abril procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 10/2013, de 25 de janeiro, que estabelece o regime jurídico das sociedades desportivas a que ficam sujeitos os clubes desportivos que pretendem participar em competições desportivas profissionais.

O presente Decreto-Lei antecipou a data de entrada em vigor do referido diploma para o passado dia 1 de maio, com o objetivo de permitir que as sociedades desportivas em causa possam adaptar as respetivas estruturas atempadamente às novas regras introduzidas, sem causar perturbações à época desportiva de 2013/2014.

O Decreto-Lei n.º 49/2013 entrou em vigor no dia 12 de abril de 2013.

2 · JURISPRUDENCIA**Separabilidad de los administradores designados por representación proporcional***Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2012*

El recurrente en casación alega (i) abuso de derecho por la mayoría por cuanto la Junta General había acordado separar al administrador que había sido designado por las acciones agrupadas; y (ii) que la actuación de los administradores no fue desleal, y que, en cualquier caso, la deslealtad no es causa de separación de los administradores.

El Tribunal Supremo desestima los motivos de casación al entender que la facultad para cesar a los administradores que han sido designados por acciones agrupadas se atribuye a la Junta General, que tiene que adoptar ese acuerdo respetando las mayorías necesarias. En este sentido, y a pesar de que no es necesario que concurra causa legal de separación para separar a los administradores designados por la minoría agrupada, es claro que no se puede permitir un ejercicio arbitrario por parte de la Junta General en cuanto al cese de este tipo de administradores, puesto que, en otro caso, se quedaría vacío de contenido el derecho de la minoría. A la luz de lo anterior, el TS sostiene que la infracción alegada de incumplimiento de los deberes de leal y diligente administración opera como justificación del ejercicio no abusivo por la mayoría de la facultad de cesar a los nombrados a designación de la minoría, siendo irrelevante que dicha conducta no se incluya en los supuestos de causas de separación de administradores.

Nulidad de Junta General de socios celebrada en segunda convocatoria*Resolución de 26 de febrero de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 21 de marzo de 2013)*

La registradora rechaza la inscripción de una escritura pública de elevación a público de acuerdos sociales, sobre la base de, entre otros, defectos relativos a la previsión y realización de junta en segunda convocatoria tratándose de sociedad de responsabilidad limitada.

La DGRN desestima el recurso, entre otras cuestiones, sosteniendo la imposibilidad de que una sociedad de responsabilidad limitada celebre una Junta en segunda convocatoria, ya que aceptar una segunda reunión no prevista legalmente implicaría la atribución al órgano de administración de unas facultades discrecionales sin distinción de quórum requerido y fechas, que supondría una pérdida de seguridad jurídica. Ello, además, por cuanto que si la Ley determina que la Junta de sociedades de responsabilidad limitada se tiene que llevar a cabo de acuerdo a requisitos específicos, no puede admitirse que se lleve a cabo en contra de ellos.

Disolución de pleno derecho. Acuerdo de reactivación. Transformación de sociedades en liquidación*Resolución de 12 de marzo de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 15 de abril de 2013)*

El registrador deniega la inscripción de una escritura de transformación de la sociedad Promociones Cijara, S.A. por cuanto considera que, habiendo quedado la referida sociedad disuelta de pleno derecho, para que esta se transformara en una sociedad de responsabilidad limitada era necesario un acuerdo de reactivación; pero que, sin embargo, y dado que el artículo 370.1 de la

Ley de Sociedades de Capital no permite la reactivación de la sociedad en los casos de disolución de pleno derecho, la única opción de la sociedad era su liquidación.

La DGRN sostiene, sin embargo, que es posible la reactivación de la sociedad anónima disuelta, siendo innecesario el acuerdo de reactivación de la sociedad como paso previo a adoptar la transformación. Ello sobre la base del artículo 5 de la Ley de Modificaciones Estructurales y en tanto que esta ley es una ley especial en relación con la Ley de Sociedades de Capital.

Inexistencia de obstáculos registrales. Registro competente para calificar el fondo del negocio jurídico

Resolución de 6 de abril de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 14 de mayo de 2013)

El registrador resuelve no practicar inscripción de una fusión por absorción de dos sociedades íntegra y directamente participadas y otra indirectamente participada que es filial de segundo grado de una de las sociedades absorbidas íntegramente participadas. El registrador mercantil entiende que existen obstáculos registrales para la inscripción de la fusión, en primer lugar, y en cuanto a la sociedad indirectamente participada, por cuanto sería necesario el informe de experto independiente, que debería haberse pronunciado sobre la cuantificación de la contraprestación que se le debería proporcionar a la sociedad intermedia por la disminución de su patrimonio neto como consecuencia de la extinción de su filial (la sociedad indirectamente participada), ello ex artículo 49.2 de la Ley de Modificaciones Estructurales; y, en segundo lugar, dado que el registrador sostiene que no está debidamente expresada la aprobación del balance de las sociedades absorbidas.

La DGRN estima el recurso y rechaza la nota de calificación del registrador al entender que el registrador competente para apreciar si son necesarios determinados informes (ex artículo 49.2 de la Ley de Modificaciones Estructurales) u otros requisitos que han de acompañar a la escritura pública es el del domicilio de la sociedad absorbente (en este caso, el registrador de Madrid y no el de Palma, que es el que emite la nota de calificación). Asimismo, afirma que la actuación del registrador competente por razón del domicilio de la sociedad absorbida se debe ceñir a analizar la inexistencia de obstáculos registrales para la fusión (ex artículo 231 del Reglamento del Registro Mercantil) y que estos obstáculos registrales se refieren al contenido del registro (falta de tracto sucesivo, falta de depósito de cuentas, prohibición de practicar asientos, etc.) y no al fondo del negocio jurídico cuya inscripción se pretende.

Cláusula estatutaria de remuneración de administrador

Resolución de 3 de mayo de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 3 de junio de 2013)

Se discute si es o no conforme a derecho una cláusula relativa a la remuneración del cargo de administrador. La cláusula en concreto, según la registradora, condicionaba la remuneración al desempeño por parte del administrador de funciones de gerente o de personal de alta dirección, estableciendo, asimismo, que sería la Junta General la que fijaría su cuantía.

En palabras de la DGRN, lo que se debate es si la condicionalidad en la cuantía de la retribución puede confundirse con la condicionalidad en el hecho mismo de la retribución; es decir, (i) si cabe prever en los estatutos que unos administradores sean remunerados y otros no; (ii) si cabe condicionar dicha circunstancia al trabajo que desempeñen para la sociedad; y (iii) si puede la Junta General decidir al respecto o no. En relación con la primera cuestión, la DGRN sostiene que, con carácter general, es posible que algunos miembros estén retribuidos y otros no, pero que en los supuestos de administración mancomunada o solidaria en los que la igualdad entre los miembros del órgano deriva de las previsiones legales carece de justificación alguna prever un trato desigual en el hecho de la existencia de remuneración. No así en los supuestos de sociedades dotadas con Consejo de Administración, en los que no solo es posible, sino que la distinción de los administradores que ostentan un cargo especialmente retribuido de los que no puede derivar, efectivamente, del trabajo que desempeña cada administrador para la sociedad, pero no por realizar tareas que, por disposición de la Ley, son iguales para todos los administradores, sino por desempeñar un cargo que lleve aparejadas funciones singulares. Esto le conduce necesariamente a responder afirmativamente a la segunda pregunta, excluyendo, en cualquier caso, que estemos ante un problema de aplicación de la doctrina del vínculo. Sin

embargo, en relación con la tercera cuestión, la DGRN sostiene que no puede quedar al arbitrio de la Junta la decisión de qué cargo ha de ser retribuido y cuál no, lo que lleva a la DGRN a rechazar el recurso y dar la razón a la registradora.

Impugnación de acuerdos del Consejo de Administración de sociedad limitada. Debate sobre asuntos no incluidos en el orden del día de la convocatoria

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 2013

El supuesto de hecho es el siguiente: el presidente del Consejo de Administración convoca sesión del Consejo de Administración de la sociedad de responsabilidad limitada. Una vez iniciada la sesión, se discute la incorporación como punto del orden del día de la redistribución de cargos dentro del propio Consejo, lo que es aprobado por la mayoría de los consejeros. Sin embargo, el presidente considera que no puede discutirse ese punto en esa reunión, sino que debía serlo en la siguiente, pues no había sido incluido en el orden del día con la antelación suficiente. Sobre la base de lo anterior, el presidente da por concluida la reunión. En ausencia del presidente, el resto de consejeros continúan con la reunión y adoptan el acuerdo de cesar al presidente del Consejo y nombrar a otro consejero para el cargo. El presidente del Consejo impugna el acuerdo.

El TS afirma que, al contrario de lo que ocurre en la junta de socios, el orden del día no constituye un requisito esencial para la validez de la convocatoria del Consejo, a no ser que los estatutos así lo hayan previsto como exigencia ineludible, bajo la sanción de ineficacia de los acuerdos adoptados sobre cuestiones no incluidas en dicho orden del día. En consecuencia, cabe que una vez constituido el Consejo, por mayoría, se decida discutir cualquier otro asunto no incluido en la convocatoria y afirma, asimismo, que constituye un abuso de facultades por parte del presidente, que puede calificarse de contrario al interés social, evitar su destitución mediante la decisión de levantar la sesión.

Momento al cual hay que referir la valoración de las participaciones del socio excluido

Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, de 27 de mayo de 2013

En el caso de que la Junta General adopte un acuerdo de exclusión de un socio que ostente una participación en la sociedad superior a 25% y dicho socio no se conforme con el acuerdo de exclusión, y exija que se complemente con una resolución judicial firme que dé efectividad al acuerdo de exclusión (ex art. 99.2 Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y actual 352.2 de la Ley de Sociedades de Capital), se considera que dicha resolución judicial tiene eficacia constitutiva y que, por tanto, sus efectos han de producirse a partir de ese momento. En consecuencia, en tanto no recaiga resolución judicial, el socio en proceso de exclusión conserva todos sus derechos y, por tanto, la valoración de las participaciones del socio excluido se debe referir al momento en que deja de serlo, lo que coincide con la firmeza de la sentencia.

Eficacia de la sentencia de nulidad de acuerdos sociales

Resolución de 30 de mayo de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 28 de junio de 2013)

La DGRN estima el recurso del recurrente rechazando la nota de calificación del registrador en un supuesto en el que se elevaban a público acuerdos de una Junta General de una sociedad, Valecondo, S.A., que tenía como finalidad reconocer en la vida societaria los efectos de un sentencia firme que declaró la nulidad de todas las Juntas Generales de Accionistas de la referida sociedad celebradas con posterioridad al 29 de mayo de 1989, y de todos los acuerdos sociales adoptados en el seno de ellas.

La DGRN trata como cuestión preliminar para resolver el recurso los efectos de la sentencia de nulidad de los acuerdos sociales. En este sentido, y dando la razón al recurrente, afirma que existe en nuestro Derecho un equivocado entendimiento de la supuesta eficacia radical y retroactiva o *ex tunc* de la declaración judicial de nulidad de acuerdos sociales. Por el contrario, la DGRN sostiene que la sentencia declarativa de nulidad no produce de manera automática u *ope legis* una especie de radical *restituto in integrum* societario o automático regreso al estado de cosas anterior al acuerdo anulado ni tan siquiera a efectos internos. Afirma que no cabe extender en este ámbito el régimen jurídico común de la nulidad y anulabilidad de los negocios jurídicos y que no puede obviarse la existencia en la sociedad de dos planos, el contractual y el organizativo, y que los sucesivos actos organizativos adoptados por la sociedad, una vez sea

declarada nula su causa jurídica, deben ser convalidados o regularizados conforme a las reglas y principios propios del ordenamiento societario y con pleno respeto al principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la Constitución Española. En pocas palabras, afirma que no es posible la aplicación poco meditada del brocardo *quod nullum est nullum effectum producit*.

Por tanto, la cancelación de la inscripción del acuerdo objeto de impugnación, así como de las inscripciones contradictorias, no produce como consecuencia jurídica la automática supresión, en contra de terceros de buena fe, de los efectos jurídico-organizativos que se derivan de los actos de ejecución de dichos acuerdos.

PROCESAL CIVIL*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial *Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*

El pasado 29 de junio de 2013 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. La principal finalidad de esta Ley es realizar una reforma en profundidad de la estructura y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, el «CGPJ»), que permita dotar a este órgano de una mayor eficiencia.

Con el fin de dar una nueva estructura sistemática a la regulación del CGPJ, esta Ley introduce un nuevo Libro VIII en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (la «LOPJ»), en lugar de modificar los artículos anteriormente dedicados a las materias objeto de reforma.

Las novedades más importantes de esta Ley se pueden agrupar en las siguientes:

(i) Atribuciones del CGPJ.

Las atribuciones de este órgano no se ven sustancialmente alteradas, salvo por tres cuestiones novedosas:

- Toda la actividad internacional del CGPJ habrá de ser coordinada con el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.
- Se reconoce, con carácter excepcional, la potestad reglamentaria del CGPJ *ad extra*, en determinados aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, que se prevén en el nuevo artículo 560.1.16 de la LOPJ.
- En el ejercicio de la autonomía del CGPJ como órgano constitucional, a partir de ahora elaborará su propio presupuesto, que se integra como una sección independiente dentro de los Presupuestos Generales del Estado.

* Esta sección ha sido coordinada por Eduardo Trigo Sierra y Cristina Ayo Ferrándiz, y en su elaboración han participado Paloma García de Viedma Alonso, Sonia Borges Fernández, Margarita Morales Plaza, Luis I. Gómez-Iglesias Rosón, Cristina Serrano Brito, Consuelo Puerta Varela, Javier Sánchez-Lozano Velasco, Gloria Torres Zabaleta, M.^ª Encarnación Pérez-Pujazón Millán, Jorge Ruiz Jiménez, M.^ª Esther Gorjón Rodríguez, Eugenio Caravia Izquierdo, Paula Adrega Flor, Rita Castanheira Neves, Rita Vieira Marques y Luís Bertolo Rosa, de Uría Menéndez (Madrid y Lisboa).

(ii) Elección de los vocales del CGPJ.

Se ha creado un sistema de elección de los vocales del CGPJ que, por un lado, garantice la posibilidad de una máxima participación en el proceso de todos y cada uno de los miembros de la carrera judicial, estén o no asociados, y que, por otro, atribuya al Congreso y al Senado, como representantes de la soberanía popular, la responsabilidad de la elección de dichos vocales.

Este sistema de elección se articula sobre la base de tres premisas:

- La designación con arreglo a exclusivos criterios de mérito y capacidad de los candidatos.
- La apertura de la posibilidad de ser designados como vocales a la totalidad de los miembros activos de la carrera judicial que cuenten con el aval de veinticinco miembros de la carrera judicial en servicio activo o el aval de una asociación judicial legalmente constituida en el momento en el que se decreta la apertura del plazo de presentación de candidaturas para el puesto de vocal.
- La consideración en la designación de los vocales de origen judicial de la proporción real de jueces y magistrados asociados y no asociados.

Asimismo, esta reforma pretende evitar, en la medida de lo posible, las situaciones en las que la falta de renovación del CGPJ da lugar a una prórroga que, en bastantes ocasiones, ha sido excesivamente prolongada. De este modo, el Consejo saliente solo continuará en funciones si se da la circunstancia de que ni el Congreso de los Diputados ni el Senado hubieran efectuado, en el plazo legalmente previsto, la designación de los vocales que les corresponda. Por el contrario, si el día de la sesión constitutiva del nuevo Consejo una de las dos Cámaras elige a los vocales que le corresponden, se constituirá el nuevo CGPJ con los diez vocales designados por dicha Cámara y con los diez vocales del Consejo saliente que hubieran sido designados en su momento por la Cámara que haya incumplido el plazo de designación.

(iii) Ejercicio a tiempo parcial del cargo de vocal.

Con el fin de que los vocales del CGPJ tengan una mayor cercanía a la realidad que han de gobernar, se prevé que ejerzan su cargo de vocal compaginándolo con la función jurisdiccional, si son de origen judicial, o con su profesión, si fueran elegidos por el turno de juristas de reconocida competencia (con excepción de los vocales que formen parte de la Comisión Permanente, que desempeñarán su cargo con carácter exclusivo).

(iv) Reparto de competencias entre los órganos del CGPJ.

Las novedades más significativas en este ámbito son las que se describen a continuación:

- Las atribuciones referidas al funcionamiento del CGPJ quedan, principalmente, en manos de la Comisión Permanente y el Pleno.

La Comisión Permanente estará compuesta por el presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ, que la presidirá, y otros cinco vocales (tres de los nombrados por el turno judicial y dos de los designados por el turno de juristas de reconocida competencia). Los vocales que formen esta Comisión serán elegidos anualmente, procurando una rotación anual de los vocales del CGPJ (salvo los que sean miembros de la Comisión Disciplinaria) en su composición.

Corresponderán a la Comisión Permanente todas las atribuciones que no estén expresamente reservadas al Pleno o a alguna de las Comisiones legalmente establecidas. Así, para conseguir una mayor agilidad y eficiencia, el Pleno conocerá solo de aquellas cuestiones que suponen un margen importante de apreciación (por ejemplo, aprobar el presupuesto, aprobar los Reglamentos del Consejo, nombrar a los presidentes y a los magistrados del Tribunal Supremo, etc.).

- Se suprime la Comisión de Calificación, cuyas funciones de preparación de los nombramientos discrecionales por el Pleno del CGPJ pasan a ser desempeñadas por la Comisión Permanente.

- Para evitar situaciones de saturación, el presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ se verá auxiliado y, en su caso, sustituido, por la figura del vicepresidente del Tribunal Supremo.

Así, el vicepresidente ejercerá, en funciones, el cargo de presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ en los casos legalmente previstos de cese anticipado del presidente y hasta el nombramiento de un nuevo presidente. También le sustituirá en los supuestos de vacante, ausencia, enfermedad u otro motivo legítimo.

El vicepresidente será elegido en el primer Pleno ordinario del CGPJ posterior a la elección del presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ. Será nombrado por mayoría absoluta del Pleno a propuesta del presidente, que deberá proponer a un magistrado del Tribunal Supremo que esté en servicio activo y reúna los requisitos para ser presidente de Sala. De no alcanzarse la mayoría absoluta en la votación, el presidente deberá efectuar una nueva propuesta de vicepresidente.

— Con el fin de evitar el bloqueo en la toma de decisiones, la nueva ley prevé que, en la mayor parte de los supuestos, todas las decisiones del CGPJ se tomarán por mayoría simple.

(iv) Transformación de la Comisión Disciplinaria.

Una de las mayores innovaciones recogidas en la ley es el rechazo a que sea un mismo órgano quien decida la incoación del procedimiento disciplinario, designe al instructor y finalmente sancione o no. Partiendo de esta premisa, se crea una nueva figura encargada de la incoación e instrucción del procedimiento y la formulación del pliego de cargos: el promotor de la Acción Disciplinaria. Esta figura será nombrada por el Pleno y habrá de ser un miembro muy experimentado de la carrera judicial.

Si el promotor de la Acción Disciplinaria decide no iniciar expediente disciplinario o archivar uno ya iniciado, se podrá interponer recurso ante la Comisión Permanente. Asimismo, la Comisión Permanente podrá, de oficio, ordenar al promotor la iniciación o continuación de un expediente disciplinario.

En este nuevo esquema, la Comisión Disciplinaria se limitará a resolver los expedientes disciplinarios incoados por el promotor de la Acción Disciplinaria por infracciones graves y muy graves e imponer, en su caso, las sanciones que correspondan a jueces y magistrados, con la sola excepción de aquellos supuestos en que la sanción propuesta fuera de separación del servicio, que tendrá que ser adoptada por el Pleno del CGPJ.

Por último, es preciso señalar que las cuestiones de esta Ley relativas a la renovación, designación y elección de los vocales del CGPJ y a su constitución entraron en vigor al día siguiente de la publicación de la Ley en el *Boletín Oficial del Estado*. El resto de la Ley entrará en vigor el día en que se constituya el primer Consejo conforme a lo dispuesto en ella.

Nuevas modificaciones en materia de procedimientos ejecutivos

Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas

El pasado día 27 de junio de 2013 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Aunque afecta básicamente a cuestiones urbanísticas y de la edificación, modifica también otras muchas normas; entre ellas, la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

En cuanto a la Ley de Enjuiciamiento Civil, se amplía de cinco a quince días tanto el plazo para que las partes formulen alegaciones cuando el tribunal aprecie que alguna de las cláusulas incluidas en el título ejecutivo pueda ser calificada como abusiva (artículo 552.1.2.º) como el plazo que debe mediar entre la citación y la comparecencia prevista en caso de oposición a la ejecución hipotecaria (artículo 695.2).

El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, se modifica para extender su ámbito de aplicación a los fiadores y avalistas hipotecarios respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario. Prevé también que los fiadores y avalistas e hipotecantes no deudores que se encuentren en el umbral de exclusión puedan exigir a la entidad que

agote el patrimonio del deudor principal antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado al beneficio de excusión.

En relación con la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, se reforma la disposición adicional primera, exigiendo que, para obtener los beneficios del fondo social de viviendas, concurren las circunstancias previstas en el artículo 1 de la Ley, regulador de los requisitos para la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables. También se da una nueva redacción a la disposición transitoria cuarta, eliminando la aplicación del artículo 579.2.b) LEC a las adjudicaciones de vivienda habitual realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013.

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

Novedades en los procesos de desahucios

Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas

El pasado 5 de junio de 2013 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley 4/2013, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas.

Además de las novedades que esta Ley introduce en el mercado de alquiler de viviendas, que se analizan en el apartado correspondiente a las novedades relacionadas con el Derecho Inmobiliario de este mismo número de *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, esta norma ha reformado diversos preceptos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («LEC»), al objeto de agilizar los procedimientos de desahucio en los casos en los que no haya oposición por parte del deudor-arrendatario demandado.

En concreto, se vincula el lanzamiento a la falta de oposición del deudor-arrendatario demandado, de tal modo que si este no atiende el requerimiento de pago del Juzgado o no comparece para oponerse o allanarse, se dictará decreto que dé por terminado el procedimiento y se producirá el lanzamiento en la fecha indicada en el propio requerimiento.

Tanto en este supuesto como en el caso de que el demandado atendiera al desalojo del inmueble, sin formular oposición ni pagar la cantidad reclamada, el decreto que ponga fin al procedimiento impondrá las costas al demandado e incluirá las rentas debidas que se devenguen con posterioridad a la presentación de la demanda hasta la entrega de la posesión efectiva de la finca, tomándose como base de la liquidación de las rentas futuras el importe de la última mensualidad reclamada al presentar la demanda.

Estas modificaciones no serán de aplicación a los procesos que estuvieran en vigor a la entrada en vigor de la Ley (que se produjo el pasado 6 de junio).

Por otro lado, la Ley ha creado un registro de sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler, cuya organización y funcionamiento se regulará por real decreto. La finalidad de este registro es ofrecer a los arrendadores información sobre arrendatarios que hayan sido condenados por sentencia firme en un procedimiento de desahucio del artículo 250.1.1.º de la LEC.

Nuevas medidas protectoras de los deudores hipotecarios

Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para Reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social

El 15 de mayo de 2013 se publicó la Ley 1/2013, de 14 de mayo, cuya finalidad principal es «*aliviar la situación de los deudores hipotecarios*» que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual y que, como consecuencia de la situación económica actual, encuentran dificultades para cumplir con las obligaciones que han adquirido.

Además, la Ley 1/2013 recoge también la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico, desde una perspectiva procesal, a los requerimientos del Derecho comunitario. Ello es consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013, que puso en entredicho nuestra actual regulación procesal, considerándola en algunos aspectos contraria a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre Cláusulas Abusivas en Contratos Celebrados con Consumidores.

De esta forma, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, recoge los objetivos descritos en cuatro capítulos:

(i) El capítulo I regula la suspensión de los lanzamientos de viviendas de aquellas personas que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad.

(ii) El capítulo II introduce una serie de mejoras en el mercado hipotecario mediante la modificación de sus principales normas reguladoras. Se modifican, entre otras, la Ley Hipotecaria y la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario. Son destacables la limitación cuantitativa de los intereses de demora, la prohibición de su capitalización, el establecimiento de nuevas reglas de imputación que suponen que la cantidad que se obtenga en la ejecución se destinará solo en última instancia a la satisfacción de los intereses de demora y las modificaciones introducidas en el ámbito de la venta extrajudicial.

(iii) El capítulo III modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil con respecto a la ejecución hipotecaria. Se introduce un nuevo motivo de oposición fundado en la existencia de cláusulas abusivas y, además, se incluyen también modificaciones relevantes que afectan, entre otros, a los requisitos para participar en la subasta, al porcentaje mínimo del valor de tasación por el que el ejecutante puede adjudicarse el inmueble hipotecado que constituye la vivienda habitual del deudor, al importe de las costas exigibles al deudor o al procedimiento de ejecución ordinaria que pueda seguir al procedimiento de ejecución hipotecaria.

(iv) El capítulo IV modifica el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de Medidas Urgentes de Protección de Deudores Hipotecarios sin Recursos.

Un detallado análisis de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, se recoge en este mismo número de *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*.

Nuevas funciones de los Procuradores, modificación de la regulación del juicio verbal y control de cláusulas abusivas en el procedimiento monitorio

Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil

El día 3 de mayo de 2013 el Ministerio de Justicia elevó al Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se propone la modificación de tres materias:

(i) La ampliación del elenco de atribuciones y obligaciones de los procuradores de los Tribunales en materia de actos de comunicación, de ejecución y de cooperación y auxilio a la Administración de Justicia.

(ii) La modificación de la regulación del juicio verbal, introduciendo la contestación por escrito y regulando el trámite de conclusiones así como el régimen de recursos de las resoluciones sobre prueba.

(iii) La introducción de un trámite que permitirá al secretario judicial, en la admisión de los procesos monitorios que se dirijan contra consumidores, controlar la eventual existencia de cláusulas abusivas, a fin de dar cuenta al juez para que resuelva, previa audiencia de las partes. Se dará así cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito.

Un detallado análisis del Anteproyecto se recoge en este mismo número de *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*.

[Portugal]

Ação Executiva – Medidas de Combate aos Processos Pendentes em Atraso

Decreto-Lei n.º 4/2013 (DR 8 série I de 11-1-2013)

O presente diploma legislativo aprovou um conjunto de medidas urgentes e temporárias com o objetivo de reduzir o número de ações executivas pendentes consideradas injustificadas. Esta lei entrou em vigor no dia 26 de janeiro e apenas produzirá efeitos até à data de entrada em vigor das novas regras do processo civil.

As medidas mais importantes visam dar resposta, em primeiro lugar, aos casos de falta de impulso processual do exequente. O diploma prevê assim que, se as execuções estiverem paradas, sem qualquer impulso processual do exequente, quando este seja devido, há mais de seis meses, estas extinguir-se-ão. Da mesma forma, se o exequente não efetuar o pagamento das

quantias devidas ao agente de execução a título de honorários ou despesas, ocorre a extinção do processo pela simples verificação deste circunstância, após o decurso do prazo de 30 dias a contar da notificação do exequente pelo agente de execução. Prevê-se ainda a extinção dos processos executivos em que o prazo constante do acordo celebrado entre as partes para pagamento da quantia em dívida em prestações já tenha terminado há mais de três meses sem que o exequente tenha requerido o prosseguimento da execução.

Em segundo lugar, este diploma legislativo determina a extinção automática dos processos executivos cíveis para pagamento de quantia certa instaurados antes de 15 de setembro de 2003, em caso de inexistência de bens penhoráveis, cabendo à secretaria notificar da extinção as partes e os credores reclamantes. Acautela-se, todavia, a possibilidade de se renovar a instância executiva se vierem a ser identificados bens penhoráveis.

Em terceiro lugar, passa a impender sobre os agentes de execução um reforçado dever de informação, bem como um ônus agravado de realização diligente de atos processuais, passando a prever-se que, caso o órgão disciplinarmente responsável verifique que o agente de execução apresenta um elevado número de processos judiciais sem tramitação processual há mais de três meses, face ao número de processos atribuídos, pode aplicar-lhe a medida cautelar de suspensão de designação para novos processos, por tempo determinado.

Por último, prevê-se a perda a favor do Estado das quantias à guarda dos agentes de execução, quando a estes não seja possível identificar, por motivo imputável ao exequente, a conta bancária para a qual elas devam ser transferidas.

Insolvência – Estatuto do Administrador Judicial

Lei n.º 20/2013 (DR 40 série I de 26-2-2013)

Foi publicada a Lei que aprovou o Estatuto do Administrador Judicial, revogando a Lei n.º 32/2004, de 22 julho, que estabelecia o estatuto do administrador da insolvência.

A presente lei entrou em vigor no dia 28 de março de 2013.

Novo Regime Jurídico do Processo de Inventário

Lei n.º 23/2013 (DR 45 série I de 5-3-2013)

Foi publicada a Lei n.º 23/2013, de 5 de março, que estabelece o novo regime jurídico do processo de inventário.

O novo diploma prevê que o processo de inventário passe a correr junto dos cartórios notariais (ao invés das conservatórias, como decorria do regime aprovado pela Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho, que nunca entrou em vigor), estabelecendo regras de competência territorial para o efeito. Caberá, assim, ao notário dirigir todas as diligências e termos do processo de inventário, incluindo decidir questões incidentais, proferir o despacho determinativo da forma de partilha e proferir a decisão final de partilha.

Ao tribunal de primeira instância competirá homologar a decisão de partilha, assim como conhecer de eventuais impugnações deduzidas contra certas decisões do notário.

A tramitação do processo de inventário aprovada pelo novo diploma permanece substancialmente inalterada em relação ao regime anterior, sem prejuízo de algumas inovações pontuais, entre as quais cumpre salientar: a redução da intervenção do MP; a redução do limite de testemunhas para cinco; o encurtamento de alguns prazos processuais; a possibilidade de fixar a composição dos quinhões com o acordo de apenas 2/3 dos titulares do direito à herança, independentemente da proporção de cada quota; e a possibilidade de se considerarem habilitadas como herdeiras as pessoas como tal indicadas pelo cabeça-de-casal no próprio processo de inventário, desde que não tenha havido impugnações ou estas tenham sido julgadas improcedentes.

De salientar, ainda, que o novo diploma passa a regular expressamente o inventário para deferimento da curadoria e entrega de bens do ausente.

Por último, a nova lei determina o arquivamento dos processos que estiverem parados durante um mês por negligência dos interessados se estes, depois de notificados para o efeito, não praticarem os atos em falta no prazo de 10 dias.

A Lei n.º 23/2013 aplica-se a todos os processos de inventário iniciados a partir de dia 2 de setembro de 2013, aguardando-se a promulgação das portarias necessárias à implementação do novo regime.

**Regimes Jurídicos da
Mediação Civil e
Comercial, dos
Mediadores e da
Mediação Pública**

Lei n.º 29/2013 (DR 77 série I de 19-4-2013)

Foi publicada, e entrou em vigor no dia 19 de maio de 2013, a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos (i) da mediação civil e comercial, (ii) dos mediadores e (iii) da mediação pública.

Destaca-se na referida lei a regra segundo a qual são passíveis de mediação civil ou comercial os litígios de natureza patrimonial, bem como os litígios que respeitem a direitos sobre os quais as partes possam transigir. Estabelecem-se ainda critérios para que os acordos de mediação tenham força executiva sem necessidade de homologação judicial.

Para esse efeito, (i) o acordo tem de respeitar a litígio que possa ser objeto de mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial, (ii) as partes devem ter capacidade para a celebração do acordo, (iii) o acordo deve ser obtido através de mediação realizada nos termos legalmente previstos, (iv) o conteúdo do acordo não pode violar a ordem pública; e (v) o acordo deve ser obtido com intervenção de um mediador que esteja inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça.

A lei inclui ainda algumas disposições normativas relativas à formação, direitos, deveres, impedimentos e escusa dos mediadores, bem como regras gerais aplicáveis aos sistemas públicos de mediação.

2 · JURISPRUDENCIA

**Desestimada la
declaración de
nulidad de una
«cláusula suelo» en
razón de las concretas
condiciones en que se
suscribió el contrato**

Sentencia de la Secc. 2.ª de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 27 de junio de 2013

La sentencia analizada se refiere a la nulidad de una «cláusula suelo» que se incluyó en un contrato de préstamo hipotecario mediante novación de los términos inicialmente pactados entre un particular y la entidad Caja de Ahorros de Extremadura.

Las partes suscribieron un contrato de préstamo hipotecario con un tipo de interés fijo en 2003. En 2007, firmaron la novación del contrato, modificando, entre otros extremos, el tipo de interés. En concreto, sustituyeron un tipo de interés fijo por un tipo variable acotado por una «cláusula suelo» y una «cláusula techo».

La parte actora solicita la declaración de nulidad de la «cláusula suelo» alegando su carácter abusivo y la desproporción existente entre los tipos de interés de «suelo» y de «techo». El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda en su integridad aduciendo que la «cláusula suelo» formaba parte del precio del préstamo y, como tal, se trataba de un elemento esencial negociado individualmente y, en ningún caso, una cláusula general de contratación.

En consecuencia, la parte demandante apeló la decisión ante la Audiencia Provincial, que dicta la sentencia objeto de análisis, desestimando el recurso. Para ello, la Sala se basa, en todo momento, en las directrices marcadas por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 (reseñada en el punto siguiente de este mismo apartado).

En primer lugar, la Sala se pronuncia sobre la posibilidad de que una cláusula que recoge un elemento esencial del contrato sea considerada condición general de la contratación. En este sentido, concluye que el elemento definitorio de las condiciones generales de la contratación es el proceso seguido para su inclusión en el contrato, y no, por tanto, el que contenga aspectos esenciales o accesorios de la relación contractual. En consecuencia, las cláusulas que recogen aspectos esenciales del contrato sí pueden ser condiciones generales de la contratación.

En segundo lugar, la Sala analiza la posibilidad de declarar abusiva una cláusula que define el objeto principal del contrato. Así, concluye que la regla general —en consonancia con la Directiva 93/13/CEE del Consejo— es la imposibilidad de practicar este control de abusividad. En

cambio, afirma la exigencia de un doble control de transparencia: positivo, exigiendo que la información sea suficiente para conocer el contenido de la cláusula, y negativo, prohibiendo que la cláusula sea ilegible u oscura.

En el concreto caso estudiado, la Sala considera que la «cláusula suelo» cumple el doble requisito de transparencia, ya que no se ha probado que la información ofrecida por el comercial fuese deficiente y porque, precisamente, esta cláusula fue objeto de la novación del contrato de préstamo inicial. En cuanto a la alegada desproporción de los tipos de interés «suelo» y «techo», la Sala considera que su prueba corresponde al invocador de la desproporción, sin que baste la mera alegación del diferencial entre ambos.

En definitiva, la Sección expone que la conclusión a la que llega la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 de declarar la nulidad de unas concretas «cláusulas suelo» no posee eficacia *erga omnes* y, por tanto, habrá que atenerse al análisis casuístico y, en este particular, al requisito de la doble transparencia.

Primera sentencia del Tribunal Supremo en la que se declara la nulidad de varias «cláusulas suelo», por falta de transparencia

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de marzo de 2013

El pleno de la Sala de lo Civil del TS ha fijado doctrina sobre la validez y la posibilidad de control judicial del carácter abusivo de las cláusulas suelo, incorporadas a contratos bancarios de préstamo con garantía hipotecaria y a interés variable celebrados con consumidores y usuarios.

En la demanda se solicitaba la declaración de nulidad por abusivas de aquellas cláusulas que fijan un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia. A este respecto, la Sala declara que estas cláusulas son válidas siempre y cuando se cumplan los requisitos de transparencia exigibles en los contratos celebrados con los consumidores.

Así, en este procedimiento, tras analizar las cláusulas objeto de debate, se declara su nulidad por falta de transparencia. En particular, por la concurrencia de las siguientes circunstancias: (i) la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero; (ii) la falta de información suficiente sobre el hecho de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; (iii) la creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo; (iv) su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor; (v) la inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Por último, el TS concluye que, si bien la nulidad tiene efectos retroactivos con carácter general, en este caso y atendidas las circunstancias concurrentes, la sentencia carece de efectos retroactivos, lo que se concreta en que «la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia».

Adicionalmente, con respecto a la eficacia de la sentencia respecto de otras entidades de crédito que empleen cláusulas suelo, se establece que, no solicitada en la demanda su eficacia *ultra partes*, «unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, nos obliga a ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos».

Jueces y magistrados reflexionan sobre la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en ejecuciones hipotecarias

Conclusiones alcanzadas en la Jornada celebrada el 8 de mayo de 2013, sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria con especial referencia al régimen transitorio

El pasado 8 de mayo tuvo lugar un curso de formación de jueces y magistrados especializados en el ámbito Mercantil, Primera Instancia, Audiencias Provinciales y los miembros de la Sala de lo Civil del TS. Abordaron la novedosa doctrina en materia de cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, con especial incidencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Tras esta jornada, se hizo pública el acta y las conclusiones alcanzadas por los

participantes, que se resumen a continuación (y que tienen carácter meramente orientativo, sin afectar de modo alguno a la independencia de los jueces para resolver caso a caso, pero que se hacen públicas con la finalidad de contribuir a formación de criterios jurídicos sobre la materia):

- (i) Es necesario adaptar la legislación española, en particular, la procesal, al Derecho europeo y a la doctrina sentada por el TJUE, garantizando al consumidor una protección eficaz.
- (ii) La reforma legislativa en curso da respuesta a algunas de las cuestiones que suscita la doctrina del TJUE, pero los jueces tienen el deber de completar las lagunas que pudieran existir aplicando los principios generales del ordenamiento jurídico europeo y nacional.
- (iii) El juez debe actuar de oficio en protección del consumidor, utilizando todos los instrumentos previstos en nuestras leyes para conseguir una solución acorde al Derecho europeo y a la interpretación que de él hace el TJUE.
- (iv) Aunque el problema de las cláusulas abusivas trasciende a todo el ordenamiento, las reflexiones o propuestas analizadas se refieren al ámbito de ejecuciones hipotecarias en contratos entre profesionales y consumidores.
- (v) De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo, las cláusulas abusivas nulas no vinculan a ningún efecto. El juez no puede integrar o moderar dichas cláusulas, que deben ser tenidas por no puestas.
- (vi) Para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual se atenderá, además de a la naturaleza de los bienes o servicios objeto de contrato y a las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, a las demás cláusulas del contrato y a los parámetros contenidos en las normas de derecho interno en relación con situaciones similares a la que se plantea. En particular, se atenderá a los parámetros recogidos en la proposición de ley sometida a la aprobación del Senado el 8 de mayo de 2013.
- (vii) Con relación a los criterios que deben tenerse en cuenta para apreciar el carácter abusivo de determinadas cláusulas:
 - En cuanto a las cláusulas de fijación de intereses moratorios, habrá que valorar los distintos tipos de interés referenciados en la normativa interna, y en particular, al que se contempla en el nuevo artículo 114 Ley Hipotecaria.
 - En cuanto a las cláusulas de vencimiento anticipado, el posible carácter abusivo de la cláusula en abstracto no generará por sí la nulidad de dicha cláusula, sino que deberá valorarse según las circunstancias del caso. En concreto, aunque se prevea el vencimiento anticipado por un único incumplimiento, si la reclamación se interpone cuando se haya producido el incumplimiento en los términos previstos en el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil («LEC») según el texto de la proposición de ley, no se apreciará el carácter abusivo de la cláusula.
 - En cuanto a las cláusulas de intereses remuneratorios, con carácter general se considera que dichos intereses forman parte del precio, de forma que las cláusulas no pueden declararse abusivas, debiendo limitarse el examen judicial al control de transparencia.
- (viii) Por lo que se refiere a los efectos de la declaración de nulidad:
 - En el caso de las cláusulas de intereses de demora, la nulidad comportará la expulsión de la cláusula y se considera que el principal devengará los intereses legalmente previstos, existiendo a estos efectos dos posiciones mayoritarias: la que defiende la aplicación del Código Civil (intereses del artículo 1108 CC) y la que sostiene la aplicación de la Ley Hipotecaria (interés del nuevo artículo 114 LH).
 - En el caso de la cláusula de vencimiento anticipado, la declaración de nulidad determinará la aplicación de la doctrina jurisprudencial en materia de resolución contractual (artículos 1124 y 1129 CC), sin que proceda despachar ejecución.
- (ix) El deber de los Tribunales españoles consistente en el control de oficio de las cláusulas abusivas incluidas en contratos con consumidores tiene especial relevancia en el pro-

ceso de ejecución y en el juicio monitorio. Por exigencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, hay que acomodar los trámites procesales al efectivo control por parte del juez de los derechos del consumidor.

- (x) En el procedimiento de ejecución el control de oficio debe, de entrada, ejercitarse en la fase de admisión de la demanda, siguiendo la pauta contenida en la proyectada reforma del artículo 552 de la LEC. El juez, si advierte que el título ejecutivo contiene alguna cláusula abusiva, deberá ponerlo en conocimiento de las partes y darles una audiencia de cinco días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, sin necesidad de abrir ningún incidente.

Si el juez aprecia el carácter abusivo de alguna de las cláusulas, determinará las consecuencias de ello y declarará, bien la denegación de la ejecución, bien su despacho sin aplicación de aquellas cláusulas que estime abusivas.

Frente al auto que despache ejecución sin aplicar la cláusula abusiva cabrá recurso de apelación respecto de la denegación parcial del despacho de ejecución.

Lo anterior es un criterio orientativo que debe aplicarse hasta la entrada en vigor de la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, que prevé expresamente este control al tiempo de despachar la ejecución.

Respecto de todos los procedimientos en trámite en los que ya se ha despachado ejecución, se recomienda, incluso con anterioridad a la entrada en vigor de la futura reforma legal, y si se advierte que existe una posible cláusula abusiva, conceder la posibilidad de que el deudor haga valer en la fase de oposición la existencia de esta cláusula. De haber precluido el plazo para ello, se habilitará un plazo de un mes para formular oposición con ese fin

Transcurrido el plazo sin que el deudor se haya opuesto, el juez podrá apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula, oyendo al ejecutante si no se hubiera manifestado al respecto.

- (xi) En el proceso monitorio, sin perjuicio de las competencias del secretario judicial, corresponde al juez el examen del carácter abusivo de una cláusula incluida en el documento que sustente la reclamación del crédito. Este examen se realizará en la fase de admisión de la solicitud. Si el juez considera que la cláusula puede ser abusiva, lo pondrá en conocimiento del solicitante, especificando la cláusula afectada, y le concederá un plazo de cinco días para formular alegaciones. Si, como consecuencia de la apreciación de la cláusula abusiva procediera la reclamación por una cantidad inferior a la inicial, se procederá conforme establece el artículo 815.3 de la LEC.

De esta forma, los jueces de primera instancia están intentando interiorizar la dimensión ética de la función judicial, llenando lagunas y dando respuestas, con arreglo a los principios y valores constitucionales, a los problemas que afectan de manera relevante a la sociedad en estos momentos.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Arrecife decreta la nulidad de un procedimiento hipotecario por considerar que el impago de un préstamo hipotecario es imputable en gran medida a las entidades financieras

Auto de 8 de abril de 2013 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Arrecife

El auto objeto de análisis parte de la jurisprudencia del TJCE sobre la posibilidad de control de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas por el juez nacional para decretar la nulidad del préstamo, de la hipoteca que lo garantiza, y el archivo del procedimiento hipotecario.

Tres cuestiones son especialmente llamativas en esta resolución. La primera es que en ella el juez realiza un análisis sociológico de la situación actual y considera que, en una época de crisis profunda como la presente, un interés moratorio del 19% es abusivo y usurario, siendo inmoral que las entidades financieras sigan fijando y manteniendo unos intereses superiores a los intereses básicos que rijan en cada momento en el mercado hipotecario. Considera que la falta de pago del préstamo hipotecario no es imputable al deudor, sino a las entidades financieras, quienes contribuyeron decisivamente a la situación de crisis y recesión que estamos viviendo.

Por ello, entiende que no cabe imponer ninguna culpa o sanción a quien ninguna culpa tiene por no poder atender al pago de su préstamo hipotecario.

En segundo lugar, resulta reseñable que en esta resolución se declare la nulidad no solo de la cláusula de intereses que se considera abusiva, sino también (i) de la totalidad del contrato de préstamo, (ii) de la totalidad de la garantía hipotecaria constituida y (iii) de la totalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria tramitado hasta la fecha.

Finalmente, es digno de mención el apartado final de la resolución reseñada, por la que el juez insta al secretario judicial a poner sobre su mesa la totalidad de los procedimientos de ejecución hipotecaria en tramitación en el Juzgado, a fin de revisarlos de oficio y resolver sobre su posible nulidad.

La Audiencia Provincial de Madrid fija criterios sobre la apreciación de oficio de cláusulas abusivas en el marco del procedimiento monitorio

Auto de 4 de marzo de 2013 de la Audiencia Provincial de Madrid

El Pleno de los magistrados de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Madrid se reunió con carácter jurisdiccional el pasado 4 de marzo para fijar los criterios de interpretación de reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre cláusulas abusivas firmadas entre profesionales y consumidores. Todo ello con motivo de un recurso de apelación interpuesto por una entidad financiera contra la inadmisión de una demanda de procedimiento monitorio al apreciar que el contrato de préstamo del que traía causa la demanda pudiera contener cláusulas abusivas.

El auto interpreta la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, conforme a ella, anula la resolución de primera instancia y ordena la tramitación del proceso monitorio. Recuerda la resolución la facultad del juzgador de instancia para examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en perjuicio del consumidor —también el marco del procedimiento monitorio— y dar cumplimiento así a la Directiva 93/13/CEE al (1) impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva y (2) ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

A mayor abundamiento, la Audiencia Provincial de Madrid considera que el Derecho de la Unión no solo faculta al juez nacional para que se pronuncie sobre si una cláusula es abusiva o no, sino que este está obligado a examinar de oficio la cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.

Factores que justificarían la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a compraventas de viviendas afectadas por la crisis económica

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de enero de 2013

La sentencia tiene por objeto analizar si, a la luz de la cláusula *rebus sic stantibus*, resultaría procedente resolver un contrato de compraventa de vivienda a instancias del comprador por imposibilidad de obtener financiación como consecuencia la crisis económica.

A este respecto, la Sala determina que la crisis económica, por sí sola, no permite al comprador de una vivienda desistir del contrato, ya que ello produciría un desequilibrio manifiesto en contra del vendedor.

Sin embargo, el alto Tribunal sienta los criterios que justificarían la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en supuestos de compraventas de viviendas afectadas por la crisis económica, a saber: (i) si la casa comprada se destina a vivienda habitual o a segunda residencia; (ii) la asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, distinguiendo entre contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean; (iii) la situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar; (iv) el grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, debiéndose valorar también, en su caso, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para conceder financiación; o (v) las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia.

Legitimación activa del socio para instar la nulidad de un contrato suscrito por la sociedad

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de abril de 2013

En el caso de autos, la actora insta la nulidad del contrato de compraventa de un inmueble que era el único activo de una entidad patrimonial de la que la demandante tenía una participación del 25% del capital social.

En concreto, se trataba de una sociedad perteneciente a cuatro hermanos (cada uno con el 25% del capital social), con la madre de los cuatro como administradora única. El contrato objeto de discusión consistía en la venta del mencionado inmueble a otra entidad, de la que eran socios tres de los cuatro hermanos, quedando fuera de esta segunda entidad la demandante en el caso que nos ocupan. La demanda pretendía la nulidad de la compraventa alegando falta de causa, al no haber constancia del pago del precio y, subsidiariamente, ilicitud de la causa.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Albacete estimó la demanda, declarando la nulidad de la escritura pública de venta otorgada por los demandados. Esta sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial de Albacete, que entendió, con base en dos sentencias del Tribunal Supremo, que existía falta de legitimación de los socios para instar la nulidad de los contratos celebrados por el órgano de administración de la sociedad.

Frente a la interpretación realizada por la Audiencia Provincial, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo estima el recurso de casación declarando que, con independencia de que en otros casos, a la vista de las circunstancias concurrentes, el Tribunal ratificara que los socios carecían de interés para impugnar la nulidad de la compraventa realizada por la sociedad, no se ha de concluir que constituye jurisprudencia de la Sala que los socios carecen, con carácter general, de esta legitimación para ejercitar la acción de nulidad de los contratos celebrados por quien ostenta la representación orgánica de la sociedad.

Entiende, además, que para juzgar la legitimación en este tipo de supuestos no puede obviarse la causa o motivo de la nulidad. En el caso enjuiciado, entiende el Tribunal que la demandante, en cuanto socia titular de participaciones que representa el 25% del capital social de la vendedora, tiene interés legítimo en instar la nulidad de la compraventa, pues se ve afectada como consecuencia del efecto reflejo que la enajenación del bien ha supuesto en la devaluación de sus participaciones.

Agrega, por último, que el interés jurídico de la socia no se agota en la legitimación para una eventual acción de responsabilidad social contra la administradora por el perjuicio causado por la compraventa, sino que alcanza también a la acción de nulidad por inexistencia de causa o por ilicitud de causa.

El momento al que se ha de referir la valoración de las participaciones del socio excluido que no es cuando adquiere firmeza la sentencia

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de mayo de 2013

En el caso de autos la cuestión jurídica debatida se centra en determinar cuál es el momento al que se ha de referir la valoración de las participaciones en los casos de exclusión de un socio con una participación igual o superior al 25% del capital social.

Para resolver esta cuestión, la Sala recuerda que la exclusión de un socio requiere del acuerdo de la Junta General y, adicionalmente, exige una resolución judicial firme, si este tiene una participación igual o superior al 25% del capital social y no está conforme con el acuerdo de exclusión (artículo 99.2 de la antigua Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y actual 352.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

Por ello, en aquellos casos en los que se hace precisa la resolución judicial para la exclusión de un socio, se atribuye carácter constitutivo a la sentencia firme y se difieren los efectos de la exclusión a la firmeza de la sentencia.

Siguiendo este razonamiento, ante la ausencia de una previsión legal específica a este respecto, nuestro alto Tribunal concluye que el valor razonable de las participaciones del socio excluido debe referirse al momento en que deja de serlo, lo que coincide con la firmeza de la sentencia y no con la fecha en la que se adopta el acuerdo de exclusión.

Nulidad de acuerdo comunidad de vecinos para la instalación de chimenea en local comercial

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013

La sentencia analiza y declara la nulidad de un acuerdo adoptado por la junta de propietarios sin la unanimidad de los vecinos, en el que se aprobó la salida de humos del local comercial sito en la planta baja del edificio a través del suelo del patio interior del inmueble, por su fachada y hasta la azotea.

El alto Tribunal recuerda, en primer lugar, su doctrina que propugna que las exigencias normativas en materia de mayorías sean interpretadas de modo flexible cuando se trata de locales comerciales situados en edificios en régimen de propiedad horizontal, en los cuales la posibilidad de realización de obras debe ser más amplia porque la finalidad comercial de los locales comporta la necesidad de presentar una configuración exterior adecuada a su carácter, facilitar el conocimiento de su existencia o publicitar y hacer atractiva su actividad para los clientes. En estos supuestos, la facultad de modificación debe considerarse implícita en la finalidad comercial del local, para evitar que la aplicación rigurosa de la Ley de Propiedad Horizontal impida a los titulares y arrendatarios de locales de negocio explotar su empresa al amparo de la falta de unanimidad de la comunidad de propietarios. Se fijan en estos casos, como únicos límites a la citada autonomía de la voluntad, los recogidos en el artículo 7.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, esto es, que las obras en los locales no menoscaben o alteren la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración exterior o perjudiquen los derechos de otro propietario.

Aplicada esta doctrina al caso de autos, el TS considera que la alteración de la configuración es sustancial, pues atraviesa el forjado del patio y eleva una chimenea de aluminio, a lo largo de cinco plantas, reflejando luz y con un fuerte impacto visual que además interrumpe el espacio existente entre las dos ventanas del piso de la demandante. Por ello, la Sala accede a la nulidad del acuerdo impugnado al considerar que, en cuanto que afectaba a elementos comunes, solo podía adoptarse por unanimidad.

Interpretación de voluntad testamentaria teniendo en cuenta el contexto jurídico del momento en que se emitió

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2013

La sentencia versa sobre la interpretación de determinada cláusula contenida en un testamento otorgado en el año 1901 en la que el testador dispuso literalmente que *«es mi voluntad que se destine un millón de pesetas efectivas a la construcción de un Hospital en la Ciudad de (...), en los terrenos que allí tengo adquiridos con dicho fin, en caso de que a mi fallecimiento no estuviese ya construido»*. Para el mantenimiento del hospital, el testador dispuso la constitución de un depósito en deuda perpetua que debía producir determinada renta anual a favor del patronato del hospital. El hospital se regiría por los estatutos y reglamentos que dictasen los albaceas y los miembros del patronato, a cuya designación procedió.

La fundación que resultó heredera en el remanente de los bienes hereditarios ejercitó contra la fundación del hospital una acción declarativa de dominio sobre los terrenos que habían servido para la construcción del hospital. La actora mantuvo que, a la fecha del fallecimiento del testador, la finca era parte del patrimonio hereditario y que, en consonancia con la voluntad testamentaria, había construido sobre ella el edificio que se destinaría a hospital, para posteriormente entregarlo a la fundación del hospital, que no ostentaría más que un derecho de superficie. De hecho, en la partición de la herencia otorgada en su día, los terrenos fueron adjudicados a la fundación heredera de los bienes del testador y no a la fundación del hospital, con lo que la finca litigiosa fue inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de la primera.

La actora reclamó también la extinción de ese derecho de superficie porque el hospital primitivamente constituido sobre el edificio ya no existía. El edificio se había destinado a centro de salud y residencia de ancianos por virtud del contrato de cesión de uso suscrito por la fundación del hospital y el Ayuntamiento de la localidad. Asimismo, la fundación actora reclamó la extinción de ese contrato de cesión de uso por carecer la fundación de capacidad dispositiva y haberse suscrito por un tiempo superior a 99 años.

La resolución de la controversia pasaba necesariamente por la interpretación de la voluntad del testador a partir de sus declaraciones en el testamento. Era necesario determinar si había constituido un legado de cosa específica y determinada a favor de la fundación del hospital o por el contrario se había limitado a establecer un derecho de superficie.

La Sala concluye que el testador dispuso un legado de cosa específica y determinada a favor de la fundación del hospital. A este efecto, se apoya en determinados incisos de las disposiciones testamentarias, pero la cuestión que se reveló decisiva para la interpretación de la verdadera voluntad del testador fue que, en el año de otorgamiento del testamento, el derecho de superficie no se concebía con un derecho con autonomía y sustantividad propia. No fue sino hasta mucho tiempo después (sentencia de 3 de julio de 1941 y Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956) cuando se reconoció carta de naturaleza al derecho. Siendo el descrito el contexto doctrinal y legislativo en el año 1901, difícilmente el testador pudo haber querido constituir un derecho de superficie.

En cualquier caso, la fundación del hospital habría adquirido la propiedad de los terrenos por virtud de su posesión pública, pacífica e ininterrumpida desde la entrega del hospital una vez construido. A ello no se opone la circunstancia de que en la escritura de partición los terrenos hubiesen sido adjudicados a la fundación heredera, ni tampoco que los terrenos figurasen inscritos a nombre de esta en el Registro de la Propiedad. A este efecto, la Sala tiene en cuenta el peculiar régimen de adquisición del legado de cosa específica y determinada que se adquiere por la mera delación hereditaria, sin necesidad de que el legatario lo acepte. En paralelo, la sentencia razona que la fundación heredera, titular registral, no pudo consumir a su favor una usucapión *secundum tabulas*, pues a este efecto no basta la presunción posesoria que resulta de la inscripción registral, es necesario que tenga lugar extrarregistralmente.

Declaración y conclusión, en unidad de acto, del concurso de una sociedad extranjera

Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona, de 30 de mayo de 2013

Esta resolución analiza, en primer lugar, la jurisdicción y la competencia del Juzgado para conocer de la solicitud de concurso voluntario presentada por la filial extranjera de una sociedad española, habida cuenta que esta tiene su domicilio social en Francia.

En el auto se ratifica la competencia objetiva y territorial de los Juzgados Mercantiles de Barcelona y, en especial, del Juzgado Mercantil n.º 9 que está conociendo del concurso del resto de las empresas del grupo. El Juzgado razona que ha quedado suficientemente acreditado que el centro de principales intereses de la sociedad solicitante está sito en Barcelona, aun cuando su domicilio social esté localizado en Francia, donde no tiene activos a su nombre ni establecimiento alguno abierto al público.

En segundo término, respecto a la situación de insolvencia, se entiende que resulta acreditada a la vista de la documental aportada. No obstante, de su examen se desprende la necesidad de acordar, en unidad de acto, la conclusión del concurso por insuficiencia de bienes y derechos con los que satisfacer ni tan siquiera el pago de los primeros créditos contra la masa que se pudieran devengar tras la declaración (artículos 176 bis apartado 4 en relación con el 176.1.3, ambos de la LC). Esta medida se funda en el activo de la concursada, formado únicamente por derechos de crédito frente a otras sociedades del grupo en situación similar (*i. e.*, créditos subordinados), y cuyas expectativas de cobro son muy dudosas. A ello habría que añadir la imposibilidad de ejercitar acciones rescisorias o de responsabilidad que pudieran contribuir a acrecentar la masa patrimonial de la concursada.

En cuanto a los efectos de la resolución, al margen de la publicidad registral (artículo 24 de la LC) y por edictos (artículo 23 de la LC), serán los propios de la conclusión del concurso, no los de la declaración. En definitiva, ni se nombrará a la administración concursal ni desplegará la declaración del concurso los efectos sobre el deudor, los acreedores y los actos perjudiciales para la masa activa. El deudor, por tanto, será responsable del pago de los créditos, y los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares. Por último, deberá acordarse la extinción de la personalidad jurídica y el cierre de su hoja de inscripción en el Registro Mercantil correspondiente (artículo 178 de la LC), que en este caso es el Registre du Commerce et des Sociétés de París.

Interpretación del artículo 96 de la Ley Concursal y la legitimación para impugnar la lista de acreedores

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid, de 20 de marzo de 2013

El supuesto de hecho de la sentencia analizada es la interposición de una demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores por parte de un acreedor minoritario de la concursada, mediante la que solicitaba la subordinación de diversos créditos de otro acreedor. La demandante justificó su solicitud de subordinación en una supuesta vinculación de dicho acreedor con el grupo de la sociedad en concurso, por la vía del artículo 93.2.3.º de la Ley Concursal.

Sin embargo, el Juzgado desestimó la demanda sobre la base de los siguientes argumentos: (i) falta de legitimación activa de la demandante, dada la insignificancia de su crédito con respecto a la masa pasiva del concurso; (ii) imposibilidad de que un acreedor impugne la calificación de otro acreedor sin haber impugnado previamente la de su propio crédito (a la demandante se le había reconocido un crédito mucho menor que el que comunicó, pero no lo impugnó ni justificó su falta de impugnación, circunstancia que —según la sentencia— le deslegitima para impugnar otros créditos); (iii) vinculación de la demandante con la concursada y las sociedades de su grupo, al prestar servicios para ellas (la demandante alegaba ostentar legitimación para impugnar la lista de acreedores, ya que como proveedora de la concursada tenía interés en que se superara la situación de concurso. Sin embargo, como declara la sentencia, la legitimación para impugnar emana de su condición de acreedora y de su interés en recuperar su crédito, y no de intereses diferentes al de la recuperación de su crédito); y (iv) falta de legitimación activa sobrevenida, ya que el acreedor demandado consignó el importe del crédito de la actora (la sentencia reconoce la facultad de que cualquier acreedor pueda satisfacer créditos de terceros, si a su derecho conviene, incluso si su única intención es deslegitimar a dicho acreedor y evitar que impugne la calificación de sus propios créditos).

Esta resolución sigue la interpretación de la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid sobre esta cuestión, que en su auto de 4 de diciembre de 2008 afirmó que *«la amplitud con la que el artículo 96.1 de la Ley Concursal reconoce la legitimación para impugnar el inventario y la lista de acreedores (...). Pero esa amplitud no puede llevar a un extremo tal que cualquiera pueda impugnarlos invocando la conveniencia de que el informe se muestre lo más fiel y exacto posible, o invocando el interés de otros intervinientes en el proceso concursal, pues ello llevaría al reconocimiento de una especie de acción pública o acción popular por la que cualquiera podría impugnar el inventario y la lista de acreedores. (...) ha de tratarse de un sujeto de derecho con un interés propio, que no puede identificarse con (...) la defensa de intereses ajenos»*.

De este modo, la sentencia analizada resulta un precedente importante respecto de la legitimación activa para impugnar la lista de acreedores, dado que permite acotarla a las partes personadas que verdaderamente acrediten un interés en el concurso, y evita que terceros ajenos a los intereses del proceso concursal puedan interferir en él.

Calificación concursal del crédito nacido de un contrato de leasing: el clausulado contractual determina su calificación

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de febrero de 2013

Esta sentencia tiene por objeto el análisis de los preceptos de la Ley Concursal que resultan de aplicación para la calificación jurídica de un crédito nacido de un contrato de *leasing*, que se mantiene en vigor tras la declaración de concurso de la arrendataria financiera.

Mediante un incidente de impugnación de la lista de acreedores, la arrendadora financiera solicitó que las cuotas impagadas que forman el crédito derivado del contrato de *leasing* se calificasen: (i) como crédito con privilegio especial, si se habían devengado antes de la declaración de concurso, y (ii) como crédito contra la masa, si lo habían hecho con posterioridad a su declaración. Los argumentos en los que se fundó esta impugnación se resumen en considerar el contrato de *leasing* como un contrato de tracto sucesivo donde, además de la entrega del bien, la arrendadora viene obligada a mantener al arrendatario en el goce pacífico del bien objeto del contrato.

La administración concursal, una vez emplazada, se opuso al cambio de calificación jurídica pretendido alegando que el reconocimiento efectuado en el informe provisional, como crédito con privilegio especial en su totalidad (*ex. artículo 90.1.4.º de la LC*), se adecuaba al criterio jurisprudencial mayoritario.

La arrendadora financiera, tras haber visto desestimadas sus pretensiones en la primera y la segunda instancia, interpuso un recurso de casación en el que insistía en la necesidad de modificar la calificación jurídica de su crédito, con base en los argumentos ya expuestos.

La Sala, a la vista de la cuestión planteada, razona que para que un crédito como el litigioso pueda ser calificado como crédito contra la masa (*ex. artículo 61 de la LC*) requiere que las obligaciones contractuales nacidas para ambas partes se encuentren pendientes de cumplimiento a la fecha de la declaración de concurso.

Como consecuencia de ello, razona el TS que, para poder conocer si la relación jurídica nacida del contrato de arrendamiento financiero sigue en vigor, como sinalagmática, una vez declarado el concurso de acreedores, es necesario atender al clausulado contractual.

De esta forma, toda vez que en el caso enjuiciado la arrendadora se liberó de responder del saneamiento por evicción y por los defectos del objeto del contrato, la Sala concluye que la arrendadora financiera ha cumplido sus obligaciones con la entrega del bien, siendo así correcta la calificación jurídica realizada en ambas instancias.

Cálculo de los derechos del procurador del acreedor instante del concurso

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 2013

La sentencia objeto de este comentario resulta especialmente interesante, ya que el TS resuelve definitivamente la controversia suscitada en relación con el cálculo de los derechos del procurador del acreedor que solicita el concurso, que pide que le sea reconocido un crédito contra la masa por sus derechos y suplidos.

El Tribunal afirma que, de conformidad con la redacción del artículo 82.2.2.^o de la Ley Concursal, anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no todos los derechos y suplidos del procurador generados con ocasión del concurso de acreedores pueden ser considerados como créditos contra la masa, sino solo aquellos que se originan por la solicitud y declaración del concurso.

Además, declara que cuando es un acreedor el que insta el concurso, solo podrá haber un crédito por costas frente al deudor concursado cuando haya existido condena en costas, por desestimarse la oposición del deudor a la declaración del concurso. La consideración de este crédito como crédito contra la masa está amparado por el artículo 20.1 de la Ley Concursal, previsto para los casos en que se desestime la oposición del deudor y se declare el concurso de acreedores: «*Practicadas las pruebas declaradas pertinentes o transcurrido el plazo fijado para ello, el juez, dentro de los tres días siguientes, dictará auto declarando el concurso o desestimando la solicitud. En el primer caso, las costas tendrán la consideración de créditos contra la masa; en el segundo, serán impuestas al solicitante, salvo que el juez aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho*».

Por otra parte, el Tribunal recuerda que para el cálculo de este crédito contra la masa debe acudirse necesariamente al arancel del procurador, por la remisión que la disposición final 5.^a de la Ley Concursal hace: «*En lo no previsto en esta Ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (...)*». Por lo tanto, se remite a lo dispuesto en los artículos 241 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este mismo sentido, el artículo 242.4 de ese texto legal dispone que los derechos que correspondan a los procuradores en los casos en que haya condena en costas estas deberán calcularse de conformidad con los aranceles aplicables.

Por último, el Tribunal concluye que en aquellos casos en los que no haya condena en costas y no sea, por tanto, de aplicación lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 242 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para calcular el coste de los servicios del procurador que ha solicitado el concurso —siempre que este tenga derecho a exigirlo al deudor—, no resultará necesariamente de aplicación el arancel previsto.

[Portugal]

Uniformização de Jurisprudência - Denúncia do Aval pelo Avalista

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 4/2013, de 21 de janeiro de 2013

O STJ fixou jurisprudência no sentido de que, tendo o aval sido prestado de forma irrestrita e ilimitada, não é admissível a sua denúncia por parte do avalista, sócio de uma sociedade a favor de quem aquele foi prestado, em contrato em que a mesma é interessada, ainda que, entretanto, venha a ceder a sua participação social na sociedade avalizada.

O acórdão em apreço foi proferido no âmbito de um recurso para uniformização de jurisprudência com fundamento na oposição entre o acórdão proferido pelo STJ no processo em causa

e um outro proferido a 2.12.2008 pelo mesmo tribunal, estando a divergência relacionada com a questão da admissibilidade de denúncia do aval.

O STJ analisou esta questão em dois planos distintos, que se descrevem de seguida.

Em primeiro lugar, o STJ avaliou a natureza, a função e a finalidade do aval, considerando tratar-se de um ato jurídico cuja função é a de garantir o pagamento do crédito cambiário e tendo por finalidade essencial reforçar a segurança do tomador na definitiva satisfação do crédito inscrito no título em que o aval é prestado. O STJ salientou ainda, como características essenciais do aval, o facto de ser uma garantia cambiária unilateral, não receptícia, abstracta, acessória e autónoma.

Em segundo lugar, o STJ tomou posição sobre a problemática relativa às consequências resultantes da cessão da participação social do sócio cambiariamente vinculado como garante, criticando a posição segundo a qual seria razoável admitir a desvinculação unilateral dos sócios. O tribunal, fazendo a comparação com a fiança, considerou que o aval não pode ter o mesmo tratamento que esta última, dado que o aval é uma garantia, materialmente autónoma e independente da obrigação creditícia, não podendo, por isso, ser denunciada como um contrato duradouro, a menos que seja dado de forma parcial. De facto, o aval não acompanha a relação obrigacional do avalizado, destinando-se a criar uma garantia perante o tomador do título de crédito de que o título será pago na data do vencimento ou nos termos em que o pacto de preenchimento foi acordado. Para além disso, a desvinculação unilateral é, no entender do STJ, irrazoável por poder fazer com que o tomador do título fique sem qualquer garantia de que o crédito concedido venha a ser pago.

Em suma, não tendo o aval sido limitado quantitativamente, a possibilidade de desvinculação unilateral do avalista é de difícil conciliação com a própria natureza do aval e da obrigação cambiária constituída perante o tomador do título de crédito, razão pela qual o STJ fixou jurisprudência no sentido da sua inadmissibilidade.

Infrações Tributárias - Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1/2013, de 22 de fevereiro de 2013

Responsabilidade do Administrador pelas Sanções Aplicadas a Pessoa Coletiva

O presente recurso foi interposto do acórdão proferido pelo TRE em 20 de março de 2012, que desaplicou, por inconstitucionalidade, a norma constante do n.º 7 do artigo 8.º do RGIT, na interpretação segundo a qual o administrador ou gerente de uma sociedade, condenado pela prática de um crime de abuso de confiança contra a Segurança Social, é ainda solidariamente responsável pelo pagamento da multa em que a sociedade tenha sido condenada pela prática do mesmo crime.

No entender do TC, o administrador não pode ser condenado, a título pessoal, pela prática do crime e, em simultâneo, ser responsabilizado pelo pagamento das sanções aplicadas à pessoa coletiva, sob pena de ser duplamente penalizado pela prática da mesma infração, o que é vedado pelo n.º 5 do artigo 29.º da CRP.

Assim, o TC julgou inconstitucional a norma do artigo 8.º, n.º 7 do RGIT quando interpretada no sentido de que um administrador ou gerente de uma pessoa coletiva é solidariamente responsável pelo pagamento de multa em que a sociedade que administra ou gere tenha sido condenada, quando esse administrador ou gerente tenha sido igualmente condenado, a título pessoal, pela prática da mesma infração tributária.

Uniformização de Jurisprudência - Emissão de Cheque - Declaração de Extravio - Falsificação de documento

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 9/2013, de 24 de abril de 2013

O acórdão em apreço resultou do recurso para uniformização de jurisprudência e revogação da decisão do TRP que confirmou a decisão da primeira instância da qual resultou a condenação de arguido pela prática de um crime de falsificação de documento, na forma continuada.

Em causa estava a emissão e entrega de onze cheques pelo arguido a uma credora, como forma de pagamento de mercadorias recebidas, tendo o arguido, posteriormente à entrega desses cheques, comunicado por escrito à instituição de crédito sacada que os mesmos haviam sido extravaiados e que, por esse motivo, não deveriam ser pagos. Os cheques em questão foram

entregues à ofendida em datas anteriores às datas deles apostas (cheques pós-datados) e não foram pagos pela instituição de crédito sacada.

O TRP considerou que, sendo a emissão de cheque pós-datado um elemento negativo do tipo do crime de cheque sem cobertura e não uma condição de punibilidade, isso significa apenas que a conduta do arguido (de emissão de cheque e posterior ordem escrita para não pagamento do mesmo) não é reconduzível ao crime de emissão de cheque sem provisão previsto e punido pelo Decreto-Lei n.º 454/91, de 28 de dezembro, e não que essa conduta é descriminalizada por lei (podendo, por isso, ser reconduzida a outro tipo de crime). Concluiu o TRP que, não havendo crime de emissão de cheque sem provisão, o arguido praticou um crime de falsificação de documento, corporizado na declaração escrita enviada à instituição de crédito sacada, através da qual o arguido comunicou um facto falso (o extravio de cheques).

Por seu turno, o arguido alegou no seu recurso para o STJ - com base na fundamentação já aduzida no acórdão fundamento, proferido pelo TRC - que a emissão de uma comunicação «mentirosa» ou falsa à instituição de crédito sacada integra o crime de emissão de cheque sem provisão, sendo tal conduta descriminalizada sempre que esteja em causa a emissão de um cheque pós-datado. O arguido considerou, assim, que a sua condenação violou os princípios penais da especialidade (o qual prevê o afastamento de uma norma criminalizadora de carácter geral, sempre que exista outra norma com carácter especial que preveja a punição dos mesmos factos) e do «ne bis in idem» (que impõe a proibição de duplo julgamento dos mesmos factos).

O STJ - que manteve a decisão recorrida - vem, no acórdão em epígrafe, uniformizar jurisprudência no sentido de que «o sacador de um cheque que nele apuser uma data posterior à da emissão, e em que ulterior escrito por si assinado, requisitar ao banco sacado o seu não pagamento, invocando falsos extravio, subtração ou desaparecimento, com a intenção de assim obter o resultado pretendido», incorre em crime de falsificação de documento, previsto e punido pelo artigo 256.º do Código Penal e não em crime de emissão de cheque sem provisão.

PROCESAL PENAL *

1 · LEGISLACIÓN

[Espanña]

Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal

El pasado 20 de septiembre de 2013 el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de reforma del Código Penal. El Proyecto contiene numerosas modificaciones que afectan a cuestiones básicas del Código Penal («CP»): nuevas penas y medidas de seguridad, nuevos tipos delictivos, nueva redacción de delitos tradicionales, reordenación de tipos ya existentes, etc. Destacamos a continuación algunas de las novedades del Proyecto que afectan al Derecho penal económico:

- (i) Se completa de forma sustancial la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En concreto, y muy resumidamente, (a) se regulan de forma expresa los programas de *compliance* penal como causas eximentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

* Esta sección ha sido coordinada por Ismael Clemente y en su elaboración han participado Patricia Lizarza, Alicia Franch, Rubén Tercero, Paula Adrega Flor, Rita Castanheira Neves, Rita Vieira Marques y Luís Bertolo Rosa, del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona y Lisboa).

dicas; (b) se establecen los requisitos y características que deben reunir estos programas de cumplimiento para que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad penal; (c) se amplían los supuestos por los cuales la persona jurídica puede ser criminalmente responsable a los delitos cometidos por personas autorizadas para tomar decisiones en nombre de la sociedad o con facultades de organización y control (suprimiéndose la referencia de la regulación actual a los administradores de hecho o de derecho); y (d) se introduce una nueva figura delictiva (nuevo artículo 286 seis) por la que se sanciona al representante legal o al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica que no haya adoptado las medidas de vigilancia o control necesarias para evitar la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica (*i. e.*, que no haya adoptado un programa de *compliance* penal).

- (ii) Se modifican los delitos de apropiación indebida y de administración desleal.

El vigente artículo 252 CP, que regula el delito de apropiación indebida, contempla dos modalidades de conducta: apropiación y distracción. A grandes rasgos, la primera concurre cuando el agente hace suya la cosa incorporándola a su patrimonio; la segunda, cuando se da a la cosa recibida, normalmente dinero, un destino distinto al pactado. Por otro lado, el actual artículo 295 CP regula el delito societario de administración desleal que sanciona al administrador de hecho o de derecho de una sociedad que realice, en beneficio propio o de un tercero, y con abuso de sus funciones, determinados actos fraudulentos en perjuicio del patrimonio social. Tradicionalmente, se han producido frecuentes problemas de solapamiento en los ámbitos de aplicación de la apropiación indebida en la modalidad de distracción y el delito societario de gestión desleal. El Proyecto pretende ofrecer una solución a estos conflictos.

Pues bien, el Proyecto viene a modificar de forma profunda la regulación actual de estos delitos. En efecto, se crea una nueva sección denominada «de la administración desleal» en la que, con derogación del actual artículo 295 CP, se castigan, por un lado, las conductas de distracción o administración desleal (artículo 252 Proyecto), y, por otro, las de apropiación propiamente dichas (artículo 253 Proyecto). Según la exposición de motivos, con la nueva regulación de estos delitos, *«quien hace suya la cosa que había recibido con la obligación de devolverla, comete un delito de apropiación indebida; y quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlo, y quebranta su deber de lealtad como administrador (tipo de infidelidad) o realiza actuaciones para las que no había sido autorizado (tipo de abuso), y perjudica de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal»*.

- (iii) En el marco de las insolvencias punibles, se crean nuevos tipos delictivos y se amplían los ya existentes.

De entre todas las modificaciones, conviene destacar la profunda reforma del delito que actualmente se regula en el artículo 260 CP (agravación dolosa de la situación de insolvencia). En efecto, el Proyecto configura el delito de insolvencia punible como (i) un delito de peligro que para ser cometido basta con desarrollar alguna de las conductas expresamente previstas en el nuevo precepto sin exigir resultado alguno de causación o agravación de la situación de insolvencia; (ii) en caso de producirse este resultado de causación o agravación de la situación de insolvencia, la pena sería mayor; y, por último, (iii) hay que destacar la introducción de la modalidad imprudente del delito de insolvencia punible. Además, desaparece la declaración de concurso como condición objetiva de punibilidad, siendo perseguible el delito cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado en concurso.

- (iv) Reordenación de los delitos de corrupción internacional.

Se crea una nueva sección titulada «Delitos de corrupción en los negocios» bajo la que se incluyen delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas, ya se trate de corrupción en el sector privado o de funcionario público extranjero. En relación con los delitos de corrupción internacional, se crea el nuevo artículo 427, en el cual la definición de funcionario público se amplía para incluir no solo a los funcionarios de la Unión Europea, sino también a los de *«cualquier otro país extranjero»*.

[Portugal]

Alterações ao Código Penal *Lei n.º 19/2013 (DR 37 série I de 21-2-2013)*

A Lei n.º 19/2013, de 21 de fevereiro, procede à 29.ª alteração ao Código Penal.

Muito relevantes são as alterações introduzidas no âmbito do instituto da prescrição, passando a prever-se que o prazo de prescrição do procedimento criminal se suspenda durante o tempo em que a sentença condenatória, após notificação ao arguido, não transitar em julgado. Limita-se, no entanto, este período de suspensão ao intervalo de 5 anos, elevando-se para 10 anos no caso de ter sido declarada a excepcional complexidade do processo. Estes prazos são elevados para o dobro quando houver recurso para o TC. Limita-se, porém, o tempo de suspensão nos casos de declaração de contumácia, consagrando-se que não pode ultrapassar o prazo normal de prescrição.

Por outro lado, transforma-se em crime particular o crime de furto simples de coisas móveis de valor diminuto expostos em estabelecimento comercial, praticado apenas por um agente, durante o período de abertura ao público, desde que haja recuperação imediata da coisa furtada. Nestes casos, passa, assim, a depender-se da acusação particular, a apresentar pelo ofendido, constituído assistente.

Já no crime de furto qualificado, passa a valer como qualificante o impedimento ou a perturbação, por qualquer forma, da exploração de serviços de comunicações ou de fornecimento ao público de água, energia, calor, óleo, gasolina ou gás.

A nível das penas acessórias, o CP passa a prever que também é condenado na proibição de conduzir veículos com motor quem for punido pelos crimes de homicídio ou de ofensa à integridade física cometidos no exercício da condução de veículo motorizado com violação das regras de trânsito rodoviário (antes, esta pena acessória aplicava-se apenas aos crimes de condução perigosa de veículo rodoviário e de condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas).

Outra das novidades introduzidas pela Lei n.º 19/2013, de 21 de fevereiro, é a previsão do crime de falsas declarações. Embora já se encontrasse previsto o crime de falsidade de depoimento ou declaração (depoimentos de parte, depois de ajuramentados, declarações do assistente e das partes civis e declarações do arguido quanto à sua identidade e antecedentes criminais), crime este inserido no capítulo relativo aos crimes contra a realização da justiça, passa a consagrar-se o crime de falsas declarações, no âmbito do capítulo relativo à resistência, desobediência e falsas declarações à autoridade pública. O CP consagra agora que comete um crime aquele que declarar ou atestar falsamente, à autoridade pública ou a funcionário no exercício das suas funções, acerca do estado ou outra qualidade a que a lei atribua efeitos jurídicos próprios ou alheios. A pena é agravada se as declarações se destinarem a ser exaradas em documento autêntico.

Por último, na sequência das alterações introduzidas no CPP, que passa a estabelecer que o arguido não tem que responder sobre os seus antecedentes criminais, é descriminalizada a conduta do arguido que declarava falsas declarações sobre os referidos antecedentes.

Esta Lei n.º 19/2013, de 21 de fevereiro, altera ainda a Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das vítimas (a qual, entretanto, já foi alvo da Declaração de Retificação n.º 15/2013, de 19 de março).

Aproveita-se ainda para referir que foi igualmente publicada a Lei n.º 21/2013, de 21 de fevereiro, que procede à terceira alteração ao Código da Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade.

A Lei n.º 19/2013, de 21 de fevereiro, entrou em vigor no passado dia 23 de março de 2013.

Alterações ao Código de Processo Penal *Lei n.º 20/2013 (DR 37 série I de 21-2-2013)*

A Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, procede à 20.ª alteração ao Código de Processo Penal, introduzindo algumas medidas com grande impacto no paradigma da lei penal adjetiva.

Primeiramente, as declarações que o arguido presta em fase de inquérito podem agora valer em julgamento, desde que tenham sido prestadas perante autoridade judiciária, com assistência de defensor e o arguido tenha sido informado de que, não exercendo o direito ao silêncio, as declarações que prestar poderão ser utilizadas no processo, mesmo que venha a ser julgado na ausência ou decida não prestar declarações em julgamento. Estas declarações, porém, não podem valer como confissão.

Por outro lado, o juiz de instrução passa a poder aplicar medida de coação mais gravosa (quanto à sua natureza, medida ou modalidade de execução) do que a requerida pelo MP, quando o fundamento de aplicação da medida de coação seja a fuga ou o perigo de fuga ou o perigo da continuação da atividade criminosa ou da perturbação grave da ordem e da tranquilidade públicas. Mantém-se, porém, a proibição de o juiz de instrução aplicar medida de coação mais gravosa do que a requerida pelo MP quando o fundamento da aplicação da medida em causa seja o perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo, nomeadamente o perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova.

Outra das alterações impõe que o arguido não seja mais inquirido acerca dos seus antecedentes criminais, quer em sede de primeiro interrogatório, como mais tarde, em julgamento.

Ainda com relevo foram as alterações introduzidas no âmbito do processo sumário, que passa a ser aplicado a todos os casos de detenção em flagrante delito, mesmo que em causa estejam crimes puníveis com pena de prisão superior a 5 anos. Excetuam-se alguns casos, como a criminalidade altamente organizada, os crimes contra a paz, identidade cultural e integridade pessoal, os crimes contra a segurança do Estado e os crimes previstos na Lei Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário. Com esta alteração abre-se, assim, uma exceção às regras de competência do tribunal coletivo. É, no entanto, possível requerer a intervenção do tribunal de júri, caso em que o julgamento não terá lugar no âmbito do processo sumário.

Já em matéria de recursos, consagram-se igualmente diversas modificações no CPP, sendo de realçar o seguinte: o prazo para a interposição de recurso passa de 20 para 30 dias, deixando, assim, de haver distinção de prazos para os recursos de direito e de facto (com reapreciação da prova gravada); a parte recorrida passa a ser notificada apenas após o despacho de admissão do recurso, sendo o prazo de resposta igualmente de 30 dias; no caso de o tribunal de recurso fazer descer o processo novamente à Primeira Instância, seja através da declaração da nulidade da sentença, seja através da ordem para novo julgamento, e se vier a ser interposto recurso da nova decisão do tribunal recorrido, é o mesmo relator que tem competência para conhecer deste segundo recurso; não se pode recorrer para o STJ das decisões da Relação que apliquem pena de prisão não superior a 5 anos, mesmo que no Tribunal de Primeira Instância tenha havido uma absolvição, bem como das decisões da Relação que sejam absolutórias, exceto se a Primeira Instância tiver condenado em pena de prisão superior a 5 anos.

No âmbito da suspensão provisória do processo, é obrigatoriamente oponível ao arguido a aplicação de injunção de proibição de conduzir veículos com motor quando esteja em causa crime para o qual esteja prevista pena acessória de proibição de conduzir veículos com motor; por outro lado, perante crime de furto simples, é dispensada a concordância do assistente quando a conduta ocorrer em estabelecimento comercial, durante o período de abertura ao público, relativamente à subtração de coisas móveis de valor diminuto e desde que tenha havido recuperação imediata destas, salvo quando cometida por duas ou mais pessoas (esta última alteração relaciona-se com a alteração da natureza do crime de furto simples que preenche estes requisitos, que passa de crime semipúblico para crime particular).

O legislador aproveitou ainda a oportunidade para introduzir outras modificações avulsas, as quais se deixam apenas enumeradas: a reprodução / leitura em audiência de julgamento de declarações prestadas perante autoridade judiciária é permitida também nos casos em que os declarantes não compareçam em tribunal por não ter sido possível a sua notificação, desde que se encontrem esgotadas as diligências para apurar o seu paradeiro; a reprodução / leitura de autos e declarações em julgamento nos casos de avivamento da memória e contradições / discrepâncias é agora possível mesmo que as declarações tenham sido prestadas perante o MP (antes, exigia-se que fosse perante juiz); as provas têm que ser juntas ou arroladas com a acusação ou com a contestação, consagrando-se, no entanto, que o tribunal pode entender que apro-

va é indispensável para a descoberta da verdade e boa decisão da causa, caso em que a admitirá; restringem-se os casos em que o juiz passa a estar impedido de intervir num concreto processo por ter proferido recurso anterior, especificando-se que o recurso terá que ter conhecido, a final, do objeto do processo, de decisão instrutória ou de decisão em que seja aplicada proibição e imposição de condutas, obrigação de permanência na habitação e prisão preventiva; consagra-se a obrigatoriedade da assistência de advogado nos interrogatórios feitos por autoridade judiciária e em todos os debates instrutórios e audiências, caindo a exceção «salvo tratando-se de processo que não possa dar lugar à aplicação de pena de prisão ou de medida de segurança de internamento»; passa a exigir-se que no despacho que ordena a perícia seja logo delimitado o objeto da perícia com a formulação de quesitos (antes falava-se de «indicação sumária do objeto da perícia»); o termo de identidade e residência passa a extinguir-se com a extinção da pena (e não com a sentença condenatória).

A Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, entrou em vigor no passado dia 23 de março. No entanto, nos processos pendentes em que o arguido já tenha sido interrogado, as suas declarações não podem valer em audiência de discussão e julgamento.

2 · JURISPRUDENCIA

[Espanña]

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 2.ª) 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 alto tribunal, 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 o, en otras palabras, 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:

(i) 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.

(ii) Los argumentos de quienes están a favor de que el delito fiscal pueda 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 y que no han sido anteriormente explicados:

(i) Se acude al derecho comparado, analizando la situación jurídica en otros países que ya se han pronunciado a favor de admitir el fraude fiscal como antecedente del delito de blanqueo.

(ii) 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. Y ello con base, fundamentalmente, en dos argumentos:

(i) Por un lado, el argumento del objeto material anteriormente explicado («*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, apunta que, 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 artículo 305 CP.

¿Es típica la confección de un documento que simula un negocio jurídico inexistente por un particular?

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 25 de abril de 2013

El TS realiza un profundo análisis sobre el delito de falsedad documental y, en concreto, sobre la modalidad del apartado 2.º del artículo 390.1. CP («*simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad*»). El principal aspecto debatido es si aquellos supuestos en los que la falsedad no se refiere en exclusiva a alteraciones de la verdad en algunos extremos, sino al documento en sí mismo, son incardinables en el número segundo del artículo 390.1.

Ciertamente, el debate tiene relevancia, pues en función de la interpretación que se dé a este apartado segundo, la conducta del particular que utiliza en el tráfico jurídico un documento que simula un negocio jurídico inexistente será típica o atípica. Y ello porque la conducta descrita también podría subsumirse en el apartado cuarto del 390.1 («*faltar a la verdad en la narración de los hechos*»), modalidad que el legislador ha despenalizado para los particulares.

En esta tesitura, el TS concluye que «*la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, que no tiene ni puede tener sustrato alguno en la realidad, elaborado con dolo falsario, debe ser considerada la falsedad que se disciplina en el artículo 390.1.2º CP*». Además, esta tesis es la adoptada por el TS en numerosas sentencias cuyas referencias se indican en la presente.

Por último, cabe señalar que el dolo falsario concurre cuando el autor tiene conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, que el documento contiene la constatación de hechos no verdaderos. Se requiere tan solo conciencia y voluntad de alterar la verdad, siendo indiferente que se llegue a dañar el bien jurídico protegido.

Se deniega la petición de extradición cursada por la Fiscalía suiza por falta de doble incriminación: la información confidencial que se refiera a presuntas actividades ilícitas «no es de ninguna manera susceptible de legítima protección»

Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 8 de mayo de 2013

El auto de 8 de mayo de 2013 resuelve el procedimiento de extradición de un empleado de banca iniciado a instancias de la Fiscalía Federal de Suiza, acordando la improcedencia de la extradición al apreciar ausencia del requisito de doble incriminación.

El empleado de banca está siendo objeto de un proceso penal en Suiza por los delitos de espionaje económico, sustracción de información, violación de secretos comerciales y violación del secreto bancario. Se le imputa haberse apropiado, en el marco de su actividad profesional como informático de HSBC Private Bank Suisse, de datos personales y financieros de clientes de la citada entidad bancaria para, posteriormente, ofrecérselos a varios bancos del Líbano —de acuerdo con las autoridades suizas— y ponerlos a disposición de órganos gubernamentales de distintos Estados, señaladamente la Administración Tributaria de Francia.

Tras su detención en Barcelona, se incoó el procedimiento de extradición, que ha sido resuelto por el auto que comentamos y con el resultado ya anticipado: petición denegada por concluir la Sala que no concurre el requisito —necesario para la extradición— de la doble incriminación (que los hechos investigados sean incriminables conforme al Derecho penal español). Este es el *iter* argumentativo de la resolución:

(i) Con carácter preliminar, el Tribunal considera que el control de la doble incriminación exige tanto la determinación de la doble tipificación penal de los hechos como la constatación de que sean igualmente antijurídicos, no solo en sentido formal, sino también en el material, lo que implica un análisis más profundo de los hechos imputados.

En este caso se examinaron los hechos base de la petición de extradición, atendiendo al contexto, pero también aquellos otros hechos que, sin ser aportados por las autoridades suizas, tuvieron acceso al procedimiento. Así, la Sala reconoce no haberse ceñido al planteamiento de la Fiscalía suiza, que califica como «*fragmentario y descontextualizado, en suma, desconectado de la verdadera complejidad real de los hechos*».

(ii) Sentado lo anterior, alcanza la primera premisa, y es que existe suficiente constancia de que un número significativo de operaciones llevadas a cabo por HSBC Bank «*contravienen normas internacionales e internas de los Estados en relación con la prevención, como de aportación de información en relación no solo con situaciones de defraudación tributaria, fueran delito o no, sino que también de blanqueo de dinero, e incluso la financiación del terrorismo*».

Para alcanzar esta conclusión, se basa en (i) los hechos dimanantes de distintos procedimientos, administrativos y penales, seguidos en España y en Estados Unidos en relación con las actividades de la matriz HSBC Holdings y sus filiales, así como (ii) en el resultado de las investigaciones criminales llevadas a cabo en Francia a partir de la información aportada por el Sr. Falciani —respecto de clientes del banco que podrían haber cometido delitos «*serviéndose de la opacidad que ofrece el sistema de secreto bancario vigente en Suiza*»— y (iii) en su utilidad también para la Hacienda española.

(iii) A criterio del Tribunal, estas circunstancias son «*sumamente relevantes a la hora de analizar tanto la tipicidad, como la antijuricidad de la conducta atribuida al señor Falciani, al menos desde la perspectiva del derecho interno español, y en el otorgamiento de la condición de secreto irrevelable o secreto penalmente protegido a ultranza, a cierta información relativa a operaciones económicas sospechosas de estar relacionadas con actividades ilícitas o delictivas o incluso ser ellas mismas abiertamente delictivas*». He aquí el núcleo esencial de la fundamentación del auto.

(iv) Al realizar el análisis jurídico de la doble incriminación, la Sala razona (i) que en nuestro derecho no existe una protección penal específica del secreto bancario como tal y (ii) que el

delito de espionaje financiero está configurado en el Código Penal suizo de forma tal que contiene una protección de los exclusivos intereses del Estado suizo, dotándolo del carácter de «delito político», lo que lo convierte en inidóneo para servir de base para una petición de extradición.

De esta manera, el Tribunal entiende que los únicos delitos imputados al Sr. Falciani por los que podría darse la doble incriminación en España serían los de revelación de secretos (artículo 199 del CP) y el relativo a la protección del mercado y de los consumidores (artículo 279 del CP).

(v) En relación con estos dos tipos delictivos, la Sala comienza fijando que el bien jurídico protegido a través del artículo 199 del CP es el derecho a la intimidad. No se castiga, afirma el auto, el acceso a los datos de los que el sujeto tendría conocimiento por su actividad, sino el tratamiento o la difusión de esos datos secretos en cuanto que quiebra el derecho a la intimidad. En este caso concreto estaríamos refiriéndonos a la intimidad de los clientes del banco, personas físicas, y tendría la condición de secreto aquella información que afectase a su intimidad personal (datos personales y profesionales básicos de los titulares de las cuentas, el importe de sus depósitos y datos relativos a operaciones financieras, etc.).

Sin embargo, el Tribunal entiende, a continuación, que la información revelada por el empleado de banca se refiere a actividades sospechosas de ilegalidad, incluso constitutivas de infracciones penales, por lo que sería una información *«de ninguna manera susceptible de legítima protección, como secreto, a través de la protección que establece el indicado precepto penal»*, afectando directamente a la tipicidad de la conducta. Y a mayor abundamiento, la Sala sostiene que existen normas en nuestro Derecho (esencialmente, cita la LOPD) que justifican y legitiman el tratamiento o cesión a terceros de datos de carácter personal, sin consentimiento de su titular, en determinadas específicas situaciones, lo que justificaría penalmente la conducta atribuida al empleado de banca.

(vi) El Tribunal extiende el razonamiento anterior al delito contra los consumidores (artículo 279 del CP), cuya única diferencia respecto del previsto en el artículo 199 radica en que el bien protegido es el secreto comercial y de empresa del banco. Nuevamente concluye que la información sobre actividades ilícitas no puede ser secreto penalmente protegible.

(vii) En este escenario, el auto estima que el empleado de banca, con su colaboración, ha hecho llegar de forma eficaz dicha información a autoridades administrativas y judiciales de varios Estados, entre ellos España, lo que ha producido como efecto directo e inmediato que *«se hayan desvelado y se sigan desvelando muchas situaciones delictivas encubiertas, amparadas o permitidas por la propia entidad financiera y que han permanecido ocultas hasta el momento»*.

(viii) A modo de conclusión, se afirma que en nuestro Derecho, el secreto no es un bien que merezca, por sí mismo, ser protegido, sino que se trata de un elemento instrumental para proteger lo que son auténticos bienes jurídicos merecedores de protección, tales como la intimidad, la libre competencia, el secreto de empresa o la seguridad del Estado. Por ello resulta un elemento imprescindible la licitud de aquella información que se encuentra amparada bajo el secreto, bien sea bajo la protección de la intimidad, o bajo la protección del secreto de empresa. En todo caso, existen intereses superiores que relevan de este secreto y justifican la cesión de la información en favor de determinados sujetos públicos, además de interesados, legitimados para conocer la información, tales como son las autoridades administrativas competentes en materia de defraudación tributaria, y específicamente el Ministerio Fiscal y los Tribunales, en la investigación y persecución de ilícitos penales.

Por todo ello, el Tribunal determina la no concurrencia de doble incriminación normativa en lo que se refiere específicamente al tratamiento o cesión de los datos obtenidos por el empleado de banca de la entidad HSBC Private Bank Suisse, *«sin que este juicio sobre la doble incriminación pueda generalizarse a otras conductas o situaciones de cesión de datos bancarios, que requerirán de un específico y particularizado análisis según las circunstancias del caso de que se trate»*, acordando, en consecuencia, la denegación de la extradición interesada por las autoridades suizas.

Condiciones de reapertura de la causa archivada provisionalmente

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 30.ª, de 19 de junio de 2013

La Sala analiza si es viable la reapertura de las actuaciones cuando ya existe un auto firme previo que haya declarado el sobreseimiento provisional y el archivo de la causa.

Como paso previo, el Tribunal se detiene en describir los principios de cumplimiento de las sentencias firmes y de *non bis in idem*, así como su reflejo procesal en la institución de cosa juzgada material, todo ello con abundante citas jurisprudenciales tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, el auto analizado distingue entre aquellas resoluciones que gozan de eficacia preclusiva y aquellas que no la producen, entre las que se encuentran el auto de sobreseimiento provisional y el llamado auto de archivo, para concluir la Sala que los autos dictados al amparo del artículo 641.1.º de la LECRim, acordando el sobreseimiento provisional por no aparecer debidamente justificado en lo actuado la perpetración de delito, no impiden su reapertura posterior, careciendo, pues, de eficacia preclusiva.

No obstante, la Sala da un paso más para determinar que la reapertura del procedimiento una vez firme el auto de sobreseimiento provisional depende de que se aporten nuevos elementos de prueba no obrantes en la causa. Dicho de otro modo, el Tribunal considera que el auto firme de sobreseimiento provisional cierra el procedimiento, aunque puede ser dejado sin efecto si se cumplen ciertas condiciones, y ello con la finalidad de garantizar al imputado el derecho procesal a que el procedimiento solo sea reabierto cuando se presenten nuevos elementos de comprobación.

Por tal razón entiende la Sala que no se puede reabrir el procedimiento sin nuevos elementos de prueba, pues esa duplicación de oportunidades a favor de la acusación resulta incompatible con la interdicción de someter al inculpado a un doble juicio penal y vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva y de defensa.

[Portugal]

Uniformização de Jurisprudência - Crime de Abuso de Confiança contra a Segurança Social - Pedido de Indemnização Civil por Falta de Entrega de Contribuições

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 1/2013, de 21 de janeiro de 2013

O presente recurso foi interposto com fundamento na oposição entre um acórdão proferido pelo TRL, em 14 de dezembro de 2011, e um acórdão proferido pelo TRE, em 25 de março de 2010.

A questão em litígio consiste em saber se, em processo por crime de abuso de confiança contra a Segurança Social, esta entidade pode deduzir um pedido de indemnização civil que inclua o valor das contribuições retidas e não entregues pela entidade empregadora à Segurança Social.

Contra tal possibilidade, alega-se que o pedido de indemnização civil só pode ter por objeto a reparação de danos de natureza civil, o que não se verifica quando o dano a indemnizar emerge de uma relação jurídica de natureza administrativa-tributária como é a obrigação de pagamento de contribuições à Segurança Social, para a qual, aliás, é exclusivamente competente a jurisdição administrativa e fiscal.

O STJ não adere a esta argumentação, considerando irrelevante a natureza da relação jurídica subjacente desde que a conduta causadora do dano constitua crime. Ora, a omissão de pagamento das contribuições devidas à Segurança Social constitui crime e dele emerge um dano correspondente ao valor das contribuições de que a Segurança Social se viu privada. Deste modo, esse dano é suscetível de constituir objeto de pedido de indemnização civil validamente deduzido no âmbito do processo penal.

Verdadeiramente, o pedido de indemnização civil não se destina a liquidar uma obrigação tributária e o seu objeto não é a dívida contributiva, mas antes o prejuízo emergente de uma conduta que constitui crime, matéria esta que deve ser conhecida no âmbito do processo penal em virtude do princípio da adesão. Ademais, os crimes tributários são julgados pelos tribunais comuns e não pelos tribunais administrativos e fiscais.

Por conseguinte, o pleno das secções criminais do STJ uniformizou jurisprudência no sentido de que «em processo penal decorrente de crime de abuso de confiança contra a Segurança Social,

p. e p. no artigo 107.º, n.º 1, do R.G.I.T., é admissível, de harmonia com o artigo 71.º do C.P.P., a dedução de pedido de indemnização civil tendo por objeto o montante das contribuições legalmente devidas por trabalhadores e membros dos órgãos sociais das entidades empregadoras, que por estas tenha sido deduzido do valor das remunerações e não tenha sido entregue, total ou parcialmente, às instituições de segurança social».

Interposição de Recurso - Extemporaneidade

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 3/2013, de 13 de fevereiro de 2013

O TC julgou inconstitucional o artigo 107.º, n.º 6 do Código de Processo Civil (conjugado com as normas do artigo 411.º, n.os 1, 2, 3 e 4 do mesmo Código) quando interpretado no sentido de que deve ser julgado extemporâneo o recurso interposto dentro do prazo fixado ao abrigo daquele normativo por despacho (que não foi recorrido) de 1.ª instância, quando o tribunal de recurso considere que o tribunal de 1.ª instância aplicou erroneamente tal norma legal e entenda que, mesmo com a prorrogação, o prazo máximo do recurso seria de 30 dias.

Essencialmente, o TC entendeu que tal interpretação de extemporaneidade seria violadora dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da tutela da confiança, do princípio do Estado de Direito e ainda das garantias de defesa em processo penal, nomeadamente do direito de recurso de decisões judiciais condenatórias.

Interposição de Recurso - Extemporaneidade

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 80/2013, de 12 de março de 2013

O TC julgou inconstitucional a norma extraída do artigo 411.º, n.º 1 do Código de Processo Penal, conjugado com o n.º 4 do mesmo preceito, quando interpretada no sentido de que é extemporâneo o recurso interposto para além do vigésimo dia depois da leitura de sentença (e até ao trigésimo dia) quando venha a ser rejeitado o recurso sobre a matéria de facto.

A questão em apreço resulta do facto de a lei penal estabelecer um prazo adicional para o recurso sempre que o mesmo incida sobre matéria de facto (passando de 20 para 30 dias). De acordo com a opinião sufragada pelo TC, nestas situações, se o Arguido recorrer da matéria de facto, beneficia do prazo de 30 dias, ainda que o tribunal de segunda instância venha a entender inadmissível o recurso da matéria de facto.

Ou seja, o TC conclui que, se o tribunal de segunda instância considerar que não deve ser admitido o recurso sobre a matéria de facto, não pode julgar extemporâneo todo o recurso, devendo apreciar as questões de direito, sob pena de violação dos princípios constitucionais de segurança jurídica e da tutela da confiança decorrentes do princípio do Estado de Direito Democrático (artigo 2.º da CRP) bem como do princípio do processo equitativo (artigo 20.º, n.º 4, da CRP) e das garantias de defesa do arguido consagradas no artigo 32.º, n.º 1, da CRP.

Crime de Ameaça - Fixação de Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 7/2013, de 20 de março de 2013

O presente recurso de uniformização de jurisprudência foi interposto da sentença do TRP de 29 de fevereiro de 2012 que decidiu que a ameaça de prática de qualquer um dos crimes previstos no n.º 1 do artigo 153.º do Código Penal (crime contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou bens patrimoniais de considerável valor), quando punível com pena de prisão superior a três anos (no caso crime contra a vida), integra o crime de ameaça agravado da alínea a) do n.º 1 do artigo 155.º.

Em sentido oposto, o mesmo tribunal havia decidido, em 25 de março de 2010, que o crime agravado de ameaça da alínea a) do n.º 1 do artigo 155.º contempla apenas os casos em que a ameaça de qualquer um dos crimes previstos no n.º 1 do artigo 153.º é feita através da concretização dos meios a empregar, constituindo estes crime punível com pena de prisão superior a três anos, isto é, quando se anunciam os meios a empregar na prática do crime objeto da ameaça, constituindo aqueles meios crime punível com pena de prisão superior a três anos.

Na sua apreciação o STJ concluiu que a agravação tem lugar logo que exista ameaça (uma vez verificados os demais elementos constitutivos) da prática de um dos crimes previstos no n.º 1 do artigo 153.º, punível com pena de prisão superior a 3 anos, ou seja, quando o crime objeto da

ameaça (sendo um dos crimes previstos no n.º 1 do artigo 153.º) é um crime punível com pena de prisão superior a 3 anos.

Substituição da pena aplicada - Fixação de Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2013, de 19 de abril de 2013

O STJ decidiu, relativamente à substituição de pena por pena de multa, fixar a seguinte jurisprudência: a pena de multa que resulte, nos termos dos atuais artigos 43.º, n.º 1 e 47.º do Código Penal, da substituição da pena de prisão aplicada em medida não superior a um ano, deve ser fixada de acordo com os critérios estabelecidos no n.º 1 do artigo 71.º e não, necessariamente, por tempo igual ou proporcional ao estabelecido para a prisão substituída.

PROPIEDAD INTELECTUAL, INDUSTRIAL Y COMPETENCIA DESLEAL*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

La Unión Europea firma el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales

Decisión del Consejo de 10 de junio de 2013 relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (DOUE de 12 de junio de 2013)

Por medio de esta Decisión, el Consejo aprueba la firma, en nombre de la Unión Europea, del Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales adoptado por la OMPI el 24 de junio de 2012, a reserva de la celebración de dicho Tratado.

El Tratado en cuestión establece un conjunto de nuevas normas internacionales en el ámbito de los derechos afines a los derechos de autor, destinadas a garantizar la adecuada protección y remuneración de los artistas intérpretes o ejecutantes audiovisuales.

[España]

Se acuerda la firma ad referendum por España del Convenio del Consejo de Europa sobre derechos de autor en el marco de la radiodifusión transfronteriza por satélite

Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de mayo por el que se aprueba la firma «ad referendum» del Convenio Europeo relativo a las cuestiones de derechos de autor y derechos conexos en el marco de la radiodifusión transfronteriza por satélite, aprobado por el consejo de Europa el 11 de mayo de 1994

En la reunión del 3 de mayo de 2013, el Consejo de Ministros aprobó la firma ad referendum del Convenio Europeo relativo a las cuestiones de derechos de autor y derechos afines en el marco de la radiodifusión transfronteriza por satélite y dispuso su remisión a las Cortes Generales.

El Convenio distingue formalmente entre tres tipos de transmisión por satélite: (i) la transmisión por un satélite de radiodifusión directa, que es un acto de radiodifusión, (ii) la transmisión por satélite de servicio fijo en condiciones que, en lo que se refiere a la recepción directa individualizada por el público en general, sean comparables a la realizada por un satélite de radiodifusión directa y que es tratada como acto de radiodifusión, y (iii) la transmisión de señales portadoras

* Esta sección ha sido coordinada por Agustín González, y en su elaboración han colaborado 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).

de programas en forma codificada, que es considerada como un acto de radiodifusión siempre que el dispositivo de decodificación de la emisión sea puesto a disposición del público en general por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento. Asimismo, el acto de radiodifusión incluye tanto el enlace ascendente hacia el satélite como el descendente desde él.

Se establece que la ley aplicable a la comunicación al público de obras y demás prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual es la ley del Estado de origen de la transmisión por satélite. Adicionalmente, se fija el marco jurídico aplicable y las responsabilidades del organismo de radiodifusión sobre los contenidos emitidos, así como lo referente a derechos de autor y derechos afines.

Se establecen también las condiciones para la extensión de acuerdos colectivos respecto a una categoría de obras a los derechohabientes de la misma categoría que no estén representados en el acuerdo, y trata de armonizar el nivel de protección de derechos de autor para evitar disparidades en los distintos países.

Finalmente, limita el ámbito solo a las transmisiones vía satélite, quedando excluidas las transmisiones por vía terrestre.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Un sistema de compensación por copia privada que establece un canon indiscriminado puede ser conforme con el Derecho de la Unión si establece un sistema de devolución eficaz

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, de 11 de julio de 2013

El TJUE resuelve en esta sentencia varias cuestiones prejudiciales relacionadas con el concepto de compensación equitativa por copia privada, planteadas por un tribunal austriaco en el marco de un litigio entre varias sociedades del grupo Amazon y una sociedad de gestión colectiva austriaca de derechos de autor. Esta sociedad gestiona los derechos de los autores y de los titulares de derechos afines a los derechos de autor al pago de la compensación prevista en la ley de derechos de autor austriaca por la venta de soportes de grabación.

La primera cuestión prejudicial plantea si es conforme con el Derecho de la Unión un sistema de compensación equitativa por copia privada que aplica sin distinciones un canon por copia privada por la primera puesta en circulación en el territorio con fines comerciales de soportes de grabación, estableciendo al mismo tiempo un derecho a la devolución de los cánones pagados en caso de que no se utilicen finalmente para la realización de copias privadas. A esta cuestión contesta el TJUE que tal sistema es aceptable siempre que existan dificultades prácticas que justifiquen dicho sistema de financiación de la compensación y el derecho a la devolución sea efectivo y no dificulte excesivamente la devolución del canon pagado, cuestiones que deberá valorar el juez nacional.

Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si es conforme con el Derecho de la Unión un sistema de compensación que parte de una presunción *iuris tantum* del uso privado de los soportes de grabación que pueden utilizarse para la reproducción en caso de que estos se vendan a personas físicas. Con cita de la sentencia dictada en el caso Padawan, el TJUE declara que tal presunción está justificada siempre que haya dificultades prácticas vinculadas a la determinación de la finalidad privada del uso de los mencionados soportes y siempre que la presunción prevista no suponga la imposición del canon por copia privada en casos en que el uso final de esos soportes quede manifiestamente fuera del supuesto contemplado en la citada disposición.

En la tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide que se dilucide si puede excluirse el canon por copia privada debido a que la mitad de los ingresos obtenidos en concepto de esa compensación o de ese canon no se abone directamente a los titulares de dicha compensación, sino a instituciones sociales y culturales creadas a favor de los mencionados titulares. A este respecto, el Tribunal declara que nada impide que los Estados miembros establezcan que parte de la compensación se perciba en forma de compensación indirecta. No obstante, el juez

nacional deberá comprobar que las instituciones sociales y culturales beneficien efectivamente a los citados titulares y que el modo de funcionamiento de dichas instituciones no sea discriminatorio.

Finalmente, la cuarta cuestión prejudicial plantea si puede excluirse el canon por copia privada por el hecho de que ya se haya pagado un canon análogo en otro Estado miembro, a lo que el TJUE responde negativamente. Argumenta el Tribunal que, en principio, el perjuicio se produce en el territorio del Estado miembro en el que residen los usuarios finales, y los Estados miembros están obligados a garantizar la percepción efectiva de la compensación equitativa como indemnización por el perjuicio sufrido por los titulares en el territorio de dicho Estado.

No es necesario que exista un público nuevo para que haya comunicación al público cuando la retransmisión se realiza por un medio técnico distinto

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 7 de marzo de 2013 (as. C-607-2011)

El Tribunal resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por un tribunal del Reino Unido en el marco de un litigio entre unas emisoras comerciales de televisión y una compañía que ofrece en internet servicios de difusión de las emisiones de televisión de las primeras, casi en tiempo real. Los servicios de esta última compañía se ofrecen únicamente a quienes posean una licencia de televisión válida y mientras se encuentren en el territorio del Reino Unido, de modo que solo acceden a los contenidos quienes ya tienen derecho a verlos a través de sus televisores.

Las cuestiones prejudiciales plantean, en esencia, si la actividad de la compañía que opera en internet supone llevar a cabo actos de «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1 de la Directiva 2001/29.

El TJUE responde afirmativamente, pues entiende que tanto la Directiva 2001/29 como la Directiva 93/83 exigen que cada transmisión o retransmisión por un medio técnico distinto deba ser autorizada de manera individualizada. Esta circunstancia —es decir, el diferente medio técnico empleado— hace que en el caso enjuiciado no sea necesario que el público al que se dirige la retransmisión sea nuevo para que se entienda que hay comunicación al público.

Asimismo, el Tribunal aclara que no influye en la respuesta el hecho de que la retransmisión se financie con la publicidad y tenga así carácter lucrativo ni que sea realizada por un organismo que se encuentra en competencia directa con el emisor original.

El Tribunal General confirma la prohibición de incluir cláusulas de afiliación y de exclusividad en los contratos de representación recíproca y declara no probada la existencia de una práctica concertada entre las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor

Sentencia del Tribunal General, Sala Sexta, de 12 de abril de 2013 (as.T-442/08 y otros)

La Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores («CISAC») redactó en 1936 un contrato-tipo para los acuerdos de representación recíproca entre sus miembros. Este contrato servía de modelo no vinculante para los acuerdos celebrados entre las entidades de gestión con el fin de conceder licencias que otorgasen los derechos de comunicación pública de obras musicales. Cada entidad de gestión se compromete, sobre la base de la reciprocidad, a ceder los derechos sobre su repertorio a todas las demás entidades de gestión colectiva para su explotación en sus respectivos territorios.

En el año 2000, un grupo de radio y televisión presentó ante la Comisión de las Comunidades Europeas una denuncia contra una sociedad miembro de la CISAC para quejarse de la negativa de esta a concederle una licencia a escala de la Unión Europea para sus actividades de radiodifusión musical. En 2003, otra sociedad que presta servicios de radiodifusión y de televisión en internet presentó una segunda denuncia dirigida contra la CISAC también relativa al contrato-tipo.

La Comisión, mediante Decisión de 16 de julio de 2008, prohibió a 24 entidades de gestión limitar la competencia, concretamente mediante la restricción de su capacidad de ofrecer sus servicios a los usuarios comerciales fuera de su territorio nacional. La Decisión se refería exclusivamente a los modos de explotación de los derechos de autor en Internet, vía satélite y a la retransmisión por cable, y no cuestionaba la existencia de los acuerdos de representación recíproca en sí misma. No obstante, prohibía: (i) las cláusulas de afiliación copiadas del

contrato tipo, que limitaban la facultad de los autores de afiliarse libremente a las entidades de gestión de su elección; (ii) las cláusulas de exclusividad copiadas del contrato-tipo, que garantizaban a cualquier entidad de gestión, en el territorio en el que se hallase establecida, una protección territorial total frente a otras entidades respecto de la concesión de licencias; y (iiii) una práctica concertada, cuya existencia se detectó entre las sociedades de gestión y mediante la cual cada sociedad limitaba, en los acuerdos de representación recíproca, el derecho a conceder licencias sobre su repertorio en el territorio de la otra entidad de gestión contratante.

Si bien la Comisión no impuso multas a las entidades, sí exigió que se eliminaran las cláusulas citadas y que se pusiera fin a la práctica concertada. La mayoría de las entidades afectadas y la CISAC recurrieron la Decisión ante el Tribunal General de la Unión Europea.

Finalmente, el Tribunal General desestimó los recursos y, por lo tanto, confirmó la Decisión, en la parte en la que estos solicitaban la anulación de la Decisión respecto de las cláusulas de afiliación y de exclusividad.

En cambio, el Tribunal General anuló la Decisión por lo que se refiere a la declaración de la existencia de la práctica concertada respecto de la CISAC y de 20 de las entidades afectadas. Así, consideró que la Comisión no aportó pruebas suficientes al efecto. Por una parte, la Comisión no disponía de documentos que demostraran la existencia de una práctica concertada entre las entidades de gestión sobre el alcance territorial de los mandatos que se conferían y, por otra parte, no consiguió privar de plausibilidad a la tesis de las demandantes, según las cuales la conducta paralela de las entidades no respondía a una práctica concertada, sino a la necesidad de luchar eficazmente contra los usos no autorizados de las obras musicales.

[España]

El Tribunal Supremo confirma las competencias de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual y anula el último inciso del artículo 20.2 del Real Decreto 1889/2011, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de la Propiedad Intelectual

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, de 31 de mayo de 2013

El TS ha resuelto sendos recursos contencioso-administrativos interpuestos por la Red de Empresas de Internet y la Asociación de Internautas frente al Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual (la «CPI»). Las recurrentes solicitaban la nulidad de determinados artículos relativos al procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.

En estas sentencias de la misma fecha, el TS analiza cuestiones generales relativas a la legalidad y constitucionalidad de la caracterización de la Sección Segunda de la CPI (la «Sección Segunda») como órgano encargado de la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en la red.

Así, entre otras cosas, sostenía una de las recurrentes que el Real Decreto vulnera la tutela judicial efectiva, pues la retirada de contenidos debe corresponder a los órganos jurisdiccionales. El TS rechaza este motivo al considerar que la LPI expresamente señala que el procedimiento ante la Sección Segunda se entiende sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, sean procedentes. De manera que quedan a salvo y no sustituye las correspondientes vías jurisdiccionales que no se ven suprimidas ni restringidas. Añade el Tribunal que, si bien es cierto que la CPI puede acordar la interrupción del servicio de la sociedad de la información o la retirada de contenidos, la ejecución de tales medidas precisa autorización judicial.

Sin embargo, el TS sí ha declarado la nulidad de un inciso específico del artículo 20.2 del Real Decreto que señala «y dándose, a dicha interrupción del servicio o retirada voluntaria, valor de reconocimiento implícito de la referida vulneración». Considera el Tribunal que el Real Decreto se excede de la encomienda legalmente recibida por el apartado sexto del artículo 158.4 de la LPI. Así, se afirma que, partiendo de la necesidad de que exista una conculcación de la legalidad para poder proceder a su restablecimiento, las medidas para restablecer dicha legalidad tienen sentido si mediante ellas se puede alcanzar el fin para el que están concebidas, es decir, reponer el estado de cosas a su situación legal. Pero cuando la legalidad ya se ha restablecido, ya sea

por la retirada voluntaria del contenido o por la interrupción del servicio, carece de sentido y de objeto hacer reconocimiento alguno de ilegalidad ni establecer presunciones al respecto. Además, el cumplimiento del requerimiento puede obedecer a muy distintas razones que resultan incompatibles con el reconocimiento de la vulneración.

Los superávits en inversión en obras audiovisuales en lengua oficial pueden generar superávits complementarios que se vayan imputando sucesivamente a los ejercicios venideros

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de marzo de 2013

El TS ha inadmitido, por motivos formales, el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado frente a la sentencia de la Audiencia Nacional que anuló una Resolución del Director General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información que determinó que Antena 3 había incumplido la obligación de inversión en obras realizadas en una lengua oficial de España en el año 2006.

De este modo, queda firme la sentencia de la Audiencia Nacional, que consideraba que el artículo 8.2 del Real Decreto 1652/2004 de 9 de julio —relativo a la aplicación al ejercicio inmediatamente anterior o posterior del superávit en la inversión obtenido en un ejercicio— debe interpretarse en el sentido de que los superávits generados e invertidos en el ejercicio inmediatamente posterior pueden, a su vez, generar un superávit complementario que se vaya imputando sucesivamente a los venideros. Así, la sentencia de la Audiencia Nacional reconocía a Antena 3 el derecho a que se le computase en el ejercicio 2005 el superávit que obtuvo y se le reconoció en financiación en obra en lengua original española en el ejercicio 2004 y, consecuentemente, a que se ampliase, en la misma cuantía, el superávit del ejercicio 2005, al objeto de poder aplicarlo en el ejercicio 2006 siempre y cuando no superase el 20% de la obligación de financiación que correspondiese por este concepto en ese ejercicio 2006.

Pérdida sobrevenida de objeto de los recursos contra la sentencia que anuló la Orden Ministerial PRE/1743/2008

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de marzo de 2012

El TS ha declarado la pérdida sobrevenida del objeto de los recursos interpuestos frente a la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2011 que declaró la nulidad de pleno derecho de la Orden Ministerial de 18 de junio de 2008 por la que se establece la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción.

Con base en una doctrina jurisprudencial reiterada, el Tribunal no se pronuncia sobre los recursos interpuestos argumentando que la controversia carece de cualquier interés o utilidad real al haber sido suprimida la compensación equitativa por copia privada que la Orden Ministerial desarrolló por virtud de la disposición adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre.

Confirmada la multa de 300.000 euros impuesta a AGEDI por abuso de su posición de dominio frente a operadoras de televisión privadas

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 19 de marzo de 2013

El TS desestima el recurso de casación presentado por AGEDI, confirmando así la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que impuso en el año 2006 una sanción de 300.000 euros a AGEDI como autora de un abuso de posición de dominio, por haber explotado de modo abusivo, de 1990 a 2002, su posición dominante en la gestión de derechos de propiedad intelectual dentro del ámbito musical, aplicando tarifas discriminatorias y excesivas a determinados operadores de televisión privados respecto de las aplicadas a TVE, ocultando a aquellos las condiciones aplicables a este último.

Asimismo, el TS recuerda que resulta exigible a AGEDI que, como contrapartida a su privilegiada situación de gestor único de un recurso necesario para la difusión audiovisual (los fonogramas), ofrezca a los usuarios de los derechos un marco de relaciones contractuales en el que prevalezcan la objetividad, el trato no discriminatorio y la transparencia, con el fin de no degenerar en una explotación abusiva.

La mera referencia a la existencia de una resolución judicial, sin aportar copia, no implica que el intermediario de la sociedad de la información tenga conocimiento efectivo de la ilicitud de lo enlazado

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 2013

Un particular interpuso una demanda por la intromisión ilegítima en su derecho al honor contra un buscador que opera en internet y contra su director ejecutivo por la contribución de estos en la difusión en la web de artículos en los que se implicaba al demandante en la denominada *Operación Malaya* al permitir enlaces a dichas noticias.

La sentencia de primera instancia desestimó las pretensiones del demandante en aplicación del artículo 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, por falta de conocimiento efectivo de la ilicitud de las noticias enlazadas por el buscador, al no existir una resolución de órgano competente que declarara la ilicitud de la información. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia al considerar que la actuación del buscador no había sido negligente.

El demandante interpuso recurso de casación que fue desestimado por el TS. El Tribunal confirmó la exoneración de responsabilidad del buscador al considerar que no había tenido conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido enlazado, pues de la información publicada no se deducía de forma notoria su ilicitud conforme a la jurisprudencia del Tribunal y porque, pese a que el demandante había tenido diversos contactos con el demandado, no había remitido ninguna resolución judicial que declarara dicha ilicitud, sin que las meras afirmaciones realizadas por el ofendido pudiesen considerarse suficientes para provocar la retirada de los enlaces.

El Tribunal Supremo confirma la condena a La Sexta por utilizar imágenes y contenidos de Telecinco

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de enero de 2013

El TS ha confirmado la condena a La Sexta por utilizar en su programa «Sé lo que hicisteis» imágenes y contenidos emitidos por Telecinco de los que esta era titular.

La Sexta recurrió en casación la condena argumentando que su actuación estaba amparada por el límite de cita (art. 32.1 del TRLPI). Sin embargo, el TS niega que la actividad de La Sexta estuviera amparada por el límite mencionado, porque no puede considerarse que la recopilación realizada en el programa entrara dentro de los márgenes de los conceptos de «reseña» ni de «revista de prensa».

En primer lugar, considera el alto Tribunal que la recopilación efectuada por La Sexta no se exteriorizó en forma de reseña, dado que esta, aunque pueda tener por objeto obras audiovisuales, se caracteriza por consistir en una síntesis o resumen y no comprende las reproducciones de imágenes y sonidos de una grabación audiovisual ajena que alcance la extensión que se había alcanzado en el programa.

En segundo lugar, el Tribunal excluye que se tratara de una recopilación en forma de revista de prensa, ya que la finalidad de informar se había visto superada con creces en este caso, en el que se buscaba más el entretenimiento o la diversión del espectador.

Finalmente, destaca el TS que no cabe hablar tampoco de una recopilación de artículos periódicos, dado que tal género es propio de la prensa escrita.

SALUD Y ALIMENTACIÓN*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Distribución de medicamentos

Directrices, de 7 de marzo de 2013, sobre prácticas correctas de distribución de medicamentos para uso humano (DOUE C 68/2013, de 8 de julio de 2013)

Estas directrices se basan en el artículo 84 y en el artículo 85 *ter*, apartado 3, de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano (la «Directiva Código»). En particular, el artículo 80 de la Directiva Código prevé la obligación de los titulares de la autorización de distribución de respetar los principios y directrices de las prácticas correctas de distribución establecidas en el artículo 84. Este precepto, a su vez, faculta a la Comisión Europea para publicar directrices sobre prácticas correctas de distribución, previa consulta al Comité de Medicamentos de Uso Humano y al Comité Farmacéutico establecido por la Decisión 75/320/CEE (1) del Consejo.

Las directrices se dirigen a establecer herramientas adecuadas para ayudar a los distribuidores mayoristas a realizar sus actividades y para evitar la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal. Se prevé expresamente su aplicación tanto a los titulares de autorizaciones de distribución (incluyendo los establecidos en zonas aduaneras, como zonas francas o depósitos francos, y los exportadores) como a los fabricantes que distribuyan cualquiera de sus propios productos. Se introducen también disposiciones específicas aplicables a los intermediarios o *brokers* de medicamentos.

Entre otros, las directrices detallan las obligaciones de los operadores en relación con (i) la gestión de la calidad, incluyendo la gestión y supervisión de las actividades externalizadas; (ii) la designación del personal; (iii) instalaciones y equipos; (iv) documentación; (v) operaciones; (vi) reclamaciones, devoluciones, sospechas de medicamentos falsificados y recuperaciones; (vii) actividades externalizadas; (viii) autoinspecciones; (ix) transporte; y (x) especificidades para los intermediarios.

[España]

Reglamentaciones técnico-sanitarias y normas de calidad de alimentos. Simplificación normativa

Real Decreto 176/2013, de 8 de marzo, por el que se derogan total o parcialmente determinadas reglamentaciones técnico-sanitarias y normas de calidad referidas a productos alimenticios (BOE de 29 de marzo de 2013)

en aras de la simplificación normativa, mediante este Real Decreto se derogan, total o parcialmente, múltiples regulaciones técnico sanitarias y normas de calidad referidas a diversas categorías de alimentos. En algunos casos, dichas disposiciones carecían de aplicación práctica desde la entrada en vigor de varias disposiciones normativas europeas. En otros casos, carecían de contenido efectivo, puesto que se limitaban a una remisión a la normativa de aplicación en cada caso. Finalmente, en otros casos preveían requisitos más rígidos que los introducidos después por la normativa europea, sin dejar flexibilidad a los operadores para la consecución de los objetivos de seguridad alimentaria establecidos en los reglamentos comunitarios. Por todo ello, se derogan parcialmente cincuenta y tres reglamentaciones, y totalmente siete reglamentaciones, referidas a otras tantas categorías de productos alimenticios y actividades de manipulación, almacenamiento, o transporte.

* Esta sección ha sido redactada por Beatriz Cocina, Susana Guerrero, Antonio Javier Montoro y Rocío Güell, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

Organismos modificados genéticamente.

Utilización confinada y liberación voluntaria

Real Decreto 191/2013, de 15 de marzo, por el que se modifican determinadas disposiciones del Real Decreto 178/2004, de 30 de enero por el que se aprueba el Reglamento general para el desarrollo y ejecución de la Ley 9/2003, de 25 de abril (BOE de 28 de marzo de 2013)

El objeto de este Real Decreto es la modificación del Real Decreto 178/2004, de 30 de enero, para adecuar la composición del Consejo Interministerial de Organismos Modificados Genéticamente y la Comisión Nacional de Bioseguridad, y sustituir las referencias a los anteriores órganos por los actualmente competentes en el ámbito de los organismos modificados genéticamente, ajustándolos a la actual estructura de los departamentos ministeriales.

Asimismo, se designa como Punto Focal Nacional y Autoridad Nacional Competente para el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad a la Dirección General de Producciones y Mercados Agrarios de la Secretaría General de Agricultura y Alimentación en coordinación con la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental y Medio Natural de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente, en sustitución de la Subdirección General de Apoyo y Coordinación de la Secretaría General de Medio Rural.

Se actualiza también la relación de órganos competentes para el ejercicio de la potestad sancionadora en esta materia.

Valencia. Medidas urgentes de gestión y eficiencia en prestación farmacéutica.

Selección, prescripción y dispensación de medicamentos y productos sanitarios

Decreto-ley 2/2013, de 1 de marzo, del Consell de Actuacions Urgents de Gestió y Eficiència en Prestació Farmacèutica y Ortoprotésica (DOCV de 5 de marzo de 2013)

De acuerdo con su exposición de motivos, este Decreto-ley tiene como finalidad aprobar, con carácter urgente, un conjunto de medidas que afectan a los procesos de selección, prescripción y dispensación de medicamentos y productos sanitarios, así como la modernización de todos los soportes tecnológicos de uso racional de productos farmacéuticos en la Agència Valenciana de Salut.

Este Decreto-ley se encuadra en el catálogo de medidas que las distintas administraciones, estatales y autonómicas, han venido adoptando en los últimos años con el objeto de racionalizar y contener el gasto sanitario por la vía de reducir el gasto farmacéutico.

Contiene un total de veinte artículos que se distribuyen a lo largo de cinco capítulos como sigue:

- (i) Prescripción e indicación de tratamientos farmacoterapéuticos en la Agència Valenciana de Salut

La principal medida introducida en el capítulo I se refiere a que en el ámbito de la Agència Valenciana de Salut la prescripción e indicación de tratamientos farmacoterapéuticos se realizará de acuerdo con los denominados «*algoritmos de decisión terapéutica corporativos de la Agència Valenciana de Salut*». Se entenderá por algoritmo de decisión terapéutica corporativo las decisiones sobre qué situación debe ocupar un medicamento o producto sanitario dentro de un esquema terapéutico de una indicación clínica o de un problema de salud específico.

Los algoritmos de decisión terapéutica corporativos incluirán las directrices clínicas y principios activos a utilizar derivados de un mejor balance en términos de coste/efectividad, calculando el valor del coste de los principios activos o asociaciones al precio de referencia vigente en cada momento. En cada algoritmo de decisión terapéutica corporativo se seleccionarán e incluirán los medicamentos y productos sanitarios que representen las opciones más coste-efectivas desde la perspectiva de la Agència Valenciana de Salut.

Cuando un médico de la Agència Valenciana de Salut tenga que prescribir un medicamento afectado por los algoritmos de decisión terapéutica, la aplicación interactiva (Abucasis-Gaia) de prescripción seleccionará de forma automática aquel medicamento con mejor balance coste-efectividad para la concreta patología, siempre que para ella se haya elaborado un algoritmo de decisión terapéutica corporativo.

Asimismo, los medicamentos no incluidos en los algoritmos de decisión terapéutica corporativos para una determinada patología se prescribirán como excepción terapéutica, justificando sus causas.

En este sentido, se prevé expresamente, en la disposición adicional primera, que el sistema de productividad del personal facultativo deberá hacer posible la incentivación por prescripción racional de medicamentos, que se destinará «*al personal facultativo que haya sido*

participe en la consecución de ese resultado», en virtud de reglas de distribución que se desarrollarán reglamentariamente, previéndose, además, que el complemento retributivo se nutrirá de la reversión de una parte del objetivo de gasto que se determine.

(ii) Accesibilidad en la administración y dispensación de productos farmacéuticos

El capítulo II incluye medidas encaminadas a obtener una mayor información sobre la utilización de productos farmacéuticos y sobre los procesos alternativos en la gestión de la aportación de los asegurados y beneficiarios del Sistema Nacional de Salud.

Entre otras medidas incluidas en este capítulo, se prevé que la Agència Valenciana de Salut implemente *«una estrategia informativa sobre la utilización de productos farmacéuticos a los asegurados y beneficiarios del Sistema Nacional de Salud a la vez que introducirá las medidas para asegurar, por una parte la verificación de la entrega real de los medicamentos de la oficina de farmacia en el sistema de receta electrónica y por otra parte, la agilidad en los procesos donde el ciudadano tenga que realizar una aportación en el marco de la prestación farmacéutica, dietoterapéutica u ortoprotésica».*

Por otro lado, como novedad, se implementará un sistema dirigido a que el ciudadano conozca en todo momento el coste de los productos dispensados que formen parte de su tratamiento.

Se prevé finalmente que la Agència Valenciana de Salut *«seleccionará y motivará los productos farmacéuticos donde se realizará una entrega directa a los asegurados y beneficiarios del Sistema Nacional de Salud tanto en los centros sanitarios, centros sociosanitarios o su extensión al domicilio, especialmente en aquellos supuestos fomentados por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud para los productos que por sus características sean susceptibles de mecanismos de compra conjunta y centralizada».*

(iii) Actuaciones en prestación ortoprotésica

En este capítulo III se aclara que en el ámbito de la Agència Valenciana de Salut la prescripción e indicación de tratamientos ortoprotésicos también se ajustará a los algoritmos de decisión terapéutica corporativos de la Agència Valenciana de Salut mencionados en el capítulo I.

(iv) Asistencia farmacéutica. Acuerdo marco

En el capítulo IV se desarrolla el derecho a la concertación, que podrá ser no solo colectiva, sino también individual, de los titulares de las oficinas de farmacia u otros establecimientos o servicios de atención farmacéutica, todo ello en el ámbito de un Acuerdo Marco a través del cual la Agència Valenciana de Salut y los titulares de oficinas de farmacia concreten las condiciones de prestación del servicio farmacéutico a los ciudadanos.

Se introduce también un mecanismo de apoyo a la viabilidad de las oficinas de farmacia con menor facturación, muchas de ellas en núcleos aislados o especialmente deprimidos, que garantice la continuidad del servicio asistencial que prestan, donde las oficinas de farmacia juegan un papel de primera magnitud en la salud de la población.

(v) Régimen sancionador y de revisión del proceso de facturación de recetas del Sistema Nacional de Salud en la Agència Valenciana de Salut

En el capítulo V se actualiza el régimen de las infracciones y sanciones, así como el procedimiento de calificación, seguimiento y control de las recetas médicas oficiales dispensadas con cargo a la Agència Valenciana de Salut.

El Decreto-ley fue convalidado por Resolución de Las Cortes Valencianas de 13 de marzo de 2013 (RE núm. 50.435, *DOCV* 6978).

Baleares. Red Hospitalaria Pública

Decreto-ley 3/2013, de 14 de junio, de creación de la Red Hospitalaria Pública de las Illes Balears y el procedimiento de vinculación de centros privados de atención especializada (BOIB de 15 de junio de 2013)

Este Decreto-ley se dirige a regular la vinculación de los centros sanitarios privados con la Red Hospitalaria Pública de las Illes Balears. Su objetivo fundamental es una ordenación de dichos

centros que permita la adecuada coordinación y complementariedad de los servicios, el acceso y disfrute por los ciudadanos de los servicios más adecuados para el diagnóstico y tratamiento de su proceso, la homogeneización de las prestaciones y la eficiente y eficaz distribución y utilización de los recursos.

En el Decreto-ley se ha previsto únicamente la vinculación a la Red Hospitalaria Pública de las Islas Baleares de los centros sanitarios sin ánimo de lucro, siempre y cuando existan necesidades asistenciales que justifiquen la vinculación y disponibilidad presupuestaria para ello.

La vinculación se articulará mediante la suscripción de un convenio singular de vinculación, que deberá regular, entre otros aspectos, el régimen de acceso de los usuarios con derecho a la asistencia sanitaria pública a los servicios y prestaciones del centro vinculado, el sistema o protocolo por medio del cual el Servicio de Salud de las Islas Baleares ejercerá el control y la dirección del sistema de admisiones de dicho centro, y la financiación o régimen económico del convenio, asegurando que la asistencia sanitaria sea prestada en régimen de gratuidad.

El Decreto-ley fue convalidado por Resolución del Parlamento de las Islas Baleares de 2 de julio de 2013 (BOIB n.º 95, de 6 de julio).

Andalucía. Prestación farmacéutica

Resolución de 20 de junio de 2013, 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 27 de junio de 2013)

En esta misma sección del número 31 de *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* se hizo referencia al 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 introdujo 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 identificase exclusivamente por su denominación genérica.

En este contexto, la Resolución de 20 de junio de 2013 convoca la tercera convocatoria del sistema de selección de medicamentos definido en el Decreto-ley 3/2011 para un total de 288 principios activos.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Procedimientos comunitarios para la autorización de medicamentos de uso humano. No necesidad de nueva autorización de comercialización para determinadas actividades de acondicionamiento de medicamentos autorizados

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de abril de 2013, Caso Novartis Pharma (C-535/11)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve mediante esta sentencia una cuestión prejudicial planteada por el Landgericht Hamburg (Alemania) en relación con la interpretación del artículo 3, apartado 1, del Reglamento 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos («Reglamento 726/2004»).

En particular, se dirime si la actividad desarrollada por Apozyt GmbH, consistente en elaborar, empleando el contenido de los medicamentos Lucentis y Avastin (autorizados conforme al procedimiento del Reglamento 726/2004), jeringuillas que contienen únicamente la dosis del medicamento necesaria para una única inyección, tal y como ha sido dispuesta en la receta del médico prescriptor, requiere la obtención de una nueva autorización de comercialización con arreglo al artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 726/2004.

Según alegaba Apozyt, la operación de trasvase llevada a cabo de este modo permite emplear el contenido de los viales de Lucentis y Avastin para realizar varias inyecciones, de modo que el coste final del tratamiento prescrito es sustancialmente inferior, al no deber abonarse el total contenido del vial tal como se comercializa. Por otra parte, el pedido se ajusta siempre a la prescripción realizada por el médico.

En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entiende que, siempre que el órgano judicial remitente constata efectivamente que las operaciones en cuestión no suponen una modificación del medicamento autorizado, y que solo se efectúan sobre la base de prescripciones individuales que dispongan estas operaciones, no se puede considerar que el producto obtenido a partir de esta actividad constituya un nuevo medicamento sujeto a autorización de comercialización *ad hoc*.

Sin embargo, precisa el Tribunal que, aunque la prestación llevada a cabo por Apozyt a las farmacias clientes no constituye, en sí misma, la comercialización de un nuevo medicamento, ello no significa que esta actividad sea lícita en todo caso, porque sigue estando regida por las disposiciones de la Directiva 2001/83, en particular las que exigen una autorización para la fabricación de medicamentos.

En este sentido con arreglo al artículo 40, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 2001/83, la actividad desarrollada por Apozyt, en la medida en que afecta al reacondicionamiento de medicamentos que disponen de una autorización de comercialización, estaría en principio sujeta a la posesión de una autorización de fabricación. Sin embargo, en virtud del párrafo segundo del artículo 40, apartado 2, de la Directiva, tal autorización no sería precisa para las divisiones y cambios de acondicionamiento, en la medida en que estas operaciones fueran realizadas, únicamente con vistas a su despacho al por menor, por farmacéuticos en un laboratorio o por otras personas legalmente autorizadas en los Estados miembros para efectuar dichas operaciones.

Por consiguiente, corresponde al órgano judicial nacional comprobar, en particular, si, por un lado, Apozyt está «legalmente autorizada» en Alemania para efectuar operaciones de fabricación, o si dicha autorización no es necesaria porque estas actividades son realizadas únicamente con vistas a su despacho al por menor de los medicamentos por parte de entidades legalmente autorizadas para ello.

Navarra. Concertación voluntaria *Sentencia del Tribunal Constitucional, de 6 de junio de 2013, cuestión de inconstitucionalidad n.º 4764-2007*

En el marco de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, se analiza la conformidad con la Constitución de varios preceptos de la Ley Foral de Navarra 12/2000, de 16 de noviembre, de atención farmacéutica.

Los preceptos analizados establecen que las farmacias podrán adherirse o no a los conciertos de financiación de medicamentos fomentados por el Gobierno autonómico. De reconocerse la voluntariedad de la adhesión a los conciertos, se estaría reconociendo también, tal y como razona el Tribunal Constitucional, que una farmacia (la no adherida) no estaría obligada a dispensar aquellos medicamentos que, a través de una receta médica oficial, han sido prescritos por un facultativo médico del Sistema Nacional de Salud. El Tribunal Constitucional razona que este régimen de adhesión voluntaria de las farmacias es contrario al artículo 88.1 de la antigua Ley 25/1990, del Medicamento, que preveía que (todas) las oficinas de farmacia vienen obligadas a dispensar los medicamentos que se les demanden tanto por los particulares como por el Sistema Nacional de Salud en las condiciones legal y reglamentariamente establecidas. Este «deber de dispensación» es básico en la configuración de nuestro Sistema Nacional de Salud, ya que garantiza el derecho de todos los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional (artículo 93.1 de la Ley del Medicamento) y, en última instancia, garantiza el derecho a la protección de la salud que, como principio rector, reconoce el artículo 43.1 CE.

El Tribunal Constitucional concluye que una regulación autonómica no puede alterar este deber de dispensación al permitir una adhesión voluntaria y no obligatoria al régimen de concierto. Todas las farmacias tienen que cumplir con el deber de dispensación, no solo aquellas adheridas a un determinado concierto de aplicación en una u otra comunidad autónoma.

Equivalencias terapéuticas en la contratación pública. La configuración de lotes debe realizarse por principio activo

Resolución n.º 124/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 27 de marzo de 2013

Mediante esta Resolución, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales («TACRC») resuelve dos recursos especiales en materia de contratación interpuestos contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas del acuerdo marco para la selección de suministradores de medicamentos para varias Comunidades Autónomas y organismos de la Administración del Estado (expediente 13/009 del INGESA).

Aunque la Resolución se encarga de analizar distintas alegaciones planteadas por varios recurrentes, su aspecto más relevante es el referido a la alegación planteada por uno de los laboratorios recurrentes que impugnaba los pliegos por considerar que no era adecuada la división de lotes realizada (fundamento de derecho séptimo).

Los lotes de medicamentos se configuraban según el nivel 5 de la clasificación ATC, que corresponde al principio activo del medicamento. En concreto, algunos de los lotes impugnados agrupaban las diferentes epoetinas por su principio activo, agrupándose en lotes distintos la epoetina alfa y la epoetina zeta. El recurrente consideraba que ambas epoetinas deberían estar incluidas en el mismo lote, bajo la descripción de «*epoetina alfa o equivalentes*», sosteniendo que los lotes deben configurarse en función de las aplicaciones terapéuticas o los efectos del producto.

El TACRC desestima las alegaciones de la recurrente, considerando que la única forma de configuración de los lotes que tiene fundamento legal suficiente es la agrupación por principio activo.

Como recuerda el Tribunal, el artículo 86.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público permite el fraccionamiento del objeto del contrato en lotes siempre y cuando se respete la unidad funcional, y en este sentido expone: «*Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto*».

Siguiendo el planteamiento anterior, el TACRC razona que las únicas agrupaciones de medicamentos previstas en la Ley (y, por tanto, unidades funcionales de medicamentos) son las indicadas en el artículo 93.2 de la Ley 29/2006 de 26 de julio, de Garantías y Uso racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios: los conjuntos para presentaciones de medicamentos que tengan el mismo principio activo e idéntica vía de administración; y la disposición adicional 14.2: las agrupaciones homogéneas de medicamentos con mismo principio activo que pueden ser objeto de intercambio.

De acuerdo con lo anterior, el TACRC concluye que «*la lógica de la regulación sanitaria impone como más correcta la interpretación del órgano de contratación, identificando para la elaboración de lotes el principio activo y no las aplicaciones terapéuticas o los efectos, como pretende el recurrente, que, además de estar abiertas a interpretación, no implican intercambiabilidad, pues suponen la existencia de distintos efectos secundarios, excipientes, etc., que pueden y deben ser tenidos en cuenta en el momento de la adquisición del medicamento*».

Por consiguiente, la especificación de cada lote de los medicamentos en los pliegos por la Denominación Oficial Española del principio activo (en este caso epoetina alfa en el lote nº 2 y epoetina zeta en el lote nº 6), resulta conforme a Derecho, pues garantiza la correcta identificación de los medicamentos objeto de la licitación, de acuerdo con la vigente Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios».

MARÍTIMO, TRANSPORTE Y LOGÍSTICA*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Aéreo. Navegación aérea

Reglamento de Ejecución (UE) N.º 390/2013 de la Comisión, de 3 de mayo, por el que se establece un sistema de evaluación del rendimiento de los servicios de navegación aérea y de las funciones de red (DOUE L 128 de 9 de mayo de 2013)

Para contribuir al desarrollo sostenible del sistema de transporte europeo, mejorando la eficacia global de los servicios de navegación aérea en los ámbitos de rendimiento clave, esto es, el de la seguridad, el del medio ambiente, el de la capacidad y el de la rentabilidad, en consonancia con el Plan Maestro Europeo de Gestión del Tránsito Aéreo (ATM), este Reglamento de Ejecución establece un sistema para evaluar dichos ámbitos de rendimiento en cuanto a los servicios de navegación aérea y las funciones de red en el ámbito de la Unión Europea.

Para ello, la Comisión adoptará los objetivos de rendimiento en la Unión Europea y los comunicará a las autoridades nacionales de supervisión, quienes serán las responsables de elaborar los planes de rendimiento, supervisarlos y hacer un seguimiento a nivel local (en particular, en el bloque funcional de espacio aéreo), nacional, de zona de tarificación y de aeropuerto. Los planes de rendimiento deben ser comunicados a la Comisión Europea, quien los revisa para garantizar su compatibilidad con los objetivos de rendimiento a nivel de la Unión.

El Reglamento prevé la posible designación por la Comisión de un organismo de evaluación independiente, que le asistiría en la aplicación del sistema de evaluación del rendimiento. Asimismo, establece que el Gestor de la Red apoyará a la Comisión proporcionándole datos para la preparación de los objetivos y ayudará a los proveedores de servicios de navegación aérea y bloques funcionales de espacio aéreo a alcanzarlos, y deberá elaborar el plan de rendimiento de la red.

Aéreo. Gestión del tránsito aéreo

Reglamento de Ejecución (UE) N.º 409/2013 de la Comisión, de 3 de mayo, relativo a la definición de proyectos comunes, el establecimiento de un mecanismo de gobernanza y la identificación de los incentivos de apoyo a la ejecución del Plan Maestro de Gestión del Tránsito Aéreo (DOUE L 123 de 4 de mayo de 2013)

A través de este Reglamento de Ejecución, la Comisión establece los mecanismos de gobernanza y de incentivo para el despliegue del proyecto de investigación y desarrollo sobre la Gestión del Tránsito Aéreo en el Cielo Único Europeo (SESAR), que deben contribuir a la satisfactoria ejecución del Plan Maestro de Gestión del Tránsito Aéreo (Plan Maestro ATM).

El proyecto SESAR, concebido para modernizar el sistema europeo de gestión del tráfico aéreo, será desplegado de forma oportuna, coordinada y sincronizada conforme al Plan Maestro ATM.

Conforme a este Reglamento, la Comisión elaborará propuestas de proyectos comunes con el fin de desplegar las funcionalidades ATM para realizar los cambios operativos necesarios para el despliegue de SESAR, y hará un seguimiento de su ejecución.

En cuanto a la gobernanza para el despliegue, el Reglamento establece su articulación en tres niveles: en el nivel de decisión, que corresponderá a la Comisión, adoptando los proyectos

* Esta sección ha sido coordinada por Antonio Quirós, y en su elaboración han participado Julio López Quiroga, Alfredo Cabellos, Luz Martínez de Azcoitia, Ana Pocklington, Hannah de Bustos, Fernando de Castro, Néstor Lozano y M.ª João Rodrigues Dias, del Grupo de Coordinación de Marítimo, Transporte y Logística de Uría Menéndez (Madrid y Oporto).

comunes y definiendo incentivos para el despliegue de SESAR; en el nivel de gestión, que es atribuido al órgano gestor del despliegue, quien debe elaborar y aplicar el programa de despliegue, asesorar a la Comisión en la ejecución de los proyectos comunes y establecer mecanismos de cooperación con el gestor de la red, la empresa común SESAR y el estamento militar; y en el nivel de ejecución, que consistirá en la selección por la Comisión de los proyectos de implementación para ejecutar los proyectos comunes, que podrán recibir financiación de la Unión en forma de incentivos.

Ferrocarril. Seguridad ferroviaria *Reglamento de ejecución (UE) Número 402/2013 de la Comisión de 30 de abril de 2013 relativo a la adopción de un método común de seguridad para la evaluación y valoración del riesgo y por el que se deroga el Reglamento (CE) número 352/2009 (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 121 de 3 de mayo de 2013)*

Como resultado de la orden de la Comisión Europea de octubre de 2010 a la Agencia Ferroviaria Europea de revisar el Reglamento (CE) 352/2009 de 24 de abril de 2009, relativo a la adopción de un método común de seguridad (MCS) para la evaluación y valoración del riesgo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6, apartado 3, letra a), de la Directiva 2004/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la citada Agencia presentó su recomendación sobre la revisión del MCS, acompañada de un informe sobre la evaluación de impacto.

El presente Reglamento se basa en la recomendación de la Agencia y establece un MCS revisado cuyo objetivo es facilitar el acceso al mercado de los servicios de transporte ferroviario a través de la armonización de (i) los procedimientos de gestión del riesgo utilizados para evaluar el impacto de los cambios en los niveles de seguridad y el cumplimiento de los requisitos de seguridad, (ii) el intercambio de información sobre seguridad entre los diferentes agentes del sector ferroviario y (iii) las pruebas resultantes de la aplicación de un proceso de gestión del riesgo. En cuanto a su ámbito de aplicación, se aplicará al proponente (esto es, la empresa u organización responsable de introducir un cambio si en un Estado miembro no existe una norma nacional notificada para determinar si un cambio es significativo o no para la seguridad), cuando proceda a cualquier cambio del sistema ferroviario en un Estado miembro.

Ferrocarril. Adhesión UE al Convenio relativo a los transportes internacionales por ferrocarril *Decisión del Consejo de 16 de junio de 2011, relativa a la firma y a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la Organización Intergubernamental para los Transportes Internacionales por Ferrocarril de adhesión de la Unión Europea al Convenio relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF) de 9 de mayo de 1980, modificado por el Protocolo de Vilnius de 3 de junio de 1999 (Texto pertinente a efectos del EEE) (2013/103/UE) (DOUE L 51 de 23 de febrero de 2013)*

Como recoge su artículo 1, la Decisión aprueba, en nombre de la Unión Europea, el acuerdo entre esta y la Organización Intergubernamental para los Transportes Internacionales por Ferrocarril (OTIF), para su adhesión al Convenio relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF).

En el sector ferroviario, y en particular en relación con materias que son objeto del COTIF, la Unión Europea ha adquirido competencias exclusivas, si bien comparte otras con los Estados miembros. Por ello, la Decisión, que lista los actos de la Unión Europea relativos a cuestiones también abordadas por el COTIF, establece disposiciones aplicables al Consejo de Unión Europea, la Comisión (quien representa a la Unión Europea) y los Estados miembros sobre preparación y coordinación de las reuniones de la OTIF y voto en su seno.

[España]

Marítimo. Transporte marítimo de pasajeros *Real Decreto 270/2013, de 19 de abril, sobre el certificado del seguro o la garantía financiera de la responsabilidad civil en el transporte de pasajeros por mar en caso de accidente (BOE de 9 de mayo de 2013)*

Mediante este Real Decreto se regula la expedición y control del certificado acreditativo del seguro o garantía financiera distinta del seguro que cubra la responsabilidad civil de los trans-

portistas por mar en caso de muerte o lesiones de los pasajeros derivadas de un accidente, a los que se refiere el artículo 3 del Reglamento 392/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente en su remisión al artículo 4 bis) del Convenio de Atenas.

Esta norma declara el carácter obligatorio de la cobertura de responsabilidad civil del transportista de pasajeros por mar, prohibiendo la navegación de todo buque español dedicado a este fin que carezca del certificado acreditativo del seguro, así como la entrada y salida de puerto español de todo buque extranjero al que le resulte de aplicación el citado Reglamento 392/2009 y no lleve a bordo el certificado de seguro correspondiente.

La autoridad nacional que expedirá el certificado de seguro será la Dirección General de la Marina Mercante, que lo hará siempre que la contratación de dicho seguro se haya realizado con alguna de las entidades identificadas en el Real Decreto.

La norma incluye, asimismo, una serie de medidas de control del cumplimiento de las obligaciones en él impuestas y un régimen sancionador para el supuesto de incumplimiento.

Por último, el Real Decreto aplaza la aplicación del Reglamento 392/2009 a los buques de clase A y clase B, según son definidos en el artículo 4 del Real Decreto 1247/1999 de 16 de julio, que realicen cabotaje nacional hasta el 31 de diciembre de 2014 y el 31 de diciembre de 2018, respectivamente.

Marítimo. Primas y financiación a la construcción naval

Real Decreto 237/2013, de 5 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 442/1994, de 11 de marzo, sobre primas y financiación a la construcción naval, para adecuarlo a las normas del derecho de la Unión Europea (BOE de 11 de abril de 2013).

Este Real Decreto modifica distintos apartados del Real Decreto 442/1994, de 11 de marzo, sobre primas y financiación a la construcción naval como consecuencia, entre otros, de la publicación del nuevo Marco aplicable a las ayudas estatales a la construcción naval en diciembre de 2011. Viene a actualizar un instrumento largamente presente en el mercado de la construcción naval nacional, que ha contribuido a mejorar la competitividad internacional de nuestros astilleros.

En cuanto a las materias concretas que aborda, destacamos la inclusión de la definición de «artefactos navales» en el artículo 6, que proviene a su vez del citado Marco comunitario, la supresión del artículo 9 sobre condiciones de primas de funcionamiento como consecuencia de la falta de vigencia del Reglamento (CE) 1177/2002 del Consejo, de 27 de junio de 2002, relativo al mecanismo de defensa temporal para la construcción naval, que preveía la posibilidad de otorgar ayudas ligadas a la contratación de buques a determinados segmentos de mercado y, por último, la fijación —en el primer párrafo del artículo 11— del ámbito de aplicación de las condiciones de financiación a los préstamos que se concedan a armadores o a terceros, para las construcciones y transformaciones que se indican en los artículos 6 y 7 del Real Decreto 442/1994 que se modifica, así como a los créditos en las condiciones OCDE para los buques de pesca de arqueo bruto (GT) igual o superior a 100 toneladas.

Marítimo. Delimitación de zona económica exclusiva

Real Decreto 236/2013, de 5 de abril (BOE de 17 de abril de 2013)

Este Real Decreto, en el ejercicio de la facultad conferida al Gobierno por la Ley 15/1978, de 20 de febrero, y a los efectos previstos en la Convención de Naciones Unidas de Derecho del Mar (CNUDM), de 10 de diciembre de 1982, establece una zona económica exclusiva de España en el área noroccidental del mar Mediterráneo. Dicha zona económica exclusiva se extenderá desde el límite exterior del mar territorial, hasta un punto de coordenadas I: 35° 57,46' N; L: 2° 5,31' W, continuando hacia el este mediante la línea equidistante con los países ribereños, trazada de conformidad con el Derecho internacional, hasta la frontera marítima con Francia.

El Real Decreto 236/2013 surte efecto desde el mismo día de su publicación en el *BOE*, si bien los mencionados límites podrán ser modificados mediante acuerdos de delimitación que puedan concluirse con el Estado ribereño afectado, al amparo del artículo 74 del CNUDM.

Transporte por carretera. Documentación de los transportes de viajeros

Orden FOM/1230/2013, de 31 de mayo, por la que se establecen normas de control en relación con los transportes públicos de viajeros por carretera (BOE de 3 de julio de 2013)

Mediante esta norma, que deroga la Orden FOM/3398/2002, se establecen determinadas obligaciones que deben cumplir los transportistas de viajeros, con la finalidad de establecer ciertos controles sobre la actividad desarrollada por estos. Así, por lo que a los transportes interiores discretivos se refiere, se mantiene la exigencia de circular provistos de la correspondiente hoja de ruta.

Por su parte, los transportistas que realizan servicios de transporte regular de viajeros de uso general han de disponer de un libro u hoja de reclamaciones; llevar un registro donde habrán de anotarse, diariamente y por cada vehículo, los datos correspondientes a cada expedición; justificantes acreditativos de la colaboración entre transportistas, etc.

También, por lo que se refiere a los transportes regulares de uso general, se prevé la obligación de las empresas titulares del contrato de gestión de facilitar a la Administración aquella información prevista en la Orden que permita controlar trimestral y anualmente la correcta prestación del servicio.

Transporte por carretera. Régimen sancionador y de inspección

Ley Orgánica 5/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de Delegación de Facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en relación con los transportes por carretera y por cable (BOE de 5 de julio de 2013)

La disposición ahora comentada modifica, con vigencia desde el 25 de julio de 2013, el artículo 10 de la Ley Orgánica 5/1987 sobre delegación de facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en materia de transporte. El objeto de dicha modificación no es otro que el de clarificar el alcance de las funciones que, en materia de inspección y sanción, ya habían sido delegadas en favor de las Comunidades Autónomas.

Expresamente se dispone que en materia de servicios y demás actividades de transporte, y con exclusión del transporte internacional, las Comunidades Autónomas asumen, por delegación, las potestades de inspección en relación con los centros de trabajo ubicados en sus territorios y respecto de los vehículos que circulen por ellos, con independencia del ámbito territorial del servicio o actividad inspeccionada, e, igualmente, la facultad sancionadora que resulte de tales inspecciones delegadas.

Transporte por carretera. Ordenación de los transportes

Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (BOE de 5 de julio de 2013)

En virtud de esta disposición se modifica, con efectos desde el 25 de julio de 2013, la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, esencialmente en la regulación de los transportes públicos de viajeros y en la intermediación en la contratación de los transportes de viajeros y de mercancías. En general, esta reforma tiene por finalidad adecuar nuestro ordenamiento jurídico sectorial a las normas comunitarias dictadas en materia de transporte durante estos últimos años (Reglamentos 1370/2007, 1071/2009, 1072/2009, 1073/2009 y 181/2011).

Así, se modifica el régimen relativo a las autorizaciones de transporte de viajeros y mercancías, y se regula el contrato de gestión de los servicios de transporte público regular de viajeros de uso general.

En relación con la intermediación en la contratación de transportes de viajeros, se habilita a los titulares de una autorización de transporte de viajeros para llevar a cabo esta actividad. Para intermediar en la contratación de los transportes de mercancías, se mantiene la exigencia de disponer de la correspondiente autorización de operador de transporte. No obstante, y en los términos señalado en la norma, los titulares de una autorización de transporte de mercancías podrán también intermediar en la contratación de esta modalidad de transporte.

Por lo que se refiere a la Ley de Seguridad Aérea, mediante la Ley 9/2003 se suprime el denominado factor de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea que incrementaba las cuantías corres-

pondientes a la prestación de seguridad aeroportuaria y se crea, en sustitución de aquel factor, la tasa de seguridad aérea, al objeto de gravar la realización de aquellas actividades y prestación de servicios de supervisión e inspección en materia de seguridad aérea que lleva a cabo la Agencia Estatal de Seguridad Aérea. Estas modificaciones entran en vigor el 5 de octubre de 2013.

Aéreo. Servidumbres aeronáuticas

Real Decreto 297/2013, de 26 de abril, por el que se modifica el Decreto 584/1972, de 24 de febrero, de Servidumbres Aeronáuticas y por el que se modifica el Real Decreto 2591/1998, de 4 de diciembre, sobre la Ordenación de los Aeropuertos de Interés General y su Zona de Servicio, en ejecución de lo dispuesto por el artículo 166 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 17 de mayo de 2013)

Este nuevo Real Decreto revisa e incorpora a las servidumbres aeronáuticas las previsiones necesarias para cumplir con los convenios internacionales en los que España es parte, superando los desfases existentes entre el Real Decreto 862/2009 y el Decreto 584/1972, de 24 de febrero, de Servidumbres Aeronáuticas (el «Decreto»).

Se actualizan las servidumbres de las instalaciones radioeléctricas de los radiofaros omnidireccionales VHF (VOR) y de los radares de vigilancia para los aerogeneradores, y se aumenta el grado de protección del TACAN. Se modifica también el Decreto en lo relativo al entorno de los aeropuertos, restringiendo mediante un listado las actividades que pongan en peligro las operaciones aéreas.

Adicionalmente, se modifica globalmente el capítulo IV del Decreto debido a todos los cambios que desde 1972 ha experimentado la organización administrativa y aeronáutica, y se incluye la participación de las autoridades de ordenación territorial y urbanística en la tramitación de las servidumbres aeronáuticas. Se incluye también un capítulo V para agilizar la tramitación de las autorizaciones de servidumbres aeronáuticas.

En otro orden de cosas, se establece la obligación de adaptar el planeamiento territorial y urbanístico a las servidumbres aeronáuticas y se regula para los gestores aeroportuarios y de servicios distintos de AENA su participación en la tramitación de las servidumbres y en las autorizaciones, entre otras actuaciones.

Finalmente, se clarifican las competencias que le corresponden al Ministerio de Defensa y al Ministerio de Fomento en materia de aviación, reforzando el cumplimiento de las servidumbres y simplificando el procedimiento administrativo vigente.

[Portugal]

Novo Regime Jurídico do Trabalho Aéreo

Decreto-Lei n.º 44/2013 (DR 64, 1.ª série de 2013-04-12)

O Decreto-Lei n.º 44/2013, de 2 de abril de 2013 («DL 44/2013») instituiu o novo regime jurídico da atividade de transporte aéreo, revogando para o efeito o Decreto-Lei n.º 179/2013, de 11 de maio, do qual constava a regulamentação anterior.

A reformulação deste regime tem em vista a sua conformação com os princípios plasmados no Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho, que transpôs para o ordenamento jurídico interno a Diretiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, sobre a simplificação do livre acesso e exercício das atividades de serviços.

Como vetores do Decreto-Lei n.º 44/2013, destacam-se a manutenção de um regime de licenciamento prévio para estabelecimento de operadores de trabalho aéreo (ou de autorização prévia para os operadores estabelecidos a título principal noutros Estados-Membros); a instituição do reconhecimento prévio dos títulos para o exercício da atividade de trabalho aéreo emitidos por outros Estados-Membros; e a eliminação de um prazo nas permissões administrativas concedidas, ressalvados casos específicos de prestação ocasional e esporádica de serviços.

Na fixação deste novo regime, o Decreto-Lei n.º 44/2013 aborda, designadamente, as matérias de licenciamento e certificação, os termos e condições do exercício da atividade de trabalho aéreo, o regime de reconhecimentos e autorizações para exercício da atividade por operador

establecido noutro Estado-Membro, os quadros de responsabilidade civil e de restricións ao lanzamento de objetos e o regime sancionatorio aplicábel.

O DL 44/2013 entrou en vigor a 3 de abril de 2013.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

Marítimo. Inscripción registral de la adjudicación de un buque en subasta judicial

Resolución de 15 de marzo de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 15 de abril de 2013)

La Resolución analiza la posibilidad de inscripción en el Registro de Bienes Muebles de Santander de una certificación del decreto de adjudicación en subasta de un buque recaído en un procedimiento separado de responsabilidad civil, teniendo en cuenta (i) la falta de anotación del embargo preventivo, (ii) los defectos relativos a la firmeza de la resolución, (iii) el tracto sucesivo y (iv) el principio de especialidad.

La DGRN mediante esta resolución estima el recurso planteado y confirma la nota de calificación de la registradora, al entender que la adjudicación derivada de un procedimiento de apremio es inscribible aunque el embargo no haya sido anotado o la anotación en su día practicada hubiese caducado. Ello teniendo en cuenta que no existiesen obstáculos derivados del contenido del Registro y el título reúna los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria. La DGRN considera que el decreto de adjudicación debidamente certificado es una resolución judicial firme de la que resulta la transferencia del dominio del buque, la cual garantiza que el titular registral ha agotado los medios de defensa de su titularidad.

Del mismo modo, la Resolución confirma el incumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa hipotecaria en cuanto al tracto sucesivo, pues constando en el Registro que el bien está inscrito a nombre de una persona con carácter presuntivamente ganancial, no puede pretenderse la inscripción a favor de un tercero si no resulta de forma indubitada que los dos cónyuges titulares del bien han sido parte en el procedimiento.

Marítimo. Incendio de buque en construcción. Custodia. Contrato de construcción naval

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de febrero de 2013

El supuesto en cuestión trae causa de un contrato de construcción naval, en virtud del cual el astillero estaba obligado a construir un buque de pesca a cambio de un precio. El contrato se trata de un arrendamiento de obra por precio alzado regulado, a pesar de su naturaleza mercantil, por la normativa aplicable del Código Civil (artículos 1588 y concordantes). El astillero aportaría los materiales necesarios para ejecutar la construcción; sin embargo, y esto se revelará como un dato relevante en el fallo del Tribunal Supremo, este no estaba obligado a ejecutar la instalación electromecánica del buque —esta prestación se acometería por aquel «industrial» que designase la contratista—.

Con el buque amarrado en las instalaciones del astillero, se produjo un incendio en el buque por un fallo del equipo eléctrico. Si bien es cierto que no se había producido aún la entrega de la posesión bajo el contrato de construcción, el buque no estaba tampoco exclusivamente en poder del astillero, puesto que se habían otorgado las llaves del buque a una persona que actuaba por cuenta del contratista para que diferentes subcontratistas del armador pudieran trabajar en el buque.

La responsabilidad achacada al astillero encuentra su fundamento en lo previsto en la presunción recogida en el artículo 1183 del Código Civil en relación con el artículo 1094 del citado cuerpo legal. El Tribunal Supremo concluye que no cabe hacer responsable al astillero-constructor con base en la presunción de negligencia del artículo 1183 del Código Civil, pues el evento dañoso tiene causa incierta aunque localizada fuera del ámbito de actuación profesional del astillero y, por ende, de sus deberes de custodia, ya que el buque se encontraba, en ese ámbito, bajo el control de la contratista.

TRIBUTARIO*

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

Legislación comunitaria

Decisión de la Comisión de 23 de abril de 2013 por la que se crea un grupo de expertos de la Comisión denominado «Plataforma sobre la Buena Gobernanza Fiscal, la Planificación Fiscal Agresiva y la Doble Imposición» (DOUE C 120, de 26 de abril de 2013)

[España]

Convenios internacionales

— *Protocolo entre el Reino de España y la Confederación Suiza que modifica el Convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, firmado en Berna el 26 de abril de 1966, y su Protocolo, modificados por el Protocolo firmado en Madrid el 29 de junio de 2006, hecho en Madrid el 27 de julio de 2011 (BOE de 11 de junio de 2013)*

— *Convenio entre el Reino de España y el Estado de Kuwait para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio, hecho en Kuwait el 26 de mayo de 2008 (BOE de 5 de junio de 2013)*

Medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación

Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio (BOE de 29 de junio de 2013)

En materia de impuestos especiales, introduce modificaciones en la imposición sobre las bebidas alcohólicas que forman parte del ámbito objetivo del Impuesto sobre Productos Intermedios y del Impuesto sobre Alcohol y Bebidas Derivadas, elevando su tributación en un 10%.

[Portugal]

Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares - Declaração Mensal de Remunerações

Portaria nº 6/2013, de 10 de janeiro de 2013 (DR 7, série I, de 2013-01-10)

Tendo passado a ser obrigatória, de acordo com o art.º 119º, n.º 1, al. c), ponto (i) do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, a entrega mensal de declaração de modelo oficial, referente aos rendimentos de trabalho dependente e respetivas retenções de imposto e contribuições obrigatórias para regimes de proteção social e subsistemas legais de saúde, a presente Portaria vem aprovar o modelo em causa.

A declaração mensal de remunerações deve ser apresentada até ao dia 10 do mês seguinte àquele a que respeitem os rendimentos, as retenções na fonte e outras deduções pelas pessoas ou entidades que tenham pago ou colocado à disposição rendimentos do trabalho dependente a pessoas singulares residentes em território nacional.

A referida Portaria estabelece, no entanto, que «[a]s pessoas singulares devedoras de rendimentos do trabalho dependente que não se encontrem inscritas para o exercício de atividade empresarial ou profissional ou, encontrando-se, tais rendimentos não se relacionem exclusivamente com essa atividade, podem optar por declarar esses rendimentos da declaração anual Modelo 10».

* Esta sección ha sido coordinada por Jesús López-Tello y Gerardo Cuesta, 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).

Imposto sobre o Valor Acrescentado - Faturação *Ofício Circulado n.º 30136 de 19 de novembro de 2012 (<http://info.portaldasfinancas.gov.pt>) e Ofício-Circulado n.º 30141/2013, de 4 de janeiro de 2013 (<http://info.portaldasfinancas.gov.pt>)*

Os ofícios-circulados em referência visam esclarecer eventuais questões sobre as novas regras de faturação.

Nos referidos ofícios-circulados são analisados, inter alia, (i) os requisitos relativos à emissão de faturas, (ii) as condições e requisitos das faturas simplificadas, (iii) questões relativas à emissão de fatura por meios diversos, e (iv) os documentos retificativos de faturas.

Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares - Tabelas de Retenção *Despacho n.º 796-B/2013(DR 9, série I de 2013-01-14), Declaração de retificação n.º 45 A/201(DR 10, série I de 2013-01-15) e Circular n.º 1/2013 de 15 de janeiro (<http://info.portaldasfinancas.gov.pt>)*

Os atos administrativos em referência vêm proceder à publicação e divulgação das tabelas de retenção na fonte de Imposto sobre o Rendimentos das Pessoas Singulares para os titulares do rendimento do trabalho dependente e de pensões com residência fiscal no território português, a aplicar em 2013.

Imposto sobre as Transações Financeiras *Decisão n.º 2013/52/UE do Conselho, de 22 de janeiro de 2013, que autoriza uma cooperação reforçada no domínio do imposto sobre as transações financeiras (JOUE, de 25 de janeiro de 2013)*

A presente decisão vem autorizar uma cooperação reforçada no domínio da criação de um imposto comum sobre as transações financeiras (ITF) entre determinados Estados-Membros, incluindo Portugal.

Atribuição do Número de Identificação Fiscal e Cartão de Contribuinte *Decreto-Lei n.º 14/2013, de 28 de janeiro (DR 19, série I de 2013-01-2013)*

O presente diploma procede à introdução de novas regras quanto à atribuição do número de identificação fiscal (NIF) quer de pessoas singulares, quer de pessoas coletivas, instituindo os respetivos procedimentos e formalidades, identificando as entidades competentes para o processo e elencando os elementos identificativos necessários.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

Impuesto sobre el Valor Añadido. Devolución del impuesto indebidamente repercutido *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013 en el asunto Rusedespred OOD contra Direktor na Direktsia «Obzhalvane I upravljenie na izpalnenieto» (C138/12)*

La Administración búlgara denegó la devolución del IVA indebidamente repercutido por una entidad sobre la base de que esta no había rectificado la factura en su momento (según la legislación búlgara, la rectificación no es posible cuando la operación correspondiente ha sido objeto de una inspección tributaria y la deducción al destinatario ha sido denegada por liquidación firme).

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») establece que el artículo 203 de la Directiva 2006/112 se opone a que «la Administración tributaria deniegue al prestador de un servicio exento la devolución del IVA facturado por error a su cliente, basando su negativa en que el prestador del servicio no procedió a rectificar la factura errónea, cuando dicha administración, mediante resolución firme, denegó al cliente el derecho a la deducción del impuesto sobre el valor añadido, y, como consecuencia, ya no resulta de aplicación el régimen de rectificación previsto por la ley nacional».

[España]

Impuesto sobre el Patrimonio. Base imponible. Valoración de acciones no negociadas en mercados organizados

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de febrero de 2013

Como es sabido, la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio se refiere al «último balance aprobado» para determinar la valoración de participaciones no negociadas en mercados organizados (criterio de valoración que concurre con otros si el referido balance no está auditado sin salvedades).

A juicio del TS, contrariamente a lo defendido por el tribunal de instancia, y a lo mantenido tradicionalmente por la Administración, por «último balance aprobado» ha de entenderse el último que lo hubiera sido al término del plazo legal para presentar la autoliquidación del Impuesto sobre el Patrimonio, no en la fecha del devengo de este impuesto (generalmente, el 31 de diciembre).

Impuesto sobre Sociedades. Tributación consolidada. Condonación de deudas

Sentencia del Tribunal Supremo 1057/2013, Sala de lo Contencioso, de 8 de marzo de 2013

Una sociedad que tributaba bajo el régimen de consolidación fiscal en Impuesto sobre Sociedades utiliza bases imponibles negativas de otra sociedad del grupo sin que las sociedades registren los correspondientes crédito y débito recíprocos. Ante esta situación, el Tribunal manifiesta que la sociedad que utilizó las bases imponibles negativas debería haber contabilizado un ingreso extraordinario, y la cedente, un gasto extraordinario, no deducible por tratarse de una liberalidad.

Subsidiariamente, pedía la recurrente que se aplicase la doctrina establecida por la Dirección General de Tributos («DGT») en consultas de 29 de septiembre de 2004 y 9 de febrero de 2006, según la cual la condonación de deudas no genera un ingreso extraordinario, sino un mayor valor de adquisición de las acciones de la sociedad a la que se condonan, al producirse un incremento del valor de sus fondos propios. Al respecto, indica el Tribunal lo siguiente: «*Lo primero que se puede destacar es que los hechos que dieron lugar a las consultas no son los mismos que los enjuiciados en el presente recurso. En ellos se analizaba la situación en que se encontraba la sociedad dominante de un grupo, que concedió sendos préstamos participativos a dos sociedades dominadas para evitar una situación de insolvencia y cuyo cobro resultaba inviable. Poco o nada tiene que ver con la situación descrita, en la que, pese a los intentos de la parte actora, se ha llevado a cabo una efectiva compensación y uso de bases imponibles negativas de XXX por parte de YYY. Como acertadamente resolvió el Tribunal Económico Administrativo Central, tratándose de una operación intragrupo, y por ello a eliminar de la base imponible consolidada, debe ser objeto de la correspondiente incorporación, en el ejercicio siguiente a que alguna abandone el grupo o éste desaparezca, como exigía el artículo 87.2 de la Ley 43/1995*».

Impuesto sobre Sociedades. No integración en la base imponible de las donaciones socio-sociedad

Sentencia de la Audiencia Nacional 691/2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de febrero de 2013

Un socio donó en 2002 una serie de activos a una sociedad de nueva creación. La inspección consideró que la sociedad debía integrar un ingreso en su base imponible del Impuesto sobre Sociedades por esa donación. El TEAC confirmó la liquidación de la inspección, considerando que el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007 no resulta de aplicación al caso por razones temporales, añadiendo que, además, «*la normativa fiscal contempla una especialidad para las adquisiciones a título lucrativo, que el ordenamiento tributario legítimamente ha previsto, corrigiendo en este punto, como indica el artículo 10 de la ley del impuesto, el resultado contable*».

La Audiencia Nacional confirma que el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007 no resulta de aplicación y que el Plan General de Contabilidad de 1990 no incluía norma expresa que contemplase el régimen específico de las transmisiones lucrativas socio/sociedad. Sin embargo, entiende la Audiencia que bajo el Plan de 1990 el criterio debe ser el mismo que el actual, de forma que ha de considerarse que las transmisiones sin contraprestación del socio a la sociedad no son liberalidades, sino aportaciones a los fondos propios, sin que, por otra parte, la Ley del impuesto contenga norma alguna que se separe del criterio

contable sobre este particular, puesto que el artículo 15 de la Ley del impuesto se refiere a supuestos de transmisiones lucrativas que no proceden de los socios.

Impuesto sobre la Renta de No Residentes. Concepto de establecimiento permanente

Sentencia de la Audiencia Nacional 2024/2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de abril de 2013

Se examina la posible existencia de un establecimiento permanente en España de una empresa pesquera registrada en Estonia. Esta entidad era propiedad de dos socios, uno de ellos de nacionalidad estonia y el otro de nacionalidad española, y se dedicaba a la pesca en aguas internacionales y a la posterior venta de los productos obtenidos a una empresa española. La sociedad poseía cuentas bancarias en España, donde recibía el pago de sus ventas, siendo recibida la correspondencia asociada a dichas cuentas en el domicilio del socio español.

Entendían la Inspección y el TEAC que el domicilio del socio español se puede considerar como lugar fijo de negocios y, por lo tanto, como establecimiento permanente a efectos del Impuesto sobre la Renta de No Residentes.

La Audiencia Nacional considera que para que exista establecimiento permanente deben concurrir tres requisitos: que exista un lugar de negocios, que sea fijo y que en él se desarrollen actividades propias de la empresa. De los hechos probados, según la Audiencia, no se puede deducir que en el domicilio del socio se esté llevando a cabo el negocio de la compañía. Por otra parte, tampoco considera que se pueda considerar a dicho socio como «agente dependiente», pues lo único que ha resultado probado es que gestionaba las cuentas bancarias, pero las ventas habían sido previamente cerradas en Estonia y estas se producían con respecto de productos extraídos en aguas internacionales por un buque de pabellón estonio.

[Portugal]

Isenção de Imposto do Selo nas comissões cobradas por instituições financeiras por serviços de mediação de seguros

Acórdão do tribunal arbitral constituído junto do Centro de Arbitragem Administrativa, de 17 de dezembro de 2012

Neste acórdão, o tribunal arbitral, constituído no âmbito do Centro de Arbitragem Administrativa, pronunciou-se sobre o regime aplicável, em sede de Imposto do Selo, às comissões cobradas pela atividade de mediação de seguros «não vida», quando os serviços de mediação sejam prestados por instituições financeiras.

Embora a requerente pugnasse pela aplicação da verba 17 da Tabela Geral do Imposto do Selo, argumentando que as comissões devidas pela mediação de seguros efetuada entre instituições financeiras se enquadrariam no conceito de «comissões por serviços financeiros», o tribunal entendeu que a verba 22 daquela tabela, aplicável à mediação de seguros, abrangia especificamente as referidas comissões, reservando-se a verba 17 para as operações financeiras (em cujo elenco não se enquadram as atividades de mediação de seguros).

No mesmo acórdão, o tribunal considerou ainda que as comissões cobradas pela atividade de mediação de seguros «não vida» não se encontram abrangidas pela isenção de Imposto do Selo prevista no artigo 7.º, n.º 1, al. e) do Código do Imposto do Selo, que abrange apenas as operações cobertas pelas verbas 10 e 17, quando executadas por instituições financeiras, já que aquela isenção tem o seu fundamento no regime de exclusividade característico das operações financeiras e de concessão de crédito, não pressupondo um regime mais favorável para as instituições financeiras que acessoriamente desenvolvam atividades de mediação de seguros.

O entendimento do tribunal arbitral não foi, contudo, unânime, tendo um dos juízes votado vencido.

Dedução do Imposto sobre o Valor Acrescentado por sociedade gestora de participações sociais

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 15 de janeiro de 2013

No presente acórdão, o Tribunal Central Administrativo do Sul decidiu não ser admissível a uma sociedade gestora de participações sociais a dedução do Imposto sobre o Valor Acrescentado por si suportado na aquisição de serviços de consultoria, depois faturados, pelo mesmo valor,

às suas participadas, a menos que demonstre que os referidos serviços foram utilizados pelas participadas nas próprias atividades.

Não sendo esse o caso, nos termos da legislação portuguesa é apenas possível a dedução daquele Imposto sobre o Valor Acrescentado por aplicação do método pro rata.

Imputação em sede de Imposto sobre o Rendimentos das Pessoas Coletivas de rendimentos gerados em paraísos fiscais

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 16 de janeiro de 2013

No acórdão em apreço, o tribunal debruçou-se sobre o caso de uma instituição de crédito residente em Portugal que, dispondo de uma sucursal financeira exterior, situada na Zona Franca da Madeira, detinha, através dessa sucursal, participações sociais em duas sociedades não residentes situadas em «paraísos fiscais».

A questão decidenda prendia-se com a imputação ao banco, ao abrigo do regime especial previsto no artigo 60.º, n.º 8, do Código do Imposto sobre o Rendimentos das Pessoas Coletivas, dos rendimentos gerados por aquelas sociedades, com base no entendimento de que a isenção temporária, prevista no artigo 33.º, do Estatuto dos Benefícios Fiscais, própria dos rendimentos produzidos nas zonas francas, consubstanciava um regime especial de que o banco beneficiava.

A aplicação daquele artigo implicaria que os rendimentos das sociedades localizadas em «paraísos fiscais» fossem diretamente imputáveis ao banco e não à sucursal situada na Zona Franca da Madeira e, como tal, não beneficiassem da isenção temporária prevista para as zonas francas.

O Supremo Tribunal Administrativo, no entanto, confirmou a decisão da primeira instância, considerando que o fato de a entidade residente beneficiar, quanto aos rendimentos gerados na zona franca, de uma isenção, não era suficiente para que houvesse lugar à aplicação do regime especial previsto no artigo 60.º, n.º 8, do Código do Imposto sobre o Rendimentos das Pessoas Coletivas.

Assim, o mesmo só se aplicará quando a generalidade dos rendimentos gerados pela entidade residente se encontrem sujeitos a um regime especial, e não quando apenas uma parte desses rendimentos, gerados por uma sucursal (que não tem personalidade jurídica, nem personalidade tributária) beneficia de uma isenção.

Assim, a imputação dos rendimentos gerados pelas sociedades residentes em «paraísos fiscais» deve efetuar-se à sucursal, nos termos do artigo 60.º, n.º 1 daquele diploma, beneficiando da isenção temporária aplicável exclusivamente aos rendimentos que se considerem gerados pela sucursal situada na zona franca em causa.

Dedução de Prejuízos Fiscais de Sociedades Incorporadas Residentes noutro Estado Membro

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 25 de fevereiro de 2013 (Processo C-123/11)

O presente acórdão foi proferido pelo TJUE na sequência de um pedido de decisão prejudicial relativo a uma sociedade finlandesa que, tendo incorporado (mediante uma fusão por incorporação) a sua subsidiária sueca, pretendia deduzir fiscalmente os prejuízos desta.

A referida fusão justificava-se do ponto de vista económico, constituindo um procedimento transparente de simplificação da estrutura do grupo. Após a fusão, a sociedade finlandesa deixaria de ter qualquer presença em território sueco.

A sociedade incorporante questionou a administração fiscal finlandesa quanto à possibilidade de deduzir as perdas da sua sucursal, tendo aquela respondido negativamente, apenas porque as perdas tinham sido apuradas de acordo com a legislação fiscal sueca (sendo que tal possibilidade sempre existiria, nos termos da legislação finlandesa, caso a sucursal fosse uma entidade residente na Finlândia).

Questionado sobre o caso, o TJUE veio considerar que embora exista um tratamento diferenciado, caso se trate de uma sucursal residente ou de uma sucursal residente noutro Estado-Membro, tal diferença não se opõe à liberdade de estabelecimento prevista nos artigos 49.º e 54.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, já que se encontra justificada por imperiosas razões de interesse geral.

Em primeiro lugar, o TJUE considerou que a distinção se justificava pela necessidade de preservar a repartição do poder de tributação entre os Estados Membros, já que permitindo-se que as sociedades optem pela dedução dos seus prejuízos fiscais no Estado-Membro do seu estabelecimento ou noutro comprometeria o poder de cada Estado-Membro aplicar as suas normas às atividades desenvolvidas no seu território.

Por outro lado, permitir o aproveitamento das perdas de uma sucursal em situações semelhantes à que estava em causa neste processo, criaria o risco da dupla utilização de prejuízos fiscais e, ainda, de evasão fiscal, na medida em que possibilitaria a transferência dos prejuízos no interior de grupos de sociedades para Estado-Membro onde as taxas de imposto fossem superiores.

No entanto, o TJUE salientou que a proibição de dedução de perdas de uma sucursal residente noutro Estado-Membro passaria a colidir com a liberdade de estabelecimento se não fosse assegurada à sociedade mãe a possibilidade de provar que a sucursal não poderia aproveitar essas perdas no seu Estado-Membro de residência, quer através de si própria, quer através de um terceiro.

Empreendimento Turístico - Isenção de Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis e Imposto do Selo

Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, de 4 de março de 2013

No presente acórdão, proferido em julgamento ampliado nos termos do artigo 148.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, discutiu-se a amplitude da isenção de Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis e da redução de Imposto do Selo previstas para as aquisições de prédios ou fracções autónomas com destino à «instalação» de empreendimentos qualificados de utilidade turística, nos termos do artigo 20.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 423/88, de 5 de dezembro.

Estava em causa a primeira aquisição após a entrada em funcionamento de um empreendimento turístico de uma fracção autónoma, nele integrada.

Ao referido empreendimento havia sido conferido o estatuto de «utilidade turística» previsto no artigo 2.º, n.º 1 e no artigo 3.º, n.º 7, ambos do Decreto-Lei n.º 423/88.

Embora o contribuinte tenha liquidado e pago a totalidade do Imposto do Selo, apresentou, em seguida, reclamação graciosa dessa liquidação, que, depois de indeferida, deu lugar a uma impugnação judicial.

O tribunal de primeira instância julgou procedente a impugnação, aplicando a isenção acima preferida, «uma vez que a primeira aquisição de cada fracção [de um empreendimento turístico] está integrada no processo de instalação do empreendimento».

Inconformada com esta decisão, a Administração Tributária interpôs recurso junto do Supremo Tribunal Administrativo, argumentando que «quando o legislador diz, no n.º 1 do artigo 20.º, «destino à instalação», tal significa que se trata apenas de aquisições de prédios efectuadas com o intuito de neles construir/melhorar empreendimentos turísticos, e não da mera aquisição de prédios/fracções integradas em empreendimentos já construídos e instalados».

O Supremo Tribunal Administrativo decidindo a favor da Administração Tributária, considerou que no conceito de «instalação» de empreendimento turístico, previsto no Decreto-Lei n.º 423/88 «não pode estar incluída a aquisição de unidades de alojamento que fazem parte do empreendimento, porque essa aquisição é feita tendo em vista a sua exploração a qual só pode ocorrer após o ato final do procedimento de instalação, que coincide normalmente, como vimos, com a abertura ao público.»

Assim, entendeu que, não estando em causa, neste processo, a aquisição de uma fracção autónoma destinada à construção ou instalação de empreendimentos turísticos, mas antes a aquisição de unidades de alojamento por um consumidor final, esta aquisição não se encontra abrangida pela isenção e redução de imposto consagradas no artigo 20.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 423/88, ainda que a fracção autónoma em causa se integrasse num empreendimento, estando afeta à exploração turística.

3 · RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

Impuesto sobre el Valor Añadido. Fecha de devengo en las operaciones de reestructuración

Resolución de 24 de enero de 2013 (00/5988/2010)

Según el TEAC, la inscripción en el Registro Mercantil de las operaciones de reestructuración societaria, como pueden ser las fusiones o escisiones, tiene carácter constitutivo y la inscripción produce efectos desde la fecha del asiento de presentación de la escritura en el Registro.

Si bien es cierto que la Dirección General de los Registros y del Notariado se pronunció en sentido contrario en su resolución de 20 de septiembre de 2011, el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de mayo de 2012 (recurso 5872/2009), entre otras, ha confirmado el criterio expuesto conforme al cual la fecha a tener en cuenta a los efectos de la inscripción de una operación de escisión es la del momento en que se practica el asiento de presentación.

En consecuencia, el TEAC concluye, por lo que respecta al IVA, que el devengo del impuesto en las entregas de bienes derivadas de una operación de escisión se produce en la fecha del asiento de presentación y no en la fecha en que se produce efectivamente la inscripción.

Impuesto sobre Sociedades. Operaciones de reestructuración. Motivos económicos válidos y carga de la prueba

Resolución de 31 de enero de 2013 (00/1894/2011)

Se cuestiona la existencia de motivos económicos válidos en la absorción de una entidad de mera tenencia de bienes, prácticamente inactiva y que tributaba en régimen de transparencia fiscal, la cual disponía de bases imponibles negativas pendientes de compensar en el momento de la fusión.

El TEAC considera que el contribuyente (sobre quien pesa la carga de la prueba a estos efectos) no ha acreditado la existencia de tales motivos y recuerda que su criterio, ya expuesto en resoluciones anteriores, es que la sociedad fusionada ha de tener una actividad empresarial para apreciar tales motivos. El ahorro de costes no se considera un motivo económico suficiente, según el TEAC, porque tales costes son presumiblemente mínimos y, además, podrían haberse evitado liquidando sin más la sociedad.

Impuesto sobre Sociedades. Pruebas válidas a los efectos de determinar el ejercicio al que deben imputarse rentas no declaradas

Resolución de 21 de marzo de 2013 (00/7722/2012)

La cuestión controvertida es si una vez presumida la existencia de una renta no declarada (en los términos del apartado 4 del artículo 140 de la Ley 43/1995, actual artículo 134 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, «TRLIS»), por haberse registrado en contabilidad una deuda cuya existencia no ha sido justificada, puede utilizarse o no la documentación contable como medio de prueba para acreditar que dicha deuda tiene su origen en un período prescrito, evitando así, en consecuencia, la imputación al más antiguo de los períodos no prescritos que prevé el apartado 5 de dicho precepto.

Interpreta el TEAC que cuando la Ley establece que «*El importe de la renta consecuencia de las presunciones contenidas en los apartados anteriores se imputará al período impositivo más antiguo de entre los no prescritos, excepto que el sujeto pasivo pruebe que corresponde a otro u otros*», no impone limitación alguna respecto de los medios de prueba que el contribuyente puede emplear para acreditar que la renta presunta corresponde a un período distinto del más antiguo entre los no prescritos, esto es, no exige necesariamente una prueba extracontable, por lo que resultará válido cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluidos los libros de contabilidad de los empresarios debidamente legalizados.

Y, según el TEAC, no puede rechazarse la validez probatoria de los libros contables sobre la base de que, al registrar deudas inexistentes, no reflejarían la imagen fiel del patrimonio de la entidad. Recuerda el TEAC que, de hecho, esta cuestión ha sido abordada por el Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de octubre de 2012, en la que admite los libros de contabilidad debidamente legalizados como medio de prueba para acreditar el período impositivo al que debe resultar imputable la renta presunta derivada de deudas inexistentes registradas en contabilidad, rechazando que puedan ser excluidos bajo el argumento de que no reflejan la imagen fiel de la entidad.

Impuesto sobre Sociedades. Deducciones procedentes de ejercicios prescritos

Resolución de 21 de marzo de 2013 (00/2234/2011)

Entre otras cuestiones, se examina la posibilidad de la Administración de comprobar deducciones generadas en ejercicios prescritos y aplicadas en un ejercicio no prescrito.

Confirma el TEAC esta posibilidad, incluso cuando entre el ejercicio de generación de la deducción (2001) y el de su aplicación (2007), ha habido ejercicios que han sido objeto de comprobación de alcance general (y en cuyas autoliquidaciones consta la deducción de 2001 como pendiente de aplicar), y que resultaron en actas de comprobado y conforme.

4 · CONSULTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS

Impuesto sobre Sociedades. Régimen especial de operaciones de reestructuración

Consulta de 8 de octubre de 2012 (V1940-12)

Las entidades consultantes, T y S, se encuentran participadas directa o indirectamente por la misma persona física, presentando la siguiente composición accionarial:

- La entidad T se encuentra participada en un 100% por la persona física.
- La entidad S se encuentra participada en un 64% por la persona física y el 36% restante pertenece a la sociedad C, cuyo capital social corresponde en su totalidad a la persona física.

Se pretende realizar una operación de fusión por absorción mediante la cual la entidad T absorbería S con arreglo a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 3/2009. De los hechos manifestados en el escrito de consulta parece desprenderse que la sociedad consultante (absorbente) no ampliará capital, por lo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 52.2 de la Ley 3/2009, la fusión provocaría una disminución del patrimonio neto de la sociedad C, por la participación que ostenta en la sociedad absorbida S, por lo que la sociedad absorbente deberá compensar a la sociedad C por el valor razonable de dicha participación.

En tal supuesto, a efectos del Impuesto sobre Sociedades, la DGT concluye que en sede de la sociedad C se generará una renta por diferencia entre el valor de mercado de la participación que tenía en la sociedad absorbida (S) y su valor contable. Dado que dicha sociedad no participa en la operación de fusión, no puede plantearse el diferimiento de esa renta bajo el régimen fiscal especial, por lo que la sociedad C deberá integrar la renta previamente señalada en la base imponible del período impositivo en que se lleve a cabo la mencionada compensación.

Impuesto sobre Sociedades. Fondo de comercio financiero

Consulta de 26 de octubre de 2012 (V2055-12)

La entidad consultante se cuestiona cómo debe calcularse el fondo de comercio financiero que genera el derecho a la aplicación de la deducción establecida en el apartado 5 del artículo 12 del TRLIS y, en concreto, si deben tenerse en cuenta aquellos fondos de comercio que figuren contabilizados en las entidades indirectamente participadas.

Al respecto, indica la DGT que para el cálculo del referido fondo de comercio deben tenerse en cuenta los activos identificables correspondientes al negocio adquirido en la fecha en que se haya producido dicha adquisición, en los términos establecidos en la normativa contable española de consolidación, sin que entre tales activos deban incluirse los posibles fondos de comercio que figuren contabilizados en entidades *subholding*, pues ello supondría alterar irracionalmente las normas de consolidación contable españolas. Así, «*el hecho de que exista un fondo de comercio reflejado en la contabilidad de dicha entidad subholding sólo refleja que alguien previamente le ha otorgado un valor y que ha satisfecho un precio de adquisición por el mismo, pero no lo convierte en un activo identificable que haya que valorar por su valor razonable, ya que precisamente la falta de identificación del fondo de comercio es algo intrínseco a su naturaleza. Lo contrario dejaría podría dejar sin efecto la aplicación del artículo 12.5 del TRLIS y discriminaría en función de que la adquisición se realizara directa o indirectamente*».

Impuesto sobre el Valor Añadido. Aportación de rama de actividad no sujeta al IVA

Consulta de 11 de diciembre (V2378-12)

El consultante es una persona física titular de una autorización administrativa para la apertura de una oficina de farmacia que transmite a una sociedad limitada todos los activos afectos a la gestión del negocio de farmacia (existencias, útiles y local comercial), salvo la licencia administrativa, que permanece a nombre del consultante porque la normativa sectorial impide su transmisión a una persona jurídica.

Entiende la DGT que el hecho de que en el supuesto planteado la normativa sectorial aplicable no permita la transmisión de la licencia administrativa a una persona jurídica no debe impedir la aplicación de la no sujeción prevista en el artículo 7.1.º de la LIVA.

Impuesto sobre Sociedades. Motivos económicos válidos a efectos de la restricción de la deducibilidad del endeudamiento prevista en el artículo 14.1.h) del TRLIS

Consulta de 20 de noviembre de 2012 (V2234-12)

Sociedad española, perteneciente a un grupo belga, que aglutina parte de las participaciones del grupo en filiales latinoamericanas. Se ha aprobado la adquisición por la sociedad española de una sociedad suiza que posee el resto de las participaciones en las filiales del grupo en Latinoamérica y la posterior absorción de la sociedad suiza por la sociedad española, fusión que permitirá que la sociedad española posea todas las participaciones en Latinoamérica directamente.

Con el objeto de financiar la adquisición de la sociedad suiza, la entidad consultante suscribió un préstamo participativo a largo plazo concedido por una sociedad belga que también forma parte de su grupo.

Se consulta si los motivos económicos de la operación de reestructuración efectuada, es decir, ahorrar en los costes de mantenimiento del grupo, optimizando la estructura empresarial y mejorando la gestión y el control de sus participaciones en las sociedades latinoamericanas, pueden considerarse motivos económicos válidos a los efectos de lo dispuesto en el artículo 14.1.h) TRLIS (deducibilidad fiscal de gastos financieros en adquisiciones intragrupo) y si, por tanto, los intereses abonados en virtud del préstamo participativo tienen la consideración de gasto fiscalmente deducible.

La DGT considera que los motivos alegados parecen estar más relacionados con la desaparición de la entidad suiza que con la propia adquisición realizada por la entidad consultante. En este sentido, el ahorro de costes resultante de la reducción de los gastos de gestión mediante la desaparición de la entidad suiza es inherente a toda operación de fusión, en la medida en que implica, per se, una simplificación de la estructura del grupo, por lo que este motivo no resulta válido a efectos de la deducibilidad fiscal del gasto financiero.

Impuesto sobre Sociedades. Inclusión de ingresos por impuestos en la base imponible

Consulta de 12 de diciembre de 2012 (V2393-12)

La entidad consultante mantenía deudas con la Agencia Estatal de Administración Tributaria por cuotas no ingresadas del Impuesto sobre Sociedades y el IVA, así como por intereses de demora, sanciones y recargos de apremio sobre las deudas anteriores. Transcurrido el plazo de prescripción para el cobro por parte de la Administración Tributaria de las deudas anteriores, estas quedaron extinguidas y, en consecuencia, la entidad consultante reconoció un ingreso contable.

Puesto que el TRLIS no establece ninguna previsión específica sobre este tema, la DGT considera que, en aplicación del artículo 10.3 del TRLIS, debe reconocerse un ingreso fiscal en el ejercicio en que se produjo la extinción de la deuda tributaria, de acuerdo con el principio de devengo recogido en el TRLIS, y esto con independencia de que el origen de la deuda sea el Impuesto sobre Sociedades (y de que, por tanto, el gasto contable no fuera deducible en el Impuesto sobre Sociedades en su momento).

Impuesto sobre Sociedades. Redomiciliación fuera de España

Consulta de 18 de diciembre de 2012 (V2477-12)

La sociedad consultante H es una sociedad de responsabilidad limitada residente en España que se dedica a la gestión y administración de valores representativos de fondos propios de entidades no residentes en territorio español, mediante la correspondiente organización de medios materiales y humanos. Cuenta con bases imposables negativas pendientes de compensar proce-

dentes de ejercicios anteriores. H se encuentra acogida al régimen fiscal especial de entidades de tenencia de valores extranjeros y está íntegramente participada por una sociedad residente fiscal en Canadá.

En la actualidad, el grupo multinacional al que pertenece H pretende ubicar en Luxemburgo la sede de dirección efectiva de dicha entidad *holding*. Para ello, se pretende llevar a cabo el traslado del domicilio social y la residencia fiscal de la entidad H a Luxemburgo.

A este respecto, la DGT entiende que la renta que deberá integrar en su base imponible la sociedad consultante con motivo del traslado de su domicilio social a Luxemburgo (renta que coincidirá con las plusvalías latentes existentes en las entidades no residentes titularidad de H), podrá beneficiarse de lo dispuesto en los artículos 21 y 117 del TRLIS, aun cuando no se produce una auténtica transmisión a terceros de las participaciones de las filiales.

Asimismo, la DGT considera que una interpretación integradora y razonable de la norma permite considerar que la limitación a la compensación de bases imponibles negativas procedentes de ejercicios anteriores establecida en el artículo 9. Primero. Dos del Real Decreto-ley 9/2011 no resultará de aplicación en el último período impositivo en que la entidad quede sometida a tributación en España, por cuanto la finalidad de dicho precepto no es otra que establecer una anticipación de impuestos, pero no un incremento de la carga impositiva.

Impuesto sobre el Valor Añadido. Modificación de la base imponible

Consulta de 20 de diciembre de 2012 (V2512-12)

La Ley del IVA ofrece la posibilidad de reducir la base imponible del impuesto cuando los créditos que se corresponden con las cuotas repercutidas por las operaciones gravadas son total o parcialmente incobrables si, entre otros requisitos, el sujeto pasivo insta su cobro mediante reclamación judicial al deudor o por medio de requerimiento notarial.

De acuerdo con la DGT, las cautelas a las que responde la condición que se establece legalmente, según la cual no cabe la modificación de la base imponible por impago del destinatario si no se ha instado judicialmente el cobro por parte del acreedor, han de considerarse cumplidas cuando en el oportuno contrato se haya incluido una cláusula de arbitraje y efectivamente se acude a esta posibilidad.

Impuesto sobre el Valor Añadido. Exenciones. Servicios de gestión discrecional de carteras de inversión

Consulta de 2 de enero de 2013 (V0001-13)

Hasta la fecha, la DGT mantenía que los servicios de gestión discrecional de valores estaban exentos del IVA, en virtud del artículo 20, apartado uno, número 18, letra k) de la Ley 37/1992.

En esta consulta, la DGT rectifica el criterio anterior, a la luz de la sentencia del Tribunal de la Unión Europea de fecha 19 de julio de 2012, recaída en el asunto C-44/11, Deutsche Bank AG, e indica que los servicios de gestión discrecional de cartera no están exentos del impuesto.

Impuesto sobre Sociedades. Régimen especial de operaciones de reestructuración

Consulta de 23 de enero de 2013 (V0191-13)

La entidad consultante desarrolla las actividades de explotación de un aparcamiento público y de alquiler y venta de locales y trasteros. Se está estudiando establecer una dirección y gestión diferenciadas para cada una de dichas actividades. En este contexto, se pretenden separar las dos actividades realizadas por la entidad llevando a cabo una operación de escisión parcial de la rama de actividad de arrendamiento de locales y trasteros, aportando estos activos y pasivos a una entidad de nueva creación.

El concepto de rama de actividad requiere la existencia de una organización empresarial diferenciada para cada conjunto patrimonial que determine la existencia autónoma de una actividad económica que permita identificar un conjunto patrimonial afectado o destinado a ella, lo cual exige que esta autonomía sea motivada por la diferente naturaleza de las actividades desarrolladas por cada rama.

La DGT considera que la actividad de arrendamiento y la actividad de explotación de aparcamiento carecían de una gestión y organización de medios materiales y personales diferenciadas,

y que la diferenciación de su organización y gestión se pretende implementar con la finalidad de cumplir con el requisito exigido de «rama de actividad», sin que existiera con anterioridad de manera «habitual y continuada».

Con base en esta argumentación, la DGT concluye que el patrimonio transmitido no determina la existencia de una explotación económica en sede de la sociedad transmitente, determinante de una rama de actividad que se segrega y transmite a la entidad adquirente, por lo que la operación de escisión parcial planteada no cumple la definición establecida en el artículo 83.2 del TRLIS y no podría acogerse al régimen fiscal especial del capítulo VII del título VII del TRLIS.

UNIÓN EUROPEA*

1 · LEGISLACIÓN

**Protección de los consumidores.
Resolución alternativa de litigios**

Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (DOUE L 165, de 18 de junio de 2013)

La Directiva 2013/11/UE garantiza que los consumidores puedan presentar reclamaciones contra los comerciantes de manera gratuita mediante el mecanismo de resolución alternativa de litigios. En estos procedimientos contarán con mediadores independientes e imparciales. El acceso a estas vías de resolución de litigios debe beneficiar a los consumidores y aumentar su confianza en el mercado.

**Protección de los consumidores.
Resolución de litigios online**

Reglamento 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 sobre resolución de litigios en línea y por el que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (DOUE L 165, de 18 de junio de 2013)

El objetivo del Reglamento es la creación de una plataforma digital de resolución de conflictos *online* que facilite la resolución extrajudicial de conflictos. En esta plataforma digital los consumidores encontrarán los formularios de reclamación para ayudarles durante el proceso e información sobre el modelo de resolución más apropiado para cada caso.

2 · JURISPRUDENCIA

**Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
Principio *non bis in idem***

Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013 en el asunto Åklagaren contra Hans Åkerberg Fransson (as. C-617/10)

El Tribunal de Justicia recuerda que las disposiciones de la Carta de los Derechos Fundamentales se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión.

Según el Tribunal, el principio *non bis in idem* no se opone a que un Estado miembro imponga por los mismos hechos de incumplimiento de obligaciones declarativas del IVA, un recargo fiscal y una sanción penal si la primera de las sanciones no tiene carácter penal.

* Esta sección ha sido coordinada por Edurne Navarro, y en su elaboración han participado Luis Moscoso del Prado y Marta Andrés Vaquero, del Grupo de Coordinación de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea, Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Bruselas y Madrid).

- Transporte ferroviario. Incumplimiento de obligaciones derivadas de las directivas** *Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 2013 en el asunto Comisión Europea contra Hungría, Reino de España, República de Austria y República Federal de Alemania (as. ac. C-473/10, C-483/10, C-555/10 y C-556/10)*
- Según el Tribunal de Justicia, Hungría y España han incumplido sus obligaciones derivadas del Derecho de la Unión en materia de transporte ferroviario. Ambos países han incumplido sus obligaciones relativas a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria y la aplicación de cánones para su utilización al no haber adoptado a tiempo todas las disposiciones necesarias. En cambio, el Tribunal considera que las legislaciones austriaca y alemana en esa materia son conformes con el Derecho de la Unión.
- Derechos de autor. Retransmisión de emisiones de televisión por Internet** *Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de marzo de 2013 en el asunto ITV Broadcasting Ltd y otros contra TV Catch Up Ltd (as. C-607/11)*
- Véase el comentario a esta sentencia que se incluye en esta misma sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» (Propiedad Intelectual) de este mismo número de la Revista.
- Aproximación de leyes. Medio ambiente** *Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013 en el asunto Jutta Leth contra Republik Österreich y Land Niederösterreich (as. C-420/11)*
- Véase el comentario a esta sentencia que se incluye en esta misma sección de «Crónica de Legislación y Jurisprudencia» (Medio Ambiente) de este mismo número de la Revista.
- Cláusulas abusivas. Contrato de suministro de gas** *Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 2013 en el asunto RWE Vertrieb AG contra Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV (as. C-92/11)*
- El Tribunal de Justicia declara que una cláusula tipo incluida en contratos celebrados con consumidores que permita al suministrador de gas adaptar el precio de manera unilateral está sometida al control de su carácter abusivo aun cuando se limite a reproducir una normativa nacional aplicable a otra categoría de contratos.
- Patente unitaria. Cooperación reforzada** *Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de abril de 2013 en el asunto Reino de España y República Italiana contra Consejo de la Unión Europea (as. ac. C-274/11 y C-295/11)*
- El Tribunal de Justicia desestima los recursos interpuestos por España e Italia contra la Decisión del Consejo por la que se autoriza la cooperación reforzada en el ámbito de la patente unitaria. El Tribunal considera que la decisión del Consejo de autorizar una cooperación reforzada tras haber comprobado que la Unión en su conjunto no podía establecer una patente unitaria y su régimen lingüístico en un plazo razonable, no supone eludir la exigencia de unanimidad, sino que contribuye al proceso de integración, dado que no era posible lograr un régimen común para el conjunto de la Unión en un plazo razonable. Asimismo, se considera que la Decisión impugnada no vulnera las competencias, derechos u obligaciones de los Estados miembros que no participen en la cooperación reforzada.
- Transporte ferroviario. Separación de entidades que explotan servicios ferroviarios** *Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de abril de 2013 en el asunto Comisión Europea contra República Francesa (as. C-625/10)*
- El Tribunal de Justicia ha declarado que la República Francesa ha incumplido sus obligaciones derivadas del Derecho de la Unión en materia de transporte ferroviario al no haber previsto la separación de las entidades que explotan servicios ferroviarios (*Société Nationale des Chemins de Fer Français*) de las encargadas de la administración de la infraestructura (*Réseau Ferré de France*), en especial en lo que se refiere al ejercicio de funciones consideradas esenciales, entre ellas la asignación de franjas horarias. Asimismo, se declara que la normativa francesa no comprende un sistema de incentivos conforme a la Directiva 2001/14 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, relativa a la adjudicación de la capacidad de la infraestructura ferroviaria, aplicación de cánones por su utilización y certificación de la seguridad.

**Libertad de
establecimiento.
Gravamen sobre
plusvalías**

Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de abril de 2013 en el asunto Comisión Europea contra Reino de España (as. C-64/11)

El Tribunal de Justicia ha considerado que el artículo 17.1 de la Ley del Impuesto de Sociedades, que grava las plusvalías latentes en caso de traslado de la residencia o transferencia de los activos de una sociedad establecida en España a otro Estado miembro, es contrario al Derecho de la Unión. Según el Tribunal, se produce una penalización respecto a sociedades similares que efectúen ese traslado o transferencia dentro del territorio español, ya que para estas, las plusvalías derivadas de esas operaciones no se integrarán en la base imponible del impuesto sobre sociedades hasta el momento en que se materialicen efectivamente.

**Incumplimiento de
Estado. Transporte
ferroviario**

Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de mayo de 2013 en el asunto Comisión Europea contra República de Polonia (as. C-512/10)

El Tribunal de Justicia ha declarado culpable a la República de Polonia de haber incumplido las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión en materia de transporte ferroviario en relación con la adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria y la aplicación de cánones por su utilización.

El motivo del incumplimiento es no haber adoptado medidas para incentivar al administrador de infraestructuras a reducir los costes de la puesta a disposición de la infraestructura y la cuantía de los cánones de acceso, y al permitir que se incluyan en el cálculo de los cánones percibidos por la utilización de acceso a instalaciones de servicio ferroviario costes que no se pueden considerar directamente imputables a la explotación del servicio ferroviario.