

COMENTARIOS JURÍDICOS

ABRIL 2012
VOLUMEN 19

ACTUALIDAD NORMATIVA

- | | |
|---------------------|---|
| I. Medio ambiente | VIII. Mercados financieros |
| II. Agroalimentario | IX. Servicios de interés económico general |
| III. Medicina | X. Energía |
| IV. Consumo | XI. Audiovisual |
| V. Tributos | XII. Telecomunicaciones |
| VI. Contabilidad | XIII. Sociedad de la información
y propiedad intelectual |
| VII. Laboral | |

NOTAS DE COMPETENCIA

- La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales (R. Alonso)
- MOSAICO
 - ▶ Noticias
 - ▶ Prácticas anticompetitivas
 - ▶ Control de concentraciones
- BREVES POR SECTORES (Unión Europea)

& ANÁLISIS

- La «moratoria sancionadora» de la Ley de Regulación del Juego: ¿qué ocurre con los portales de juego *on line* pendientes de licencia? (B. Lozano Cutanda)
- «Venta de empresas» e IVA: la progresiva flexibilización comunitaria de la regla de no sujeción (J. M. Calderón Carrero)
- Errores en la fijación de los precios de los productos en los catálogos de venta *on line*. ¿Hay algún remedio? (Á. Carrasco Perera)
- Pignoraciones de la devolución del IVA y derecho de Hacienda a compensar (Á. Carrasco Perera)
- Análisis de la «jurisprudencia» del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (M. Á. García Otero y B. Lozano Cutanda)
- Los proveedores de acceso a internet no han de ser los vigilantes de los derechos de autor en la red (A. I. Mendoza Losana)
- Guía del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (Área de Derecho Laboral de Gómez-Acebo & Pombo)

Introducción

Los *Comentarios Jurídicos de Gómez-Acebo & Pombo Abogados* pretenden proporcionar un panorama de las principales cuestiones jurídicas de interés para nuestros lectores, clientes y abogados en un formato que aúne tres objetivos: actualidad, claridad y calidad.

Actualidad en la información y en la selección de las materias que se comentan; claridad porque no se trata de hacer un análisis académico de ellas sino de presentarlas de forma sucinta y comprensible, y calidad porque los dos objetivos anteriores no están reñidos ni con la seriedad ni con el rigor del análisis.

El formato del boletín refleja los objetivos mencionados: la primera sección recoge una descripción de la

normativa más reciente en sectores seleccionados en función de las áreas de trabajo de la Firma; la segunda ofrece información y comentarios concernientes al derecho de la competencia estatal y comunitario, y la tercera aborda, con algo más de extensión y profundidad, análisis concretos de temas jurídicos relevantes relativos a realidades normativas o jurisprudenciales que inciden en sectores en los que el Despacho mantiene una asidua labor de asesoramiento jurídico.

Nuestro objetivo es mantener un nivel de concreción, de atractivo y de calidad que hagan de este boletín una publicación de interés para nuestros lectores y clientes. Para ello contamos con inmejorables profesionales, por lo que no dudamos de que así será.

Responsables

Actualidad Normativa

Rosana Hallett

Of counsel de Gómez-Acebo & Pombo

Notas de Competencia

Grupo de Competencia

de Gómez-Acebo & Pombo

& Análisis

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil

Director del Centro de Estudios de Consumo
de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo



Depósito legal: M-33658-2009

Abril del 2012

Edición y corrección: Cristina Sierra de Grado

Diseño: Héctor Martín López

Maquetación: José Ángel Rodríguez León

Impreso en España

Impresión: Fundación Carmen Pardo-Valcarce

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2012. Todos los derechos reservados

Actualidad Normativa

I.	Medio ambiente	6	VIII.	Mercados financieros	11
II.	Agroalimentario	6	IX.	Servicios de interés económico general	13
III.	Medicina	7	X.	Energía	13
IV.	Consumo	8	XI.	Audiovisual	14
V.	Tributos	8	XII.	Telecomunicaciones	15
VI.	Contabilidad	9	XIII.	Sociedad de la información y propiedad intelectual	15
VII.	Laboral	10			

Notas de Competencia

– La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales	18
– MOSAICO	24
› Noticias	24
› Prácticas anticompetitivas	25
› Control de concentraciones	27
– BREVES POR SECTORES (Unión Europea)	29

& Análisis

– La «moratoria sancionadora» de la Ley de Regulación del Juego: ¿qué ocurre con los portales de <i>juego on line</i> pendientes de licencia?	36
– «Venta de empresas» e IVA: la progresiva flexibilización comunitaria de la regla de no sujeción	39
– Errores en la fijación de los precios de los productos en los catálogos de venta <i>on line</i> . ¿Hay algún remedio?	43
– Pignoraciones de la devolución del IVA y derecho de Hacienda a compensar	46
– Análisis de la «jurisprudencia» del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales	50
– Los proveedores de acceso a internet no han de ser los vigilantes de los derechos de autor en la red	54
– Guía del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral	58

GÓMEZ-ACEBO & POMBO

Sección coordinada por

Rosana Hallett

Of counsel de Gómez-Acebo & Pombo

Actualidad Normativa

I.	Medio ambiente	6
II.	Agroalimentario	6
III.	Medicina	7
IV.	Consumo	8
V.	Tributos	8
VI.	Contabilidad	9
VII.	Laboral	10
VIII.	Mercados financieros	11
IX.	Servicios de interés económico general	13
X.	Energía	13
XI.	Audiovisual	14
XII.	Telecomunicaciones	15
XIII.	Sociedad de la información y propiedad intelectual	15

I. Medio ambiente

En el primer trimestre de esta edición legislativa destacamos en materia ambiental las normas de carácter autonómico que analizamos a continuación:

1. El **Decreto 278/2011, de 27 de diciembre, por el que se regulan las instalaciones en las que se desarrollen actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera**. Se aplica a todas las instalaciones en las que se desarrollen actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera en la Comunidad Autónoma del País Vasco relativas a su construcción, montaje, explotación, traslado o modificación sustancial según el anexo I del Real Decreto 100/2011, de 28 de enero, por el que se actualiza el catálogo de actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera y se establecen las disposiciones básicas para su aplicación. La autorización se otorgará por un plazo máximo de ocho años, transcurrido el cual, se renovará automáticamente por periodos sucesivos. Las instalaciones que dispongan de sistemas de gestión ambiental certificados de conformidad con el Reglamento EMAS podrán adaptarse al real decreto mencionado hasta el 30 de enero del 2015. El régimen sancionador aplicable será el previsto en la normativa sobre calidad del aire y protección de la atmósfera o en la Ley General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco.
2. El **Decreto 5/2012, de 17 de enero, por el que se regula la autorización ambiental integrada y se modifica el Decreto 356/2010, de 3 de agosto, por el que se regula la autorización ambiental unificada**, relativo al sometimiento a autorización ambiental integrada de las instalaciones públicas y privadas ubicadas en la Comunidad Autónoma de Andalucía en las que se desarrollen alguna o parte de las actividades señaladas en el anexo I del citado decreto, tanto en lo que se refiere a su construcción, explotación o traslado, como en el caso de modificación sustancial de dichas instalaciones o parte de ellas. La autorización ambiental integrada tendrá por finalidad evitar, reducir y controlar la contaminación de la atmósfera, del agua y del suelo; la utilización de manera eficiente

de la energía, de las materias primas y del paisaje; integrar en una resolución única los pronunciamientos, decisiones y autorizaciones previstos en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, incluida la autorización de vertido al saneamiento de competencia municipal. El procedimiento de tramitación tendrá una duración máxima de diez meses, transcurridos los cuales sin haberse notificado resolución expresa se deberá entender desestimada la solicitud presentada por el particular. La autorización ambiental integrada se otorgará por un plazo máximo de ocho años y tendrá efectividad desde la fecha de su notificación.

3. El **Decreto 6/2012, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica en Andalucía y se modifica el Decreto 357/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la Protección de la Calidad del Cielo Nocturno frente a la contaminación lumínica y el establecimiento de medidas de ahorro y eficiencia energética**. Este decreto se aplica a cualquier infraestructura, instalación, maquinaria o proyecto de construcción de carácter público o privado que se pretendan llevar a cabo en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía y produzcan o sean susceptibles de producir contaminación acústica por ruidos o vibraciones, salvo en caso de actividades militares, actividades domésticas que produzcan contaminación acústica dentro de los límites permitidos en las ordenanzas municipales y en el ámbito laboral. Los Ayuntamientos deberán determinar las áreas de sensibilidad acústica y los mapas estratégicos de ruidos en atención a los usos predominantes del suelo, actuales o previstos. En caso de los establecimientos de espectáculos públicos y actividades recreativas, no se permitirá alcanzar en el interior de las zonas destinadas al público niveles de presión sonora superiores a 90 dBA, salvo que en los accesos a dichos espacios se advierta que los niveles sonoros pueden producir lesiones permanentes en la función auditiva.

II. Agroalimentario

Este trimestre merece especial mención el **Real Decreto 202/2012, de 23 de enero, sobre la aplicación a partir del 2012 de los pagos directos a la agricultura y a la ganadería**, que establece la normativa básica aplicable a partir del año 2012 a los regímenes de ayuda comunitarios y deroga el Real Decreto 66/2010, de 29 de enero, al establecerse que la mayoría de los pagos directos pasarán a ser desacoplados, quedando algunos regímenes de ayuda ligados a la producción y otros que recibirán una ayuda específica (art. 68 del Reglamento (CE) núm. 73/2009 del Consejo, de 19 de enero).

Entre las novedades del nuevo régimen destaca el establecimiento de una única solicitud para todos los regímenes de ayudas a los que opte un agricultor, incluido el régimen del pago único. Además, los beneficiarios de cualquier pago directo relacionado en el artículo 1 tendrán que cumplir lo establecido por el Real Decreto 486/2009, de 3 de abril, por el que se establecen los requisitos legales de gestión y las buenas condiciones agrarias y medioambientales que deben cumplir los agricultores que reciban pagos directos en el marco de la política agrícola común, los beneficiarios de determinadas ayudas de desarrollo

rural y los agricultores que reciban ayudas en virtud de los programas de apoyo a la reestructuración y reconversión y a la prima de arranque del viñedo.

El título II de este real decreto regula el régimen de pago único estableciendo, entre otros extremos, que cada derecho de ayuda por el que se solicite el pago único deberá justificarse con una hectárea admisible ubicada en el territorio nacional, con excepción de las correspondientes a la Comunidad Autónoma de Canarias. No obstante lo anterior, los agricultores que soliciten el cobro de derechos excepcionales o especiales de pago único quedarán exentos de esta obligación, aunque habrán de mantener al menos el 50 % de la actividad ejercida en el periodo de referencia expresada en unidades de ganado mayor (UGM) y, en el caso de los derechos excepcionales, cuando se cumplan las normas y requisitos establecidos en el artículo 7.5 del Real Decreto 1680/2009, de 13 de noviembre.

Por su parte, el título III regula los regímenes de ayuda a determinados cultivos —algodón, remolacha azucarera, frutos de cáscara—, el título IV se dedica a los regímenes de ayuda por ganado vacuno (identificado y registrado de acuerdo con las disposiciones del

Real Decreto 1980/1998, de 18 de septiembre) y el título V atiende a las ayudas específicas por aplicación del artículo 68 del Reglamento (CE) núm. 73/2009 del Consejo, de 19 de enero.

El Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (nueva denominación del departamento tras la reestructuración ministerial), basándose en la información recibida de las comunidades autónomas correspondiente a cada uno de los regímenes de ayuda, verificará el respeto a los límites presupuestarios y comunicará el coeficiente que deba aplicarse a los importes que se han de pagar por cada régimen de ayuda o, en su caso, el importe unitario aplicable.

Los pagos correspondientes a las ayudas contempladas en el artículo 1 se efectuarán entre el 1 de diciembre y el 30 de junio del año natural siguiente, pudiendo llevarse a cabo en dos plazos.

Se prevé que esta norma se encuentre vigente hasta el 2014, año a partir del cual se exigirá una nueva política agrícola común (PAC), siendo de aplicación en todo el territorio nacional salvo en la Comunidad Autónoma de Canarias, donde regirán sus programas específicos.

III. Medicina

Resulta de gran interés el **Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre, por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de biobancos para investigación biomédica.**

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones reguladas por el real decreto, el nuevo texto normativo define «biobanco con fines de investigación biomédica» como un establecimiento público o privado, sin ánimo de lucro, que acoge una o varias colecciones de muestras biológicas de origen humano con fines de investigación biomédica, organizadas como una unidad técnica con criterios de calidad, orden y destino, con independencia de que albergue muestras con otras finalidades.

A su vez, en lo que concierne al régimen del tratamiento de muestras biológicas de origen humano con fines de investigación biomédica, debe destacarse que el real decreto desarrolla la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica.

Interesa destacar que las disposiciones del nuevo real decreto no son de aplicación:

a) A las colecciones de muestras biológicas de origen humano mantenidas por personas físicas para usos exclusivamente personales distintos de la investigación biomédica, a las que será de aplicación, en

su caso, la legislación sobre protección de datos de carácter personal.

b) A las muestras biológicas de origen humano, aunque estén ordenadas como colección, y a los biobancos, cuando las muestras se hayan obtenido y se utilicen exclusivamente con fines asistenciales o con cualquier otro fin profesional ajeno a la investigación biomédica.

c) A los preembriones y los ovocitos de origen humano, cuya conservación y tratamiento se llevará a cabo según lo dispuesto por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y su normativa de desarrollo.

d) A los ensayos clínicos con medicamentos y productos sanitarios, que se regirán por su normativa específica, si bien quedan incluidas en el ámbito de aplicación de este real decreto las muestras biológicas de origen humano que hayan sido obtenidas en ensayos clínicos con medicamentos y productos sanitarios, una vez terminado el ensayo clínico correspondiente y siempre que entren a formar parte de una colección o de un biobanco.

Por lo demás, de la regulación del Real Decreto 1716/2011 cabe resaltar lo dispuesto en el artículo 30 sobre la gratuidad de la donación y utilización de muestras biológicas de origen humano en la medida en que afecta a las condiciones de publicidad o promoción de los centros autorizados. En efecto, según dicho artículo:

- «1. La donación y utilización de muestras biológicas de origen humano serán gratuitas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 7 y concordantes de la Ley 14/2007, de 3 de julio.
2. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar por la obtención de muestras biológicas de origen humano con fines de investigación biomédica sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas, los gastos de desplazamiento y laborales y otros inconvenientes que se puedan derivar de la toma de la muestra, y no podrá suponer un incentivo económico.
3. Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, y no podrá en ningún caso alentar la donación mediante la oferta de compensaciones económicas distintas de la estrictamente resarcitoria prevista en el apartado anterior».

IV. Consumo

1. El **Reglamento (UE) núm. 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre del 2011, sobre la información alimentaria facilitada al consumidor y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 1924/2006 y (CE) núm. 1925/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, y por el que se derogan la Directiva 87/250/CEE de la Comisión, la Directiva 90/496/CEE del Consejo, la Directiva 1999/10/CE de la Comisión, la Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, las Directivas 2002/67/CE y 2008/5/CE de la Comisión y el Reglamento (CE) núm. 608/2004 de la Comisión** establece la base para garantizar un alto nivel de protección de los consumidores en relación con la información alimentaria, teniendo en cuenta las diferencias en la percepción de los consumidores y sus necesidades de información, al mismo tiempo que asegura un funcionamiento correcto del mercado interior.

En este sentido, el reglamento establece los principios generales, los requisitos y las responsabilidades que rigen la información alimentaria y, en particular, el etiquetado de los alimentos. Asimismo, determina los medios para garantizar el derecho de los consumidores a la información, así como los procedimientos para facilitar información alimentaria, teniendo en cuenta la necesidad de dar la flexibilidad suficiente para responder a los futuros avances y los nuevos requisitos de información.

El ámbito de aplicación subjetiva son los operadores de las empresas implicadas en todas las fases de la cadena alimentaria en caso de que sus actividades conciernen a la información alimentaria facilitada al consumidor. También se aplicará a todos los alimentos destinados al consumidor final, incluidos los entregados por las

colectividades y los destinados al suministro de éstas. Finalmente, el reglamento se aplicará a los servicios de restauración que ofrecen las empresas de transporte cuando la salida se produzca desde los territorios de los Estados miembros a los que se aplican los tratados.

Por lo demás, el reglamento tiene carácter general, de modo que será aplicable sin perjuicio de los requisitos de etiquetado previstos en las disposiciones de la Unión aplicables a alimentos concretos.

2. La **Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre del 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo**, deroga la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Los derechos que otorgan estas directivas a los consumidores se integran en la nueva directiva, como dice la exposición de motivos de ésta «a la luz de la experiencia adquirida».
3. El **Reglamento de ejecución (UE) núm. 29/2012 de la Comisión, de 13 de enero del 2012, sobre las normas de comercialización del aceite de oliva**, establece las normas de comercialización, en la fase de comercio al por menor, específicas de los aceites de oliva y de los aceites de orujo de oliva.

V. Tributos

En los últimos meses ha habido interesantes modificaciones en el ámbito tributario:

1. El **Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia**

presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, pretende corregir la desviación del saldo presupuestario.

En el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) destacan las siguientes novedades: a) la incorporación de un gravamen complementario a la cuota íntegra estatal, aplicable en los periodos impositivos 2012 y 2013; b) se reactiva con efectos desde 1 de enero del 2011 la deducción por vivienda habitual sin límite de base imponible para su aplicación; c) se prorroga para el ejercicio 2012 la no consideración como rendimiento del trabajo en especie de los gastos e inversiones para habituar a los empleados a la utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información; d) se prorroga también para el ejercicio 2012 la reducción del 20 % del rendimiento de actividades económicas cuando se cree o mantenga empleo.

En el impuesto de sociedades: a) se mantiene el sistema de cálculo de pagos fraccionados aprobado por el Real Decreto Ley 9/2011; b) el tipo general de retención se incrementa del 19 % al 21 % hasta el 31 de diciembre del 2013; c) se prorroga para el 2012 el tipo *superreducido* del 20 % sobre los primeros trescientos mil euros siempre que se cree o mantenga empleo y se cumplan ciertas condiciones; d) los gastos e inversiones para habituar a los empleados a la utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información darán derecho a la deducción por gastos de formación.

Asimismo: a) se incrementa el tipo de gravamen del impuesto sobre bienes inmuebles en un 10 %, 6 % o 4 % en función del año de la última ponencia de valores realizada en el municipio. Esta modificación no se aplicará a ciertos inmuebles residenciales; b) en el impuesto sobre la renta de no residentes se eleva el tipo general del 24 % al 24,75 % y el tipo sobre dividendos, intereses, ganancias patrimoniales y rentas obtenidas por establecimientos permanentes y transferidas al extranjero del 19 % al 21 %; c) en el IVA se prorroga hasta el 31 de diciembre del 2012 la aplicación del tipo reducido del 4 % a las entregas de viviendas y, finalmente, d) se transpone la Directiva 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo del 2010, sobre asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas a través de modificaciones en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

VI. Contabilidad

En materia de derecho contable destacamos las siguientes novedades:

1. La **Circular 5/2011, de 12 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores**,
2. La **Resolución de 23 de enero del 2012, del Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se modifica la de 3 de enero del 2011, por la que se aprueba el modelo 145, de comunicación de datos del receptor de rentas del trabajo a su pagador o de la variación de los datos previamente comunicados**, adapta este modelo a la eliminación de la distinción anterior entre los contribuyentes con derecho a la deducción por inversión en vivienda habitual conforme al régimen general y a la disposición transitoria decimotercera de la ley del IRPF, que ha sido derogada.
3. En el ámbito comunitario destacamos la **Recomendación 2011/856/UE, de la Comisión, de 15 de diciembre del 2011, relativa a medidas encaminadas a evitar la doble imposición en materia de sucesiones**. Las medidas recomendadas tienen el objetivo de resolver casos de doble imposición, de forma que la carga tributaria general de una sucesión no sea superior a la carga que se aplicaría si únicamente el Estado miembro que tiene la carga tributaria más elevada de los Estados miembros implicados tuviera competencia fiscal sobre la sucesión en su totalidad.
4. Finalmente, en el ámbito foral, en Álava se ha aprobado la **Norma Foral 18/2011, de 22 de diciembre, de Medidas Tributarias para el año 2012**, que recoge distintas modificaciones en el impuesto sobre la renta de las personas físicas, en el impuesto de sociedades y en el impuesto sobre sucesiones y donaciones, y, en la misma línea, en Guipúzcoa, la **Norma Foral 5/2011, de 26 de diciembre, de modificación del impuesto sobre la renta de las personas físicas tendente a la recuperación de la equidad, y de aprobación de otras medidas tributarias**. Asimismo, se restablece el impuesto sobre el patrimonio en los ejercicios 2011 y 2012 por medio de las siguientes normas: **Norma Foral 4/2011, de 28 de diciembre, del Territorio Histórico de Bizkaia, por la que se establece el Impuesto sobre el Patrimonio para 2011 y 2012**; **Norma Foral 6/2011, de 26 de diciembre, del Territorio Histórico de Gipuzkoa, por la que se restablece el Impuesto sobre el Patrimonio**; y la **Norma Foral 19/2011, de 22 de diciembre, del Territorio Histórico de Álava, reguladora del Impuesto sobre el Patrimonio**.

por la que se modifica la Circular 12/2008, de 30 de diciembre, sobre solvencia de las empresas de servicios de inversión y sus grupos consolidables, y la Circular 7/2008, de 26 de noviembre, sobre normas

contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las empresas de servicios de inversión, sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo. Respecto a la solvencia se modifican los conceptos relacionados con los elementos que componen los fondos propios (acciones, participaciones preferentes e híbridos), los grandes riesgos, la cartera de negociación y las políticas de remuneración. Por su parte, en cuanto a la contabilidad, se incorporan preceptos relativos a las combinaciones de negocios y a la consolidación contable.

2. La **Circular 6/2011, de 12 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se modifica la Circular 9/2008,**

de 10 de diciembre, sobre normas contables, estados financieros de información reservada y pública y cuentas anuales de las sociedades rectoras de los mercados secundarios oficiales, con la exclusión del Banco de España, de las entidades rectoras de los sistemas multilaterales de negociación, de la Sociedad de Sistemas, de las entidades de contrapartida central, de la Sociedad de Bolsas, de las sociedades que tengan la titularidad de todas las acciones de organismos rectores de los mercados secundarios oficiales y de sistemas multilaterales de negociación, y de otros sistemas de compensación y liquidación de los mercados que se creen al amparo de lo previsto en la Ley del Mercado de Valores, y se añaden actualizaciones y mejoras técnicas a la Circular 9/2008.

VII. Laboral

En este trimestre también se han producido novedades laborales muy importantes:

1. El ya mencionado **Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público,** ha introducido, también en el ámbito laboral, las siguientes medidas que destacan por su importancia:
 - a) Congelación salarial (art. 2.Dos): «A partir del 1 de enero de 2012, no experimentarán ningún incremento las cuantías de las retribuciones y de la masa salarial» del personal al servicio del sector público.
 - b) Fin de las aportaciones a planes de pensiones (art. 2.Tres): «Durante el ejercicio 2012, las Administraciones [...] no podrán realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación».
 - c) Paralización de la oferta de empleo público (art.3.Uno): «A lo largo del ejercicio 2012 no se procederá a la incorporación de nuevo personal, salvo la que pueda derivarse de la ejecución de procesos selectivos correspondientes a Ofertas de Empleo Público de ejercicios anteriores [...] Artículo Dos: «Durante el año 2012 no se procederá a la contratación de personal temporal ni al nombramiento de personal estatutario temporal o de funcionarios interinos salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables que se restringirán a los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales». Artículo Tres: «Durante el año 2012 no se

autorizarán convocatorias de plazas vacantes de nuevo ingreso que se refieran al personal de la Administración civil del Estado, sus organismos autónomos y agencias estatales, personal civil de la Administración militar, sus organismos autónomos y agencias estatales, personal de la Administración de la Seguridad Social, personal estatutario [...], personal de la Administración de Justicia y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y personal de los entes públicos Agencia Estatal de la Administración Tributaria, Puertos y Autoridades Portuarias, Consejo de Seguridad Nuclear, Agencia de Protección de Datos, Comisión Nacional de la Competencia, Comisión Nacional del Sector Postal y de la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado».

- d) Reducción del aparato administrativo (art. 3.Cuatro): «Durante el año 2012 serán objeto de amortización en departamentos, organismos autónomos, agencias estatales, entidades públicas empresariales y resto de los organismos públicos y entes del sector público estatal, un número equivalente de plazas al de las jubilaciones que se produzcan, en los términos y con el alcance que determine el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, salvo en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales».
- e) Excepciones: sectores y administraciones en los que la tasa de reposición se fija en el 10 %.
- f) Reordenación del tiempo de trabajo (art. 4): «A partir del 1 de enero de 2012, y para el conjunto del sector público estatal, la jornada ordinaria de trabajo tendrá un promedio semanal no inferior a las 37 horas y 30 minutos».

- g) Revalorización y mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones: artículos 5 y 6.
- h) Actualización de las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional (art. 13).
2. Se ha aprobado también la **Orden ESS/1/2012, de 5 de enero, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para el 2012**. De conformidad con el artículo 169.3 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se desarrolla la Ley Orgánica 4/2000, de Extranjería, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, tras las consultas efectuadas a las comunidades autónomas y una vez recibida la información del Servicio Público de Empleo Estatal sobre la situación nacional de empleo, ha considerado conveniente no aprobar contrataciones de puestos de trabajo de carácter estable. Del mismo modo, y en atención a las citadas consultas e información recibida, tampoco se prevé la concesión de visados para búsqueda de empleo dirigidos a hijos y nietos de español de origen o limitados a determinadas ocupaciones. Por el contrario, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, sigue siendo necesario contratar en origen trabajadores extranjeros (no comunitarios) de temporada o por obra o servicio para el 2012 y, a tal fin, la orden establece las particularidades del procedimiento de contratación.
3. El **Real Decreto Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero**, establece en su título IV el régimen aplicable a las retribuciones de los administradores y directivos de entidades de crédito que hayan precisado o necesiten en el futuro apoyo financiero del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), atendiendo a las recomendaciones del Financial Stability Board (FSB) y de la Comisión Europea y siguiendo la pauta marcada por la Directiva 2010/76/UE, de 24 de noviembre del 2010, y por el Informe sobre Remuneraciones de 27 de enero del 2012 emitido por el Banco de España.
4. La **Orden ESS/184/2012, de 2 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2012**.
5. El **Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral**, incide en materias muy relevantes, entre otras, las siguientes:
- a) Modalidades contractuales: nuevo contrato para emprendedores, nuevo trabajo a distancia, modificaciones en los contratos para la formación y el aprendizaje y a tiempo parcial.
- b) Flexibilidad interna: cambios relevantes en movilidad funcional, modificaciones sustanciales de las condiciones laborales, traslados, descuelgues (no sólo salariales) y en el significado de las causas económicas.
- c) Extinción del contrato: redefinición de las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas; supresión de la autorización administrativa y simplificación del procedimiento en los ERE (que expresamente se admiten en el sector público); reducción de cuarenta y cinco a treinta y tres días de indemnización por despido, sin menoscabo de derechos indemnizatorios adquiridos; eliminación generalizada de los salarios de tramitación. Sobre el procedimiento se ha dictado la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, sobre vigencia transitoria de determinados artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, aprobado por Real Decreto 801/2011, de 10 de junio (BOE de 13 de marzo).
- d) Intermediación laboral a través de empresas de trabajo temporal.
- e) Negociación colectiva: preferencia de los convenios de empresa frente a los de sector en materias clave y eliminación parcial de la ultraactividad (2 años).
- f) Formación profesional y para el empleo: potenciación y apertura.
6. Y por último deben citarse, por su posible relación con la materia laboral, al menos otras dos normas recientemente aprobadas: el **Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles**, que excluye de su ámbito de aplicación la mediación penal, la mediación con las Administraciones Públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo; y el **Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades financieras**, contiene en su título I una serie de medidas destinadas a articular nuevos requerimientos

VIII. Mercados financieros

1. El mencionado **Real Decreto Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector**

financiero, contiene en su título I una serie de medidas destinadas a articular nuevos requerimientos

de provisiones y capital adicionales, al objeto exclusivo de dar cobertura al deterioro que se ha producido en los balances bancarios ocasionado por los activos vinculados a la actividad inmobiliaria. Siendo considerada esta circunstancia como una de las que han contribuido, a consecuencia de la evolución de la economía, al actual deterioro del sector, resulta de enorme importancia toda medida que busque soluciones al problema planteado. De ahí que, entre los distintos extremos que prevé la norma, puedan destacarse las siguientes medidas para el saneamiento de los balances de las entidades de crédito:

- Se establece un nuevo esquema de cobertura para todas las financiaciones y activos adjudicados o recibidos en pago de deuda relacionados con el sector inmobiliario.
- Se impone un nuevo requerimiento de capital suplementario de la máxima calidad (capital principal) sobre la misma base de cobertura de activos dudosos o subestándar o adjudicados en pago derivados de la financiación de suelo para promoción inmobiliaria.

Por lo que se refiere a los procesos de integración de las entidades de crédito, habrá que tener en cuenta lo siguiente:

- El ajuste a estas exigencias debe ejecutarse durante el 2012 y, antes del 31 de marzo, las entidades deben presentar al Banco de España su estrategia de ajuste. No obstante, las entidades que lleven a cabo procesos de integración durante el ejercicio 2012 dispondrán de un plazo adicional de doce meses para dar cumplimiento a los nuevos requerimientos.
- Por último, para que las entidades de crédito puedan acogerse a lo establecido, su proceso de integración, comenzado a partir del 1 de septiembre del 2011, debe cumplir una serie de requisitos que aseguren que el citado proceso tenga un volumen mínimo significativo.

El título II del citado real decreto ley contiene una importante modificación del Real Decreto Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito. Su objeto no es otro que facilitar el papel del FROB, que fue creado por esta norma, como un mecanismo de apoyo temporal para dar lugar a los oportunos reajustes en el sector financiero.

El título III del real decreto ley establece una serie de importantes novedades en el régimen jurídico de las cajas de ahorros. Para ello, se modifica el Real Decreto Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros.

Por último, el título IV del Real Decreto Ley 2/2012 se dedica, como vimos, al régimen aplicable a las

retribuciones de los administradores y directivos de entidades de crédito que hayan precisado ya, o bien necesiten en el futuro, el apoyo financiero del FROB.

2. Una vez modificado el régimen de declaración de las transacciones económicas con el exterior por el Real Decreto 1360/2011, de 7 de octubre, el Banco de España ha aprobado la **Circular 1/2012, de 29 de febrero, del Banco de España, a los proveedores de servicios de pago, sobre normas para la comunicación de las transacciones económicas con el exterior**, que entrará en vigor el 1 de junio del 2012, si bien las circulares 15/1992, de 22 de julio, y 1/1994, de 25 de febrero, que regulaban las normas para la comunicación al Banco de España de dichas operaciones por las entidades registradas bajo el régimen establecido con anterioridad, de momento no serán derogadas hasta el 1 de enero del 2014, circunstancia que determina el establecimiento de un periodo transitorio para aquellas entidades registradas que ya estuviesen obligadas a facilitar la información requerida de acuerdo con las citadas circulares 15/1992, de 22 de julio, y 1/1994, de 25 de febrero. En este caso deberán seguir facilitando la información hasta el 31 de diciembre del 2013, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la circular ahora publicada.

La obligación de informar de las operaciones indicadas a continuación recae sobre los proveedores de servicios de pago inscritos en los registros oficiales del Banco de España, quienes deberán hacerlo con periodicidad mensual, dentro de los diez días hábiles siguientes al fin de cada mes:

- Los cobros y pagos transfronterizos, así como las transferencias al o del exterior, cifrados en euros o en moneda extranjera, efectuados por cuenta de sus clientes, cuando dichos cobros y pagos tengan origen o destino en cuentas abiertas en un proveedor de servicios de pago en otros Estados miembros de la Unión Europea o en cualquier otro país. No se incluirán aquellas operaciones cuyos titulares fueran otros proveedores de servicios de pago. Hay que tener en cuenta que esta norma no se aplicará cuando su importe en euros o su contravalor en otra divisa sea igual o inferior a cincuenta mil euros.
- Los abonos y adeudos en cuentas de sus clientes no residentes. No se incluirán los movimientos de las cuentas cuyos titulares fueran otros proveedores de servicios de pago. Tampoco en este caso existirá la obligación de comunicación si el importe en euros o su contravalor en otra divisa es igual o inferior a cincuenta mil euros.
- Los envíos y recepciones de billetes y moneda metálica en euros a/de sus corresponsales extranjeros.

3. La **Circular 2/2012, de 29 de febrero, del Banco de España, de modificación de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros**, se justifica por la necesidad de adaptar tanto la información como los modelos a lo previsto por el anteriormente referido Real Decreto Ley 2/2012, de 3 de febrero, de Saneamiento del Sector Financiero, el cual establece en su título I determinados requerimientos de provisiones y de capital adicionales a los hasta ahora requeridos por las normas aplicables a las entidades de crédito en relación con los activos vinculados a la actividad inmobiliaria.

A tal fin, se introduce una nueva sección V en el anexo IX de la Circular 4/2004, que reproduce los apartados 1 y 2 del artículo 1 y el anexo I del Real Decreto Ley. La única excepción la constituye la previsión contenida en el apartado 1 de dicho anexo I relativa a que los activos inmobiliarios adjudicados o recibidos en pago de deudas por las entidades de crédito y que cuenten con una antigüedad en balance superior a treinta y seis meses tendrán un porcentaje de cobertura de al menos el 40 %.

Igualmente, la mencionada sección V incorpora la exigencia de constituir, por una sola vez, una cobertura del 7 % del saldo vivo a 31 de diciembre del 2011 del conjunto de las financiaciones relacionadas con el suelo para promoción inmobiliaria

y con las construcciones o promociones inmobiliarias. Tal exigencia se mantendrá indefinidamente salvo por su utilización, sin limitación y hasta su total agotamiento, en la cuantía precisa para constituir las coberturas que resulten necesarias como consecuencia de la reclasificación posterior de dichas financiaciones como activos dudosos o subestándar o de la adjudicación o recepción de activos en pago de dichas deudas. Esta previsión, que es independiente de la provisión genérica y, por tanto, adicional a ella, no podrá ser computada como recursos propios, aunque sí deducida de los valores de las exposiciones sujetas a ponderación o límites.

Por otro lado, la nueva circular modifica la composición de las clases de riesgo en que deben clasificarse las operaciones incluidas en la categoría de riesgo normal para reflejar el mayor riesgo apreciado en las operaciones concedidas para la financiación de suelo para promoción inmobiliaria o de construcciones o promociones inmobiliarias, aun cuando cuenten con garantía real de dichos bienes.

Finalmente, la circular modifica los estados reservados actualmente en vigor y añade algunos nuevos e introduce en el Registro Contable Especial de Operaciones Hipotecarias los cambios precisos para dar soporte a la nueva información necesaria con fines supervisores surgida de las modificaciones incorporadas al anexo IX de la Circular 4/2004.

IX. Servicios de interés económico general

Recientemente, la Unión Europea ha adoptado algunas medidas relativas a los servicios de interés económico general (SIEG), entre los que se incluyen los suministrados por las grandes industrias de redes, como el transporte, los postales, la energía o las comunicaciones. Por ello, y a modo de disposiciones comunes, se ha de citar la **Decisión 2012/21/UE de la Comisión, de 21 de diciembre del 2011, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas estatales en forma de**

compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de SIEG, que se completa con diversas comunicaciones de la Comisión sobre los SIEG. La citada decisión establece las condiciones conforme a las cuales las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general son compatibles con el mercado interior y estarán exentas de la obligación de notificación establecida en el artículo 108, apartado 3, del tratado.

X. Energía

1. La norma más significativa para el sector energético en este trimestre ha sido el **Real Decreto Ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica** a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos, convalidado por la Resolución de 9 de febrero del 2012

del Congreso de los Diputados. Aunque no se fija fecha, se suprimen de forma temporal todos aquellos incentivos económicos a las instalaciones de energías renovables que, en parte, han provocado el incremento desmesurado del déficit tarifario del sistema eléctrico (tarifas reguladas y primas previstas en el Real Decreto 661/2007, complemento por eficiencia y complemento por energía reactiva). Correlativamente, quedan suspendidos los procedimientos de inscripción en el Registro de

Preasignación de Retribución de Instalaciones de Régimen Especial y en el correspondiente Registro para instalaciones fotovoltaicas, así como la celebración de las convocatorias de preasignación para el año 2012 y sucesivos. La norma sólo se aplica a nuevas instalaciones, aunque también afecta a otras en proceso de inscripción o ejecución a las que se les reconoce el derecho a desistir de sus proyectos y a recuperar los avales otorgados.

2. Se han actualizado las tarifas y peajes aplicables al sector eléctrico a través de **la Orden IET/3586/2011, de 30 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir del 1 de enero del 2012 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial y la Resolución de 30 de diciembre del 2011, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se establece el coste de producción de energía eléctrica y las tarifas de último recurso a aplicar en el periodo comprendido entre el 23 y el 31 de diciembre del 2011, ambos inclusive, y en el primer trimestre del 2012.**
3. En el derecho comunitario, hemos de citar el **Reglamento (Euratom) núm. 139/2012 del Consejo, de 19 de diciembre del 2011, por el que se establecen las normas de participación de empresas, centros de investigación y universidades en las acciones indirectas del**

Programa Marco de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y las normas de difusión de los resultados de la investigación (2012-2013) y las **Decisiones del Consejo, de 19 de diciembre del 2011, relativas al Programa Marco de la Comunidad Europea de la Energía Atómica de Acciones de Investigación y Formación en Materia Nuclear (2012-2013)**, y los correspondientes programas específicos de ejecución del citado programa marco.

4. Aunque no es una norma jurídica vinculante, se ha de mencionar la **Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Hoja de Ruta de la Energía para 2050»**. Basándose en hipótesis, la Comisión pretende desarrollar estrategias para después del 2020 y aminorar la incertidumbre entre los inversores, los gobiernos y los ciudadanos. Estas hipótesis exploran caminos hacia la descarbonización del sistema energético (reducción del 80 % de las emisiones de gases de efecto invernadero, casi un 85 % de disminución de las emisiones de CO₂ relacionadas con la energía, incluidas las procedentes del transporte). Todas ellas suponen cambios sustanciales en los precios del carbono, las tecnologías y las redes. Sobre la base de este análisis, la Hoja de Ruta de la Energía formula conclusiones sobre las opciones más útiles para el sistema energético europeo.

XI. Audiovisual

En el campo audiovisual también se han aprobado normas de gran interés:

1. La **Decisión del Consejo, de 29 de noviembre del 2011, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio europeo sobre la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso**. El convenio instaura un marco normativo casi idéntico al establecido en la Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 1998, que pretende la aproximación de la regulación de los Estados miembros contra los dispositivos que permiten el acceso no autorizado a servicios protegidos. Aunque el convenio debe ser firmado tanto por la Unión como por sus Estados miembros, la firma por la Unión Europea contribuirá a extender la aplicación de disposiciones similares a las de la directiva fuera de sus fronteras.
2. La **Ley 9/2011, de 9 de noviembre, de los medios públicos de comunicación audiovisual de Galicia**, regula la gestión de la prestación del servicio público de comunicación audiovisual de competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia, que se encomienda a la Corporación Radio

y Televisión de Galicia, S. A. (Corporación RTVG), empresa pública que se financiará mediante un sistema mixto (compensaciones a cargo del presupuesto público e ingresos y rendimientos de sus actividades y de la participación en el mercado de la publicidad). La Corporación RTVG podrá adquirir derechos de emisión de contenidos de gran valor en el mercado audiovisual. No podrá subcotizar los precios de su oferta comercial y de servicios ni utilizar la compensación pública para sobrepasar frente a competidores por derechos de emisión sobre dichos contenidos.

3. La **Ley 2/2012, de 22 de febrero, del Parlamento de Cataluña, de modificación de varias leyes en materia audiovisual**. Como consecuencia de los recortes presupuestarios para reducir el déficit público, se modifica la Ley 2/2000, del Consejo del Audiovisual de Cataluña; la Ley 22/2005, de la Comunicación Audiovisual de Cataluña, y la Ley 11/2007, de 11 de octubre, de la Corporación Catalana de Medios Audiovisuales.

Se ha de citar, asimismo, en esta sección la **Sentencia del Tribunal Constitucional 5/2012, de 17 enero**, que anula diversas resoluciones del Ministerio de Fomento y declara que, en el marco

de las «normas básicas» estatales, la competencia de inspección y sanción de emisiones de televisión local sin la correspondiente autorización (emisiones clandestinas) corresponde a quien

tenga la competencia para el otorgamiento de la concesión de emisoras (en este caso, la Comunidad Autónoma de Cataluña). Dicha competencia incluye el control, depósito y precintado de los equipos.

XII. Telecomunicaciones

Como es habitual, en el sector de las telecomunicaciones también se han producido interesantes novedades que comentar:

1. La **Resolución de 2 de febrero del 2012 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones** por la cual se acuerda notificar a la Comisión Europea y a otros organismos el proyecto de medida relativo a la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas en redes móviles individuales. La resolución, que está pendiente del visto bueno de la Comisión Europea, obliga a la reducción de las tarifas mayoristas de terminación móvil. El nuevo *glide path* (descenso escalonado de los precios de interconexión) entrará en vigor en abril del 2012 y alcanzará el precio objetivo (1,09 céntimos de euro/minuto) el 1 de enero del 2014.
2. La **Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2012, de 18 de enero del 2012**, resuelve el recurso de

inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 8/2001, de 28 de junio, para la ordenación de las instalaciones de radiocomunicación en Castilla-La Mancha. Declara que son inconstitucionales y nulos el artículo 7, en el inciso en el que obliga a los operadores a «incorporar las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo y contribuyan a reducir los niveles de emisión de los sistemas radiantes», y el apartado 2 del artículo 19 que tipifica como infracción el incumplimiento de este deber. Son conformes a la Constitución el subapartado 1 del artículo 2.2, el inciso del artículo 7 en el que se obliga a los operadores a «incorporar las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo y contribuyan [...] a minimizar el impacto ambiental y visual», los apartados segundo y tercero de este artículo 7 y el artículo 14, siempre que se interpreten tal y como indican los fundamentos jurídicos 5, 7 y 9, respectivamente, de la sentencia.

XIII. Sociedad de la información y propiedad intelectual

En este sector, se ha de citar el **Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual**, y la **Orden ECD/378/2012, de 28 de febrero, por la que se establece la obligatoriedad para los interesados en el procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, de comunicarse con la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual por medios electrónicos**. El citado real decreto, que entró en vigor el 1 de marzo, desarrolla la conocida como «ley Sinde», esto es, los artículos 8.1e y 8.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, y 158 del Real Decreto Legislativo 1/1996, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de

Propiedad Intelectual en la nueva redacción dada por la Disposición final 43.ª de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible. Se regula un procedimiento por el que, a instancia del titular de derechos de propiedad intelectual, presuntamente vulnerados, una autoridad administrativa (la Comisión de Propiedad Intelectual) podrá, previa intervención judicial (Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo), restringir la prestación de servicios de acceso a internet, exigir al proveedor de acceso a internet la cesión de los datos que permitan la identificación del responsable del servicio de la sociedad de la información que esté vulnerando presuntamente los derechos de propiedad intelectual e incluso ordenar el cierre de páginas web (*cf.* arts. 15 a 24 RD 1889/2011).

Sección elaborada por

el Grupo de Competencia
de Gómez-Acebo & Pombo

Notas de Competencia

– La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales	18
– MOSAICO	24
› Noticias	24
› Prácticas anticompetitivas	25
› Control de concentraciones	27
– BREVES POR SECTORES (Unión Europea)	29

La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales

Ricardo Alonso Soto

Catedrático de Derecho Mercantil
de la Universidad Autónoma de Madrid
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

Entre las cuestiones analizadas por la jurisprudencia comunitaria sobre derecho de la competencia en el año 2011, destaca la relativa a la responsabilidad de la empresa matriz por las prácticas anticompetitivas desarrolladas por sus filiales, la cual ha sido objeto de varias sentencias que han venido a consolidar, aunque con importantes matices, la doctrina de la corresponsabilidad establecida anteriormente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 20 de enero del 2011, as. General Química, y de 29 de marzo del 2011, as. Arcelor Mittal; y STG de 24 de marzo del 2011, as. Tomkins; 16 de junio del 2011, as. Cártel de mudanzas; 16 de junio del 2011, as. Cártel de peróxidos; 7 de julio del 2011, as. Arkema y 15 de septiembre del 2011, as. Koninklijke).

Se trata de un tema de extraordinario interés e importancia porque, a diferencia de lo que sucede en el derecho español de la competencia, en el que existe una norma que establece que «la actuación de una empresa es imputable también a las empresas o las personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas» (art. 61.2 de la Ley de Defensa de la Competencia), en el derecho comunitario europeo no hay una norma similar y, por lo tanto, la extensión de la responsabilidad de las empresas filiales a sus matrices es fruto de una construcción jurisprudencial.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la cuestión de la responsabilidad de la sociedad matriz por las actuaciones anticompetitivas de sus filiales se enmarca, desde un punto de vista jurídico general, en el contexto del tratamiento que se otorga a los grupos de sociedades y, más concretamente, en el ámbito del derecho empresarial, en la doctrina que propugna la extensión o comunicación de la responsabilidad entre las empresas o sociedades que forman parte de un grupo.

2. Origen, fundamento y efectos de esta doctrina

En el derecho de la competencia, la doctrina de la corresponsabilidad de la matriz por las sanciones impuestas a su filial por conductas anticompetitivas deriva fundamentalmente de la característica de la extraterritorialidad de las normas de competencia, consistente en reconocer a las autoridades de

competencia de un país o de una unión aduanera, como sería el caso de la Comunidad Económica Europea, la posibilidad de aplicar sus propias normas de competencia a aquellas empresas extranjeras o de terceros países que desarrollen actuaciones anticompetitivas en sus respectivos países, pero que produzcan efectos en otros distintos en los que no operen directamente. Tal doctrina se basa en la teoría de los efectos y se justifica por la inexistencia de una normativa internacional sobre la materia. Esta regla se generaliza posteriormente y resulta igualmente aplicable cuando las empresas extranjeras operan en otros países por medio de sociedades filiales.

Su fundamento se encuentra, sin embargo, en la utilización de conceptos económicos en lugar de los estrictamente jurídicos en el ámbito del derecho de la competencia y, en particular, del concepto económico de empresa que no se corresponde con el de la persona física o jurídica que es titular de los bienes, derechos y obligaciones de la empresa y responsable de su gestión, sino con el de una entidad que desarrolla una actividad económica, así como de la configuración del concepto de grupo de empresas o grupo de sociedades como una unidad económica de decisión, lo que lleva a considerar una única empresa a todas las sociedades o entidades que lo integran.

Esta concepción económica genera una serie de consecuencias jurídicas muy diversas entre las que destacan, en el ámbito de las normas sobre control de conductas anticompetitivas, el denominado privilegio del grupo, la posibilidad de atribución al grupo de empresas de una posición dominante, la posibilidad de imputar a la matriz la conducta de sus filiales y la corresponsabilidad de la matriz y sus filiales frente a las sanciones; y, en el ámbito de las normas sobre control de las operaciones de concentración económica, la extensión de la noción de control, la forma del cómputo del volumen de negocios de las empresas afectadas por la operación de concentración a efectos de determinar si superan los umbrales para el sometimiento a control por parte de las autoridades de competencia y la forma de evaluación de los efectos de la operación.

Limitándonos al ámbito de las conductas prohibidas, que es en el que se desarrollan los pronunciamientos de la jurisprudencia objeto de este trabajo, los principales efectos jurídicos que derivan de la conceptualización del grupo de sociedades como una sola empresa son los siguientes:

- 2.1. La articulación del denominado «privilegio del grupo», que consiste en que, al ser considerado el grupo de empresas como un único sujeto, no existirá una pluralidad de voluntades independientes entre las sociedades o empresas que forman parte del grupo, de modo que, desde un punto de vista técnico, no tendrán la consideración de acuerdos o prácticas concertadas los pactos que se celebren entre la matriz y sus filiales o entre las distintas sociedades que forman parte del grupo.
- 2.2. La consideración del grupo en su conjunto a los efectos de determinar si detenta una posición de dominio en el mercado y, en consecuencia, si su comportamiento puede calificarse de abusivo. En este sentido hay que recordar que ésta era la interpretación originaria de la expresión «la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común», contenida en el artículo 86 del Tratado de Roma (actualmente art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o TFUE), aunque años más tarde la citada expresión serviría para fundamentar la tesis de la posición de dominio conjunta detentada simultáneamente por varias empresas independientes que no forman un grupo de sociedades.
- 2.3. El establecimiento de la regla que, para determinar el límite máximo de la sanción (que se fija por ley en el 10 % de su cifra de ventas), toma como base de cálculo del volumen de negocios de la empresa infractora el total acumulado de los volúmenes de negocio de todas las sociedades o empresas que constituyen la entidad económica que actúa como empresa (*vide* STPI de 20 de marzo del 2002, as. HFB y Resolución del TDC de 23 de diciembre de 1999, as. Líneas aéreas).
- 2.4. La imputación a la matriz de la autoría o coautoría de la conducta ilícita desarrollada por la filial siempre que, reuniendo todos los elementos del tipo, exista un control o influencia decisiva de aquélla en el comportamiento de ésta (*vide* Decisión de la CE de 9 de diciembre del 2004, as. Akzo y SSTJUE de 16 de noviembre del 2000, as. Stora y de 10 de septiembre del 2009, as. Akzo. *Vide* también RUIZ PERIS, ob. cit., p. 103 y Resolución del Consejo de la CNC de 3 de marzo del 2009, as. Funeraria de Baleares. *Vide* asimismo la Resolución del TDC de 12 de febrero del 2003, as. Cementos Zierbana, que exculpa a una empresa en participación que lo único que hizo fue ejecutar el acuerdo adoptado por las empresas que ejercían el control conjunto).
- 2.5. La corresponsabilidad de la matriz por las sanciones impuestas a sus filiales por llevar a cabo prácticas anticompetitivas. En este caso no se trata de una contrapartida al otorgamiento del «privilegio del grupo», sino del establecimiento de una responsabilidad solidaria o una comunicación de responsabilidad entre la matriz y la filial a los efectos del pago de la multa impuesta como sanción. Se trata, por tanto, de un supuesto diferente al de la imputación a la sociedad matriz de la responsabilidad por las actuaciones anticompetitivas de sus filiales en concepto de autoría o coautoría (*vide* STJCE de 6 de marzo de 1974, as. Instituto Chemioterapico y STPI de 20 de marzo del 2002, as. HFB. Y, también, SAN de 24 de marzo de 1997, as. Subastas de aceite y Resolución del Consejo de la CNC de 3 de marzo del 2009, as. Funeraria de Baleares).

3. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo

Como anteriormente se ha indicado, el Tribunal de Luxemburgo ha dictado en el presente año varias sentencias que versan sobre la responsabilidad de las empresas matrices por las actuaciones anticompetitivas de sus filiales, que sintetizamos y analizamos a continuación:

- 3.1. Sentencias del Tribunal de Justicia que mantienen la doctrina básica consolidada:

3.1.1. *La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero del 2011, as. General Química*

Se trataba, en este caso, de la participación de diversas empresas en un acuerdo de fijación de precios e intercambio de información sobre diversos productos químicos fabricados y comercializados por ellas. La Comisión Europea declara responsables solidarias de las prácticas anticompetitivas a las empresas General Química, Repsol Química y Repsol YPF a pesar de que sólo la primera de ellas participó en la infracción, sobre la base de que General Química estaba controlada por Repsol Química, que tenía el 100 % de su capital y que, a su vez, contaba con un único accionista que era Repsol YPF.

La sentencia confirma la decisión de la Comisión Europea argumentando que, cuando una sociedad posee el 100 % del capital de otra, existe una presunción *ius tantum* de que ejerce una influencia decisiva sobre ésta. Con respecto a la imputación de Repsol YPF, el tribunal estima que

no puede excluirse la posibilidad de que una sociedad *holding* sea considerada responsable solidaria de las actuaciones de alguna de sus filiales de las que no es directamente accionista cuando la filial está bajo su control y ejerce sobre ella una influencia decisiva, aunque sea por medio de una sociedad interpuesta; y considera que, en tal caso, la Comisión Europea está facultada para considerar a la sociedad *holding* solidariamente responsable del pago de la multa impuesta a una de las filiales del grupo, salvo si la sociedad cabecera del grupo prueba de manera suficiente que la citada filial o la sociedad interpuesta actúan de forma autónoma o independiente en el mercado, desvirtuando de este modo la presunción. Por otra parte, la sentencia establece que el hecho de que Repsol Química no conociera la actuación anticompetitiva de su filial General Química y que, al tener noticia de ella, ordenara a ésta ponerle fin, no resulta determinante para desvirtuar que Repsol Química ejercía una influencia decisiva sobre la política comercial de General Química.

3.1.2. *La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo del 2011, as. Arcelor-Mittal*

Al igual que en el caso anterior, se trataba de la participación de una sociedad —que tenía como socio único a otra— en un cártel para la fijación de precios y reparto de mercados. La Comisión Europea consideró responsables con carácter solidario tanto a la matriz como a la filial.

La sentencia confirma la decisión de la Comisión utilizando razonamientos similares a los de la sentencia anterior, afirmando el concepto unitario de empresa que engloba a la matriz y a la filial y estableciendo que, cuando la sociedad matriz posee el 100 % del capital de la filial, se presume que ejerce una influencia decisiva sobre el comportamiento de ésta y, en consecuencia, hay que considerar responsable de la infracción de las normas de la competencia a la unidad económica formada por la sociedad matriz y sus filiales. Y añade, además, que basta que la Comisión pruebe que una sociedad posee la totalidad del capital de otra para presumir, de un lado, la existencia de una relación matriz-filial y, de otro, que aquélla ejerce una influencia

decisiva en las decisiones y actuaciones de su participada. En este supuesto, la autoridad de competencia podrá considerar a la sociedad matriz solidariamente responsable de la multa impuesta a su filial, a menos que la matriz demuestre de forma convincente que la filial tenía suficiente autonomía para actuar de manera independiente en el mercado.

3.1.3. *La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de julio del 2011, as. Arkema*

Esta sentencia se pronuncia en términos similares a las anteriores. La única diferencia que presenta este supuesto es que las sociedades filiales no estaban participadas al 100 % por la empresa matriz. El tribunal argumenta que en estos casos puede aplicarse también la presunción de que la matriz ejerce un control efectivo sobre sus filiales.

3.1.4. Del análisis de este primer grupo de sentencias se deduce que los elementos o requisitos exigidos para que pueda darse la extensión a la sociedad matriz de la responsabilidad por la actuación ilícita de sus filiales son los siguientes:

- a) Que se trate de empresas en sentido económico o que constituyan una unidad económica, es decir, que estén unidas por vínculos contractuales, financieros o personales que permitan su consideración como un grupo de sociedades (la STG de 16 de junio del 2011, as. Cártel de mudanzas, rechaza la imputación de responsabilidad a la matriz porque ésta era una fundación que no desarrollaba actividad económica).
- b) Que exista una relación de control, de hecho o de derecho, por parte de una de ellas (matriz) sobre las otras (filiales) de modo que la primera determina o influye de manera decisiva en el comportamiento de las segundas. La prueba de la existencia de control podrá hacerse de forma positiva demostrando que la matriz posee la totalidad o una parte significativa del capital de la filial o que existen administradores comunes u otro tipo de vínculos y, de manera negativa, demostrando que la filial carece de independencia decisoria o que la matriz ejerce una

influencia decisiva en las decisiones estratégicas, bien de modo directo o indirecto por medio de una sociedad interpuesta, sin olvidar la posibilidad de la existencia de un control conjunto por dos o más sociedades. Hay que señalar a este respecto que la jurisprudencia admite que existe una presunción de control cuando una persona o sociedad posee el 100 % del capital de otra sociedad y que este hecho basta para que la autoridad de competencia pueda imputar la responsabilidad por el ilícito a la empresa controlante.

- c) Que la autoría del comportamiento anticompetitivo se atribuya al grupo en su conjunto, como unidad económica, estableciéndose, por tanto, una corresponsabilidad de todos sus integrantes frente a la sanción. La adopción de la teoría que considera al grupo de sociedades como una sola empresa impide imputar simultánea y separadamente a la matriz y a sus filiales como autores o coautores de la práctica e imponerles una multa a cada uno de ellos.

3.2. Sentencias del Tribunal General que matizan y completan la doctrina anterior:

3.2.1. *La Sentencia del Tribunal General de 16 de junio del 2011, as. Cártel de peróxidos*

La sentencia aplica la doctrina tradicional que establece que el comportamiento de la sociedad filial se imputa a su matriz cuando la filial no determina de modo autónomo su conducta en el mercado y que se presume la existencia de la citada situación cuando una sociedad posee el 100 % del capital de otra. Se trata de una presunción *iuris tantum* que resultará desvirtuada si la matriz aporta suficientes elementos de prueba que demuestren la autonomía de su filial a la hora de determinar su comportamiento. A estos efectos hay que tomar en consideración la existencia de los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a la filial y a la matriz.

El tribunal, sin embargo, anula la decisión condenatoria de la Comisión Europea al considerar que en este caso la matriz había alegado y demostrado que ninguno de sus directivos estaba en el comité de

dirección de la filial; que el director general de ésta tenía un poder limitado; que la filial disponía en su estructura de sus propios servicios comerciales, informáticos y contables y también de *marketing* y de recursos humanos; que poseía un centro propio de investigación; que pagaba a la matriz por la prestación de algunos servicios; que desarrollaba proyectos comerciales y fijaba sus propios precios, así como que la actividad empresarial de la filial distaba mucho de las otras actividades del grupo y que la Comisión Europea había aplicado automáticamente la presunción y no había analizado las pruebas presentadas de contrario.

En consecuencia, la sentencia establece que, aunque la matriz posea el 100 % del capital de la filial, no cabe aplicar sin más la presunción de que la matriz ejerza una influencia decisiva sobre su filial, máxime cuando aquélla ha desplegado una importante actividad probatoria que aparentemente demuestra lo contrario y que ha sido ignorada por la Comisión. Finalmente concluye recordando que la presunción a la que se hace referencia es una presunción *iuris tantum*, de modo que, cuando las partes implicadas presenten alegaciones o pruebas en su contra, la Comisión está obligada a refutarlas de manera convincente si pretende mantener la imputación.

3.2.2. *La Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre del 2011, as. Koninklijke*

En este caso la Comisión Europea sancionó a la empresa Koninklijke Grolsch NV, que forma parte del Grupo Grolsch, por participar en un cártel para la coordinación de los precios de la cerveza, cuando resulta que no fue ella quien efectuó las prácticas ilegales, sino su filial Grolsch Bierbrouwerij Nederland.

La sentencia establece que la Comisión Europea confundió a Koninklijke con una de sus filiales y, al no haberse demostrado que Koninklijke controlara el 100 % del capital de Grolsch Bierbrouwerij Nederland ni tampoco que ejerciera influencia sobre ésta o existiera algún tipo de vínculos entre ellas, anula la decisión de la Comisión en lo relativo a la responsabilidad de la sociedad Koninklijke.

3.2.3. La Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo del 2011, as. Tomkins

Se trataba en este caso, al igual que en los anteriores, de una práctica anticompetitiva de una empresa cuyo capital pertenecía en su totalidad a la sociedad Tomkins. La Comisión Europea, aplicando la doctrina de la presunción, imputó la infracción a la sociedad matriz e impuso a ella y a su filial una responsabilidad solidaria frente al pago de la sanción.

Recurrida la decisión, el tribunal anula parcialmente la multa impuesta a la sociedad filial por considerar que ha habido un error en el cálculo de la multa al haberse estimado un mayor tiempo de duración de la infracción que el que realmente se había producido y, consecuentemente, también reduce la sanción a la matriz en los mismos términos.

La sentencia argumenta que no se ha considerado a la empresa Tomkins responsable de la práctica colusoria por su participación directa, sino como sociedad matriz de la empresa que realmente intervino en ella, de modo que su responsabilidad no puede exceder de la que le corresponde a su filial. Asimismo considera que todo pronunciamiento con respecto a la actuación de la filial debe repercutir y aprovechar a su matriz. Así pues, si no hay comportamiento ilícito de la filial, no puede haber responsabilidad de la matriz, ya que su responsabilidad no puede ser nunca mayor que la de la filial.

3.2.4. Este segundo bloque de sentencias consagra la doctrina anterior aunque con algunos matices relativos fundamentalmente al juego de la presunción que vienen a completar la doctrina jurisprudencial sobre la materia:

- a) Se mantiene la doctrina de la presunción de que existe control cuando una persona o sociedad es titular del 100 % del capital de una sociedad ampliándola al supuesto en el que una persona o empresa posee una parte significativa del capital de otra sociedad y se afirma su carácter de presunción *iuris tantum*. Algunas sentencias, sin embargo, estiman que la autoridad de competencia debe probar además que la sociedad matriz ha estado implicada

en alguna medida en la práctica anticompetitiva.

- b) La carga de la prueba de la inexistencia de control o de la independencia comercial de la filial le corresponde a la parte imputada.
- c) La responsabilidad de la sociedad matriz está siempre condicionada por la de su filial, de modo que nunca podrá exceder la que le corresponda a ésta.
- d) Si alguna de las empresas imputadas presenta pruebas que traten de desvirtuar la presunción de la existencia de control, la autoridad de competencia no podrá sancionar a dicha empresa si no refuta de manera convincente dichas pruebas.
- e) Entre los elementos de prueba que la jurisprudencia ha admitido como válidos para desvirtuar la presunción se encuentran los siguientes hechos: que la sociedad matriz no conocía la infracción o no participó en ella, que la política comercial de la filial no está sometida a las directrices de la matriz ni influida por ésta, que no existen vínculos entre las actividades de la filial y de la matriz y que no hay coincidencias personales entre los administradores de la matriz y la filial.

3.3. Cuestiones pendientes

Existen algunas cuestiones que no han sido resueltas por la jurisprudencia como, por ejemplo, las relativas a la extensión de la responsabilidad a otras empresas integrantes del grupo, la atribución a la matriz de una responsabilidad civil por los daños causados a terceros por las actuaciones anticompetitivas de sus filiales o la imputación a las matrices de una responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones impuestas a las filiales por las autoridades de competencia como consecuencia de un procedimiento sancionador.

- 3.3.1. En relación con la primera de las cuestiones planteadas, consistente en determinar si puede extenderse la corresponsabilidad frente a la sanción no sólo a las empresas matrices, sino también a otras empresas que forman parte del grupo, consideramos que la respuesta debe ser afirmativa siempre que se demuestre su autoría directa o indirecta con respecto a la práctica anticompetitiva o alguna intervención

directa o indirecta en el control de la sociedad autora de la citada práctica.

- 3.3.2. En cuanto a la cuestión de si el establecimiento de una corresponsabilidad entre la matriz y su filial en una resolución administrativa que declara y sanciona una práctica anticompetitiva implica también la posibilidad de imputación de la conducta a la empresa matriz a efectos de la exigencia por parte de las víctimas de una compensación por los daños causados por la citada práctica, estimamos que hay que distinguir dos tipos de situaciones: si en la resolución se condena expresamente a la matriz como coautora de la conducta ilícita, las víctimas podrán exigirle, por la vía civil, una compensación por los daños y perjuicios causados; pero si, por el contrario, se establece solamente una responsabilidad solidaria de la matriz y la filial en cuanto al pago de la multa, esto es, se busca simplemente una garantía de que la multa sea pagada efectivamente, no habrá posibilidad de que la víctima del daño ejerza una acción civil de indemnización o compensación contra la sociedad matriz por los daños que le han sido causados por las conductas anticompetitivas con base en el pronunciamiento de la autoridad de competencia.
- 3.3.3. Por último, consideramos que la cuestión de si es posible exigir responsabilidad a la matriz por el incumplimiento de su filial de la intimación al cese de la práctica anticompetitiva o de las obligaciones impuestas por una decisión de la autoridad de competencia debe resolverse caso por caso atendiendo a la forma en que se hayan impuesto aquéllas. Si la decisión, aunque intime al cese o imponga compromisos, establece solamente una responsabilidad solidaria de la

matriz y su filial con respecto al pago de la multa, la matriz no será responsable del incumplimiento de aquéllos; sin embargo, si la decisión establece la coautoría de la infracción, ordena su cese inmediato e impone una serie de compromisos obligatorios para la empresa infractora, considerando la existencia de un grupo de empresas, habrá que concluir que podrá exigirse también responsabilidad a la matriz por el incumplimiento de las citadas órdenes, compromisos u obligaciones.

4. Conclusiones

A la vista de lo expuesto, se pueden extraer las siguientes conclusiones: En primer lugar, que, cuando una práctica anticompetitiva es llevada a cabo por una empresa que pertenece a un grupo de sociedades, podrá imputarse a la matriz su autoría o imponérsele a ésta una responsabilidad solidaria frente al pago de la multa junto a la filial responsable directa de la infracción. En segundo lugar, que, para que proceda la extensión de la responsabilidad a la empresa matriz deberá existir una relación de control, de hecho o de derecho, de la filial por parte de la matriz, lo que significa que ésta determina, de forma directa o indirecta, el comportamiento de la filial. En tercer lugar, que, aunque se presume la existencia del citado control cuando una persona o empresa posee el 100 % del capital de una sociedad, hay que obrar con prudencia en la aplicación de esta presunción porque, de un lado, se trata de una presunción *iuris tantum* que puede desvirtuarse y, de otro, porque la pertenencia de una sociedad a un grupo de empresas no implica *per se* la carencia de autonomía a la hora de configurar su estrategia comercial. Y, finalmente, que los criterios de análisis que se han de utilizar en esta materia no deben ser los jurídicos típicos del derecho mercantil, sino los económicos que determinan la existencia real de una influencia decisiva, una falta de autonomía o independencia de la filial o una unidad de acción evidente entre la matriz y su filial.

MOSAICO

Noticias

Reforma de los organismos reguladores

El Gobierno ha elaborado un anteproyecto de ley de reforma de los organismos de regulación y supervisión de los mercados que prevé la creación de la Comisión de los Mercados y de la Competencia, que englobaría las funciones de supervisión que corresponden actualmente a la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, el Comité de Regulación Ferroviaria y la Comisión Nacional de la Competencia.

Este nuevo organismo tendrá como finalidad primordial maximizar el bienestar del consumidor garantizando el correcto funcionamiento de los mercados en un entorno competitivo y el libre acceso a las redes y a las infraestructuras esenciales sin discriminación entre los operadores.

Las funciones reguladoras y las de control, registro e inspección de los operadores se asignarán a los correspondientes ministerios.

La nueva Comisión de los Mercados y de la Competencia estará adscrita orgánicamente al Ministerio de Economía y Competitividad y estará compuesta por nueve consejeros cuyos nombramientos serán propuestos por el Gobierno y serán ratificados por el Congreso de los Diputados. El mandato de los consejeros tendrá una duración de seis años y presidirán la Comisión de forma rotatoria.

Cambios en las autoridades autonómicas de defensa de la competencia

- **Creación de la Autoridad Vasca de la Competencia.** La Ley 1/2012, de 2 de febrero, modifica los órganos de defensa de la competencia del País Vasco y, siguiendo la tendencia imperante en el derecho comparado y en España tras la promulgación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, establece un modelo organizativo basado en la existencia de un único organismo administrativo autónomo e independiente que ejerce todas las funciones relacionadas con la competencia, tanto en instrucción y resolución de expedientes sancionadores de prácticas anticompetitivas, como en promoción de la competencia.

El nuevo organismo se denomina Autoridad Vasca de la Competencia y tiene la siguiente estructura: el presidente, que es un órgano unipersonal que desempeña las funciones de dirección y representación del organismo y preside el Consejo Vasco de la Competencia; el Consejo Vasco de la

Competencia, que es un organismo colegiado integrado por el presidente, dos vocales y un secretario y que asume las funciones de promoción de la competencia, de resolución de los expedientes sancionadores y de emisión de informes y dictámenes; la Dirección de Investigación, que es el órgano encargado de la vigilancia del mercado y la instrucción de expedientes sancionadores, y la Secretaría General, que es el órgano de apoyo material, administrativo y técnico de la Autoridad Vasca de la Competencia.

- **Supresión de autoridades autonómicas de competencia.** La implantación de políticas de racionalización administrativa y recorte del gasto público en las comunidades autónomas ha motivado la supresión del Tribunal de Defensa de la Competencia de Madrid y de los órganos de defensa de la competencia de Castilla-La Mancha, así como del Consejo Gallego de la Competencia, que se integrará en el Instituto Gallego de Consumo.

La Comisión Nacional de la Competencia refuerza la vigilancia del cumplimiento de sus resoluciones

La Comisión Nacional de la Competencia ha decidido crear la Subdirección de Vigilancia dentro de la Dirección de Investigación. Ejercerá las funciones de instrucción de los procedimientos de vigilancia con el objetivo de reforzar la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos de la CNC (Disposición final segunda del Real Decreto 345/2012 por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Competitividad).

Informe de la CNC sobre el mercado de terminación de las llamadas con teléfonos móviles

La CNC ha hecho público su informe sobre la medida que ha de adoptar la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) sobre la definición y el análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la determinación de la existencia de operadores con poder significativo de mercado y la necesidad de imponer obligaciones específicas.

Entre las conclusiones del informe destaca la recomendación de que se introduzca una rebaja más intensa y más rápida de los precios máximos de terminación de llamadas móviles. Una mayor y más rápida reducción de los precios mayoristas de terminación de las llamadas permitiría paliar el efecto restrictivo de la competencia que estos precios de terminación actualmente tienen, ya que se ampliaría la capacidad de los operadores más pequeños para reducir sus precios minoristas al no verse enfrentados a costes de

terminación de las llamadas *off-net* de sus clientes tan elevados como hasta la actualidad. Este hecho generaría, a su vez, presiones a la baja sobre los precios minoristas de llamadas móviles que beneficiarían a los consumidores.

Informe sobre la aplicación de la Ley 1/2002, de coordinación de las competencias del Estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia durante el año 2011

La CNC ha publicado su Informe sobre la aplicación de la Ley 1/2002 durante el pasado año, el cual resume

el resultado de la política descentralizada de defensa de la competencia en España en dicho año.

El documento pone de manifiesto el esfuerzo desarrollado por todas las autoridades de competencia para lograr una aplicación efectiva, coherente y uniforme de la normativa de competencia en todo el territorio nacional como elemento indispensable para garantizar la unidad de mercado y la igualdad de las condiciones de ejercicio de la actividad económica, así como el incremento de la actividad de las doce comunidades autónomas que contaban con una autoridad de competencia en ese periodo.

Prácticas anticompetitivas

Sanciones a Montesa Honda y a varios de sus concesionarios por pactar los precios de venta al público de las motocicletas

El Consejo de la CNC ha resuelto declarar que la empresa Montesa Honda, S. A., y varios de sus concesionarios ubicados en Madrid, Toledo y Guadalajara acordaron la fijación de precios mínimos de reventa al público de determinadas motocicletas, así como los márgenes comerciales que los concesionarios otorgan a sus agentes o subdistribuidores por las ventas efectuadas por éstos (Resolución de la CNC de 28 de diciembre del 2011).

En la resolución se considera probado que las empresas imputadas participaron en una serie de reuniones, conversaciones e intercambios de correspondencia para elaborar unas listas de precios de venta al público para los modelos de motos de cilindrada superior a 300 cc, así como el hecho de que Honda ideó un mecanismo para controlar el cumplimiento del acuerdo.

Estos hechos deben ser calificados como un acuerdo de precios que tiene tanto carácter horizontal, en la medida en que nace de la coordinación de competidores activos en el mismo nivel del mercado, como vertical, al ser finalmente el fabricante/importador (Honda) el que actúa con la capacidad de modificar los niveles propuestos y con la de imponérselos a otros concesionarios que no estuvieron presentes en las reuniones y conversaciones.

Prácticas de intercambios de información entre Montesa Honda y Suzuki Motor

Con ocasión de unas inspecciones domiciliarias llevadas a cabo en las sedes de Montesa Honda, S. A., y Suzuki Motor, S. A., los funcionarios de la CNC detectaron la existencia de intercambios entre estas empresas de correos electrónicos que contenían información comercial sensible.

Tras la tramitación del oportuno procedimiento sancionador, el Consejo de la CNC ha considerado probado

que las citadas empresas intercambiaron, mediante sus empleados, mensajes electrónicos en los que cada fabricante indicaba al otro de forma detallada los precios de venta mayorista (al concesionario) para todos sus modelos de motocicletas de entre 125 cc y 1800 cc, así como los precios de venta al público recomendados y, en consecuencia, han impuesto a Montesa una multa de 2 098 280 euros y a Suzuki otra de 1 881 570 euros.

La resolución recuerda que el intercambio de información comercialmente sensible puede constituir un acuerdo o práctica concertada restrictiva por su objeto y efectos dada su aptitud para limitar la competencia entre competidores y, en este caso concreto, considera que la información sobre precios mayoristas ofrece un dato muy importante sobre el margen de que dispone el concesionario para hacer descuentos a la hora de comercializar las motocicletas, lo que reduce la incertidumbre sobre cuál va a ser la aplicación efectiva de los precios de venta minorista recomendados, especialmente en el contexto temporal en el que se produjo el intercambio de información, caracterizado por una reducción de la demanda y una modificación de los tipos impositivos del impuesto de matriculación (Resolución de la CNC de 19 de enero del 2012).

Cártel de fijación de precios de hormigón, áridos y morteros en el norte de España

La Comisión Nacional de la Competencia ha dictado una resolución en la que declara la existencia de un cártel de fijación de precios en los mercados del hormigón, áridos y mortero en Navarra y territorios limítrofes. En él habrían participado las empresas Cementos Portland Valderribas S. A., Canteras de Echauri y Tiebas S. A., Hormigones Beriain S. A., Cemex España S. A. y Canteras y Hormigones Vre S. A. (Resolución de la CNC de 12 de enero del 2012).

El expediente se originó con una denuncia a la que se le adjuntaron como anexos transcripciones de grabaciones de conversaciones telefónicas y de reuniones

celebradas entre diferentes empresas, luego imputadas, junto con abundante documentación.

La CNC ha considerado acreditado que las empresas imputadas adoptaron acuerdos para la fijación y subida escalonada de los precios del hormigón, del árido y del mortero, así como para el reparto del mercado de esos productos. Los acuerdos se instrumentalizaban mediante un sistema de asignación de las obras a las que las empresas participantes podían suministrar estos productos, dentro de cada una de las zonas delimitadas, conforme a cupos establecidos por ellas. Los acuerdos han afectado al territorio de la Comunidad Foral de Navarra y territorios limítrofes desde junio del 2008 hasta al menos el 22 de septiembre del 2009.

La CNC multa a las empresas de transporte marítimo que operan en las islas Baleares por participar en un cártel de precios y reparto del mercado

La Comisión Nacional de la Competencia ha impuesto multas por valor de más de 54 millones de euros a las empresas Trasmediterránea, Balearia, Isleña Marítima de Contenedores, Sercomisa y Mediterránea Pitiusa por haber formado parte de un cártel que tenía por objeto el reparto del mercado y la fijación de precios y condiciones comerciales en el mercado del transporte marítimo de línea regular de pasajeros y mercancías entre la Península y las islas Baleares y entre las propias islas (Resolución de la CNC de 23 de febrero del 2012).

Sanción a Abertis Telecom por abuso de posición dominante

La CNC ha sancionado a la empresa Abertis Telecom S. A. U. con una multa de 13 755 000 euros por haber abusado de su posición de dominio en el mercado de los servicios de transporte y distribución de la señal de televisión digital terrestre (TDT) al desarrollar comportamientos que obstaculizaban la entrada de competidores en el citado mercado (Resolución de la CNC de 8 de febrero del 2012).

La empresa Abertis, al tener una clara posición de dominio en el mercado, está obligada por la normativa reguladora a permitir el acceso de otros operadores a su red de emplazamientos y centros de emisión para la difusión de señales de TDT, por ser éstos un activo irreplicable y necesario para la prestación del servicio de transporte y difusión de dicha señal. Abertis presta también, en situación de posición de dominio, los servicios de transporte y difusión a los operadores de televisión.

En el curso del procedimiento sancionador se ha constatado que, dados los precios y condiciones aplicadas por Abertis en el mercado minorista (estrechamiento de márgenes), competidores tan eficientes como Abertis no pueden sobrevivir en el mercado de los servicios de transporte y distribución de la señal de TDT.

Se da la circunstancia de que esta empresa ya había sido sancionada en el 2009 por abusar de su posición de dominio en el mercado de la provisión del servicio portador de la señal de televisión, al establecer en sus contratos plazos y descuentos que generaban un cierre del mercado.

Abuso de posición dominante por parte de EGEDA

La Comisión Nacional de la Competencia ha impuesto a la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (Egeda) una multa de 478 515 euros por establecer unas tarifas abusivas en relación con el otorgamiento de autorizaciones y de remuneración de los productores audiovisuales por los establecimientos hoteleros por actos de comunicación pública en las habitaciones de los huéspedes (Resolución de la CNC de 2 de marzo del 2012).

El Consejo de la CNC considera que la decisión de Egeda de cobrar un precio en función de las plazas disponibles del hotel y de no utilizar en la tarifa general la información de la que disponía sobre ocupación hotelera y, por tanto, sobre usuarios potenciales, para aproximar el importe del precio que representa la tarifa general al uso del derecho debe considerarse abusiva, dado que las variables en que se sustenta no tienen en cuenta la intensidad ni el valor del uso de los derechos que Egeda gestiona. La CNC considera además que la desproporción existente entre las tarifas generales y las tarifas pactadas por Egeda en sus acuerdos con distintas asociaciones de hoteleros o contratos con hoteleros individuales, que no está justificada objetivamente, muestra una estrategia abusiva de la entidad mediante la cual, al fijar unilateralmente un precio base desproporcionado, que de acuerdo con la ley será supletorio en caso de incumplimiento, distorsiona la obligada negociación que impone la Ley de Propiedad Intelectual.

La CNC multa a Endesa por abuso de su posición de dominio en el mercado

El Consejo de la CNC ha impuesto a Endesa Distribución Eléctrica S. A. dos multas de 14 967 960 euros y de 8 158 000 euros por abusar de su posición de dominio como distribuidora de energía eléctrica (Resolución de la CNC de 21 de febrero del 2012).

El expediente se inició por una denuncia presentada por la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de España (FENIE) en la que se imputaban a Endesa diversas infracciones de las normas de competencia relacionadas con el mercado de las instalaciones eléctricas. Este mercado comprende la realización de las obras necesarias (acometida, enganche, extensiones, conexión, etc.) para conectar la red de distribución con las instalaciones receptoras de los usuarios finales. La normativa distingue entre las actividades de instalación que están reservadas a los distribuidores y las que no. La ejecución de las instalaciones no

reservadas al distribuidor puede llevarse a cabo en libre competencia por cualquier instalador autorizado.

La primera infracción cometida por Endesa consiste en aprovechar su posición en el mercado de la distribución para distorsionar la competencia en el mercado conexo de las instalaciones no reservadas, en el que también opera. Endesa ha utilizado la información sobre las solicitudes de suministro a la que tenía acceso privilegiado por su condición de distribuidor (la identidad de cada cliente que necesitaba una instalación y todos los detalles técnicos del punto de suministro) para ofertar la ejecución de los trabajos de instalaciones eléctricas a los clientes de mayor tamaño del mercado. Esta conducta dificulta que el resto de los operadores presentes en el mercado de instalaciones pueda competir con Endesa Distribución Eléctrica en situación de mínima igualdad de condiciones en sus zonas de distribución por la parte más atractiva del mercado. Asimismo Endesa ha abusado de su posición de dominio en el mercado por cobrar a los clientes los trabajos de entronque y conexión de la instalación, cuando la normativa establece que éstos deben ser efectuados por el distribuidor a su costa.

Sanción a Iberdrola por falseamiento de la libre competencia por actos desleales

La CNC ha impuesto a Iberdrola una multa de 10 685 000 euros por el traspaso de clientes de la comercializadora de último recurso a la comercializadora en mercado libre sin recabar el consentimiento expreso del consumidor exigido por la normativa sectorial.

En su Resolución de 24 de febrero del 2012, el Consejo de la CNC considera acreditado que Iberdrola incumplió lo dispuesto en la Disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009 al no solicitar el consentimiento expreso de los consumidores en todos los cambios de suministrador llevados a cabo, lo que constituye una infracción del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal, que tipifica como desleal la violación de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial en el mercado.

El Consejo de la CNC destaca en su Resolución que dicha infracción se produjo en un momento en el que la liberalización del mercado minorista de suministro de electricidad comenzaba a desplegar todos sus efectos.

El Consejo de la CNC, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se produce la conducta imputada (la liberalización del mercado minorista de suministro de electricidad), el colectivo al que se dirigió (pequeñas y medianas empresas) y el servicio afectado (un *input* básico para las empresas y un

servicio de primera necesidad para los consumidores domésticos), considera que no hay duda de que la conducta de Iberdrola ha afectado al interés público.

Terminación convencional de un expediente sancionador

La Comisión Nacional de la Competencia ha acordado la terminación convencional del expediente sancionador incoado contra la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), el Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España, el Consejo General de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales y el Consejo General de Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales por promover la implantación de visados de idoneidad técnica reservados a determinados colectivos profesionales en restricción de la competencia (Resolución de la CNC de 28 de diciembre del 2011).

Los hechos motivadores del expediente sancionador fueron los siguientes: la FEMP firmó con los distintos consejos superiores de los colegios profesionales enumerados varios convenios para regular la prestación por parte de estos colegios de una serie de servicios consistentes en la verificación normativa y documental que se podría incorporar a la tramitación de las licencias municipales. Del contenido de los convenios se deducía una recomendación para reservar de hecho la prestación de estos servicios a los colegios profesionales respectivos (arquitectos, arquitectos técnicos, ingenieros industriales e ingenieros técnicos industriales), excluyendo por tanto a cualquier otra entidad o colectivo.

Dado que, de la normativa específica sobre la regulación del visado colegial no puede inferirse que los colegios profesionales tengan una reserva de actividad en lo relativo a la ordenación documental y normativa de proyectos —estén sometidos o no a visado colegial obligatorio—, hay que concluir que los mencionados convenios presentan una importante restricción de la competencia.

Para lograr una terminación convencional del expediente sancionador, la FEMP y los Colegios imputados presentaron unos compromisos que incluían la rescisión de los convenios firmados y el compromiso de abstenerse de firmar otros de este tipo en el futuro. La FEMP se ha comprometido también a difundir el contenido de la resolución de terminación convencional y de los compromisos asumidos a todos sus asociados (ayuntamientos, diputaciones, consejos, cabildos y federaciones territoriales). La CNC ha considerado que estos compromisos son adecuados para resolver los problemas detectados y, en consecuencia, acuerda la terminación convencional del procedimiento sancionador sin imposición de ninguna sanción.

Control de concentraciones

Durante este periodo se han notificado trece operaciones de concentración, cuya naturaleza es la

siguiente: siete operaciones de toma de control exclusivo, cinco de toma de control conjunto y una de

adquisición de activos. Todas estas operaciones de concentración han sido autorizadas en primera fase.

La CNC aprueba con compromisos la concentración CEPSA/CHESA

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia ha autorizado la operación de concentración por la que Compañía Española de Petróleos, S. A. (CEPSA), adquiere el 100 % del capital social de Chevron España S. A. (CHESA), tomando por tanto el control exclusivo de esta empresa (Resolución de 14 de marzo del 2012). Esta operación fue notificada en el mes de junio del 2011.

La autorización ha sido subordinada al cumplimiento de una serie de compromisos propuestos por CEPSA que, en opinión del Consejo de la CNC, son suficientes para solucionar los problemas de competencia detectados como consecuencia de la concentración de ambas entidades. Los compromisos son los siguientes: El primero, la posibilidad de rescisión unilateral y sin penalización por parte de diversos operadores de sus respectivas obligaciones de compra en exclusiva de productos CEPSA y su eliminación como causa de incumplimiento contractual. Este compromiso persigue, por un lado, favorecer la opción de los clientes de CEPSA de aprovisionarse de otros suministradores, en la medida en que ésta, al haber adquirido las estaciones de servicio de CHESA, se refuerza como competidor en el mercado minorista y, por otro lado, mitigar los posibles efectos coordinados identificados entre DISA, principal operador minorista en el archipiélago canario, y CEPSA. El segundo compromiso se refiere al mercado de combustible de aviación y a los servicios *intoplane*. CEPSA se ha comprometido a mantener durante tres años el mismo suministrador de servicios *intoplane* que venía empleando CHESA en los aeropuertos en los que ésta suministra combustible de aviación y CEPSA está presente en *intoplane* (Alicante, Málaga y Sevilla) con el fin de evitar que CEPSA se refuerce en el mercado de *intoplane* verticalmente relacionado a través de su filial SIS, desplazando a los operadores de *intoplane* con los que venía contratando CHESA en dichos aeropuertos. El compromiso

tercero está dirigido a compensar la desaparición de CHESA como competidor en el mercado de almacenamiento de combustible para generación eléctrica en el que, si bien tenía una presencia limitada, contribuía a ejercer cierta presión competitiva sobre CEPSA. Así, CEPSA se compromete a reconocer un derecho unilateral a favor de Carboex, S. A. (filial de Unión Eléctrica de Canarias, S. A. U. -UNELCO-, a su vez filial de ENDESA), de prorrogar el contrato vigente en la actualidad durante otros dos años a partir del 31 de diciembre del 2014 en los mismos términos y condiciones que lo rigen actualmente. Mediante el cuarto compromiso, CEPSA contrae la obligación, durante un periodo de tres años, de no importar, almacenar ni comercializar combustible para barcos (*bunker*) por medio de la terminal de Las Palmas y de utilizar esta terminal sólo para carburantes o combustibles que vayan destinados al mercado de la automoción, al mercado eléctrico, a uso industrial o a productos intermedios relacionados con estos usos.

La CNC sanciona a GESTAMP y ESSA por incumplimiento del deber de notificar una operación de concentración

La Comisión Nacional de la Competencia ha impuesto una multa a las empresas Gestamp Manufacturing Autochasis, S. L., Gestamp Automoción, S. L., Grupo Estampaciones Sabadell, S. L., y Bonmor, S. L., por haber incumplido el deber de notificar una operación de concentración consistente en la toma de control conjunto sobre la empresa ESSA PALAU, S. A.

La operación de concentración C/0382/11 Gestamp/Essa/Essa Palau fue autorizada mediante la resolución del Consejo de la CNC de fecha 7 de septiembre del 2011. No obstante, Gestamp y Essa habían ejecutado la primera fase de la compraventa con anterioridad a la notificación de la operación de concentración a la CNC. A la vista de lo anterior, la Dirección de Investigación de la CNC acordó la incoación de un expediente sancionador contra Gestamp y Essa por un posible incumplimiento del artículo 9 de la LDC, que establece la obligación de notificar a la CNC una concentración con carácter previo a su ejecución.

BREVES POR SECTORES (UNIÓN EUROPEA)

Ayudas de Estado

Banca

El Tribunal General de la Unión Europea anula parcialmente la Decisión de la Comisión en relación con ayudas concedidas a ING. El 11 de noviembre del 2008, el Estado neerlandés suscribió íntegramente una ampliación de capital de ING por 10 000 millones de euros, representados por títulos híbridos sin derecho a voto ni dividendo. En el momento de la suscripción se pactó un régimen de amortización que se modificó posteriormente de forma que ING podía recomprar la mitad de los títulos al precio de emisión más intereses y una prima por amortización anticipada. La Comisión Europea analizó la medida notificada y consideró la modificación como una ayuda adicional de 2 000 millones de euros, compatible con el mercado común en cuanto

se cumpliesen ciertos compromisos. Esta decisión de la Comisión Europea fue recurrida ante el Tribunal General, que ha resuelto anularla en parte. El tribunal estima que de la decisión no puede deducirse que la Comisión haya llevado a cabo la obligada comparación entre la actuación del Estado y la que correspondería a un inversor privado. Por otro lado, entiende que, dadas las condiciones del mercado en el momento de la modificación del régimen de amortización, no puede descartarse que un inversor privado estuviese interesado en ese rendimiento (el modificado). Así, el tribunal ha anulado la decisión por cuanto considera como ayuda compatible la mencionada modificación sometida a ciertos compromisos.

Electricidad

El Tribunal General de la Unión Europea considera ayuda de Estado ciertos contratos de compra de electricidad suscritos por la eléctrica Budapesti Erőmű Zrt y la pública MVM. El 4 de junio del 2008, la Comisión Europea declaró contrarios a la normativa sobre ayudas de Estado diversos acuerdos de compra de electricidad de larga duración celebrados entre la pública Magyar Villamos Művek Zrt (MVM) y varios productores. En dichos contratos, MVM se obligaba a adquirir durante varios años una determinada cantidad de electricidad a un precio fijo. Budapesti Erőmű, una de las productoras que firmaron tales acuerdos, interpuso un recurso de anulación contra dicha decisión, que ha sido desestimado ahora por la sentencia del Tribunal General. Éste ha examinado, en primer lugar, si estos contratos, suscritos antes de la adhesión de Hungría a la Unión Europea, estaban sometidos a

las reglas europeas sobre ayudas de Estado y ha entendido que, en la medida en que los contratos no se encuentran entre las ayudas de Estado cuya vigencia se reconoce en el Acta de Adhesión de Hungría, la Comisión Europea está facultada para examinar su compatibilidad desde el momento de la adhesión. Por otro lado, el tribunal ha analizado si las estipulaciones de los acuerdos podrían haber sido aceptadas por un operador que actuase con un criterio exclusivamente comercial y ha concluido que dichas estipulaciones no se corresponden con las normales del sector en la Unión Europea (en el que la cantidad demandada y el precio están en constante fluctuación) y que MVM se expuso a un riesgo inasumible por un operador privado en una situación de mercado. En consecuencia, el tribunal ha desestimado el recurso y ha confirmado la decisión de la Comisión en su totalidad.

Postal

La Comisión Europea declara ilegales las ayudas otorgadas por Alemania y Bélgica a sus operadores históricos de correos. La Comisión ha adoptado un paquete de cuatro decisiones relativas a las ayudas de Estado otorgadas por Francia, Grecia, Bélgica y Alemania a sus respectivos operadores históricos de correos y ha declarado las ayudas otorgadas por Alemania y Bélgica incompatibles con el mercado común. En la actualidad, dieciséis Estados miembros de la Unión Europea han liberalizado totalmente el sector postal, lo que ha permitido la aparición de nuevos operadores y servicios y ha beneficiado la competencia en el sector en términos de calidad y precio. Con la intención de proteger esta competencia emergente en el mercado, el control de las ayudas de

Estado trata de evitar que se produzcan ventajas competitivas indebidas que benefician a los operadores históricos. De acuerdo con esto, la Comisión Europea ha considerado las ayudas otorgadas por Alemania y Bélgica a Deutsche Post y Bpost, respectivamente, incompatibles con el mercado común y, en consecuencia, ha ordenado a ambos Estados la recuperación de los importes. Conforme a lo anterior, la Comisión Europea ha ordenado a Alemania recuperar 500 millones de euros, puesto que tal cantidad habría permitido aplicar precios regulados excesivos. Por otro lado, ha ordenado a Bélgica la recuperación de 417 millones de euros al considerar que la contribución estatal por los servicios públicos prestados por Bpost entre 1992 y 2010 fue excesiva.

Abuso de posición dominante

Tecnología

La Comisión Europea investiga a MathWorks por un presunto abuso de posición dominante. Según la información de la Comisión Europea, esta empresa americana, activa en el sector del *software*, podría haber infringido el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La

investigación trae causa de una denuncia particular en la que se acusa a MathWorks de haber negado información sobre dos de sus productos estrella a un competidor, impidiéndole llevar a cabo la ingeniería inversa mediante la cual conseguir interoperabilidad con tales productos.

Sector farmacéutico

La Comisión archiva la investigación de las farmacéuticas AstraZeneca y Nycomed. El pasado 1 de marzo se archivó la investigación, puesta en marcha el 30 de noviembre del 2010, cuando se efectuaron inspecciones sorpresa en las instalaciones de AstraZeneca y Nycomed. La

Comisión Europea sospechaba de que ambas farmacéuticas podían haber llevado a cabo ciertas acciones tendentes a retrasar la entrada en el mercado de medicamentos genéricos y presuntamente constitutivas de abusos de posición dominante.

Concentraciones

Mercados financieros

La Comisión Europea bloquea la fusión entre Deutsche Börse y NYSE Euronext. La Comisión ha prohibido, con arreglo al reglamento de control de concentraciones, la fusión entre Deutsche Börse y NYSE Euronext. En opinión de la autoridad, como consecuencia de esta fusión, la entidad resultante tendría un 90 % de la cuota en el mercado europeo de derivados cotizados, mercado en el que se ha centrado el análisis efectuado por la Comisión Europea. Esto supondría la creación de un cuasi monopolio

en el sector, lo que perjudicaría tanto los intereses de los inversores en derivados, como la economía europea en general. Actualmente Eurex y Liffe, operados por Deutsche Börse y por NYSE Euronext respectivamente, constituyen los dos mayores mercados de negociación de derivados a nivel mundial. El control de sus actividades por una única entidad, unido a las fuertes barreras a la entrada en dicho mercado, eliminaría, según la Comisión Europea, la competencia en el sector.

Bienes de consumo

Se autoriza la adquisición de Panrico por la estadounidense Oaktree. La Comisión ha autorizado la adquisición de Panrico, activa en el sector de la producción y distribución de pan, pasteles y galletas, por Oaktree, un gestor de inversiones norteamericano. El análisis de la Comisión ha constatado la ausencia de solapamientos entre las actividades de las partes, puesto que ninguna de las empresas controladas por Oaktree actúa en los mismos mercados que Panrico. Además, la Comisión Europea ha analizado las relaciones verticales entre las actividades de la adquirida y las de Nordenia, propiedad de Oaktree y activa en el sector de los envases plásticos. Dada la escasa cuota de Nordenia en el mercado de envases para pan, galletas y pasteles, la Comisión Europea ha considerado que la entidad resultante de la adquisición no tendrá capacidad para bloquear el suministro a competidores ni provocará cambio material alguno en la estructura del mercado. En virtud de todo lo anterior, la Comisión ha concluido que la transacción no impedirá la competencia efectiva en el Espacio Económico Europeo (EEE) ni en ninguna parte sustancial de él y ha autorizado la operación.

La Comisión Europea aprueba la adquisición por Saria de las holandesas Teeuwissen y Quintet y las españolas Jagero II y Bioibérica. La Comisión Europea ha autorizado la adquisición por Saria Bio-Industries AG & Co. KG del control exclusivo de Quintet Beheer B. V. y Bioibérica, S. A., y del control conjunto de Teeuwissen Holding B. V. y Jagero Holding II S. L. La investigación de la Comisión reveló que, tras la operación, se producirían solapamientos horizontales de actividades en algunos mercados nacionales de productos utilizados en la fabricación de alimentos húmedos para animales domésticos. Sin embargo, de acuerdo con la misma investigación, tales solapamientos no plantearán problemas de competencia. En el Reino Unido, Saria es líder de mercado, pero la operación notificada únicamente conllevaría un incremento limitado de su cuota, mientras que en Francia el solapamiento sería de escasa importancia. En ambos casos, la entidad resultante de las transacciones continuará enfrentándose a grandes operadores en ambos mercados. En consecuencia, la Comisión Europea ha concluido que la operación no obstaculizará de forma significativa la competencia en el Espacio Económico Europeo o en una parte sustancial de éste y la ha autorizado.

Electrodomésticos

Autorizada la adquisición del negocio de televisores de marca en color de Philips por TPV. La Comisión ha autorizado la adquisición del negocio de televisores en color de la holandesa Philips por TPV Technology Limited, activa en la fabricación de televisiones de color y pantallas de ordenador. En su análisis, la Comisión Europea ha constatado solapamientos de actividades en el mercado de la venta de televisores. Sin embargo, ha entendido que éstos no plantearán problemas de competencia dado que la entidad resultante continuará enfrentándose a importantes competidores. Por otro lado, según el mismo análisis, la

adquisición creará vínculos verticales entre las actividades de la adquirente en el segmento de suministros para televisiones LCD sin marca en color de TPV y las actividades aguas abajo de Philips de venta de televisores LCD en color. La Comisión Europea ha entendido al respecto que la entidad resultante tendrá una presencia limitada en los mercados, evitándose, en consecuencia, potenciales problemas de competencia. En virtud de lo anterior, la Comisión Europea ha autorizado la operación en la medida en que ha concluido que la adquisición no impedirá la competencia efectiva en el Espacio Económico Europeo o en una parte sustancial de él.

Competencia

Nuclear

Consulta pública acerca de los compromisos propuestos por Siemens y Areva para el mercado de tecnología nuclear. En el 2001 Areva y Siemens crearon Areva NP, una empresa en participación que pasaría a ser controlada exclusivamente por Areva en el 2009. En los acuerdos de creación de Areva NP se incluyó una cláusula de no competencia de una duración que excedía la de la vigencia prevista de Areva NP. Tras analizar los acuerdos, la Comisión Europea ha considerado excesiva esta cláusula, que anularía la competencia con Siemens durante un periodo superior a tres años desde la

adquisición del control exclusivo de Areva NP por Areva. En opinión de la Comisión, esta cláusula, que cubre diversos mercados de tecnología nuclear, podría contravenir las normas de competencia. En vista de lo anterior, Siemens y Areva han propuesto reducir el ámbito de aplicación y la duración de la cláusula. Ahora la Comisión hace pública esta propuesta invitando a terceros interesados a presentar sus comentarios. Una vez conocidos los resultados de este test, la Comisión adoptará una decisión conforme al artículo 9 del Reglamento 1/2003 por la que hará vinculantes los compromisos de las partes.

Tecnología de aislamiento gaseoso

Se reafirma la competencia de la autoridad checa de la competencia para sancionar los efectos de un cártel en su país antes de su adhesión a la Unión Europea. Entre 1988 y el 2004, varias empresas europeas y japonesas participaron en un cártel mundial en el mercado de los conmutadores de aislamiento gaseoso. El cártel, que finalizó pocos días después de la adhesión de la República Checa a la Unión Europea, fue investigado y sancionado por la Comisión Europea y por la autoridad checa de la competencia. Toshiba, así como otras sancionadas por su participación en el mismo cártel, recurrieron la decisión de la autoridad checa sobre la base de una violación del principio *non bis in idem*. Así, entendieron que tal principio habría sido violado en la medida en que la Comisión Europea ya había sancionado el cártel a nivel europeo. En el marco de estos

procedimientos nacionales, el tribunal checo planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que aclarase si el que la Comisión Europea analizara y sancionara los mismos hechos con respecto a la Unión Europea conllevaba la pérdida de competencia de la autoridad nacional checa. Y ello teniendo en cuenta que el cártel había finalizado días después de la adhesión de la República Checa a la Unión. El Tribunal de Justicia ha resuelto afirmando que, en la medida en que no cabe aplicar las normas europeas retroactivamente, la autoridad checa actuó conforme a derecho al aplicar la normativa checa a los efectos que el cártel produjo únicamente en la República Checa y antes de su adhesión a la UE —efectos que no habían sido examinados por la Comisión Europea—, sin violar, por lo tanto, el principio de *non bis in idem*.

Intercambio de electricidad

La Comisión Europea inspecciona las instalaciones de varias empresas dedicadas al intercambio de electricidad. Las compañías investigadas gestionan intercambios de electricidad mediante los cuales se facilita el comercio de electricidad al por mayor. Según la información de la Comisión Europea,

las investigadas podrían haber violado las reglas que prohíben los acuerdos restrictivos. Como consecuencia de tales sospechas, ciertos funcionarios de la Comisión Europea, acompañados de sus homólogos de las autoridades nacionales respectivas, inspeccionaron por sorpresa las instalaciones de las investigadas.

Aguas

La Comisión abre procedimientos a varias compañías del sector francés del agua. La Comisión ha incoado un procedimiento de investigación en relación con una presunta coordinación de conductas en el mercado francés del agua y de las aguas residuales. Las empresas SAUR, Suez Environnement, su filial Lyonnaise des Eaux, y Veolia, así como la asociación de la que son parte (Fédération Professionnelle des Entreprises de l'Eau), serán objeto de una

investigación de la Comisión Europea mediante la cual se pretende esclarecer si efectivamente hubo coordinación de conductas en los mercados referidos y si, en concreto, las afectadas fijaron conjuntamente los precios facturados al consumidor final. En el 2010, la Comisión multó a Suez Environnement y a su filial por romper un precinto colocado por sus funcionarios en el curso de la inspección sorpresa llevada a cabo en sus instalaciones.

Sección coordinada por

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil

Director del Centro de Estudios de Consumo
de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

& Análisis

– La «moratoria sancionadora» de la Ley de Regulación del Juego: ¿qué ocurre con los portales de <i>juego on line</i> pendientes de licencia?	36
– «Venta de empresas» e IVA: la progresiva flexibilización comunitaria de la regla de no sujeción	39
– Errores en la fijación de los precios de los productos en los catálogos de venta <i>on line</i> . ¿Hay algún remedio?	43
– Pignoraciones de la devolución del IVA y derecho de Hacienda a compensar	46
– Análisis de la «jurisprudencia» del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales	50
– Los proveedores de acceso a internet no han de ser los vigilantes de los derechos de autor en la red	54
– Guía del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral	58

La «moratoria sancionadora» de la Ley de Regulación del Juego: ¿qué ocurre con los portales de juego *on line* pendientes de licencia?

Blanca Lozano Cutanda

Catedrática de Derecho Administrativo
de la Universidad del País Vasco
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

Las disposiciones transitorias de la ley del juego que posponen la aplicación del régimen sancionador y prorrogan la vigencia de los contratos de publicidad y patrocinio han sido ampliadas por el Real Decreto Ley 20/2011 en seis meses más, hasta el 30 de junio del 2012 o hasta la resolución del procedimiento de otorgamiento de licencias si tiene lugar antes. Con ello se pone de manifiesto la voluntad de permitir que las empresas que ofrecen juegos *on line* o que hacen publicidad de éstos puedan seguir operando hasta que obtengan la necesaria licencia en el procedimiento actualmente en curso. Ello no ha impedido, sin embargo, que se hayan interpuesto denuncias y que, como consecuencia de una de ellas, el auto de un juzgado de lo Mercantil haya ordenado la cesación cautelar de actividades de dos portales de apuesta. En este análisis se abordan los problemas e interrogantes de tal situación.

De acuerdo con la Ley 13/2001, de Regulación del Juego (LRJ), las empresas que ofrecen juego *on line*, tanto desde España como hacia España, están obligadas a solicitar y obtener una doble licencia: una general, para cada modalidad de juego, y otra singular, para cada uno de los tipos de juego de la modalidad. La ley contiene una regulación general de la actividad del juego —requisitos, prohibiciones, obligaciones, régimen fiscal— y remite a órdenes posteriores la reglamentación básica para el desarrollo de cada modalidad de juego.

En el BOE de 17 de noviembre del 2011 se publicaron las órdenes ministeriales por las que se establece la reglamentación básica de la mayor parte de los tipos de juego incluidos en el ámbito de aplicación de la LRJ: apuestas de varias modalidades, juegos de póquer, bingo, ruleta, *blackjack*, punto y banca, concursos de carácter estatal y los denominados juegos complementarios.

La primera convocatoria de licencias estatales de juego tuvo lugar mediante una orden publicada en el BOE de 18 de noviembre del 2011, que aprobó el pliego de bases y convocó a los interesados a la presentación de solicitudes¹. El plazo para dicha presentación finalizó el 14 de diciembre y se han pedido más de trescientas licencias para las distintas modalidades de juego previstas en la convocatoria.

El plazo previsto para resolver las solicitudes de licencias generales es de seis meses desde su presentación, pero son muchos y muy complejos los requisitos y documentos exigidos, en especial de carácter técnico, por lo que es previsible que se produzcan ampliaciones e interrupciones del plazo que retrasen la resolución de la convocatoria.

Pero, ¿qué ocurre con las actividades de juego *on line* hasta tanto se otorguen estas licencias?

La LRJ no lo dice con claridad. La Disposición transitoria octava se limita a posponer la entrada en vigor de su régimen sancionador a «la fecha de publicación de la resolución del primer procedimiento para el otorgamiento de licencias al que se refiere el artículo 10 de esta ley o el 1 de enero de 2012, si la citada resolución no se hubiera publicado con anterioridad a esa fecha».

Se trata ésta, sin duda, de una disposición transitoria peculiar, puesto que, en vez de establecer un plazo para que la nueva ley entre en vigor, como es lo habitual, lo que hace es posponer la aplicación de su régimen sancionador, con lo que los demás preceptos de la norma entran en vigor, pero su incumplimiento no se reputa infracción durante el periodo de «moratoria sancionadora».

Este singular régimen transitorio de la ley tiene el claro objetivo de permitir que las empresas de juego

¹ En el mismo BOE se publicó la Resolución de 16 de noviembre del 2011 de la Dirección General de Ordenación del Juego por la que se establecía el procedimiento de solicitud y otorgamiento de las licencias singulares, que pueden solicitarse al mismo tiempo que la licencia general.

dispongan de un plazo para regularizar su situación, adaptarse a la nueva normativa y obtener la oportuna licencia cuando se convoque y resuelva la convocatoria y que, mientras tanto, puedan seguir operando lícitamente pero, eso sí, pagando los impuestos previstos en el título VIII de la LRJ.

En el caso de los contratos publicitarios y de patrocinio «acordados en firme con anterioridad al 1 de enero de 2011», la Disposición transitoria novena de la LRJ les otorga «validez» transitoriamente por el mismo periodo.

Estas disposiciones transitorias que posponen la aplicación del régimen sancionador y prorrogan la vigencia de los contratos de publicidad y patrocinio acaban de ser ampliadas en seis meses más, hasta el 30 de junio del 2012, o hasta la resolución del procedimiento de otorgamiento de licencias si tiene lugar antes. La modificación ha sido introducida por el Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre (BOE de 31 de diciembre), de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (en dos disposiciones finales que, por error material, son idénticas: la séptima y la undécima).

La justificación de esta prórroga no deja dudas sobre la voluntad de permitir que las empresas que ofrecen juegos *on line* o que hacen publicidad de éstos puedan seguir operando hasta que obtengan la oportuna licencia. Dice así la Exposición de motivos del real decreto ley: «... se modifica la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego, al objeto de establecer una prórroga respecto a la entrada en vigor del régimen sancionador de la ley que permita a la Dirección General de Ordenación del Juego resolver determinadas solicitudes de licencia presentadas, pues de otro modo algunas entidades podrían resultar perjudicadas por la citada entrada en vigor durante la tramitación de dichas solicitudes».

Estas disposiciones transitorias no han impedido, sin embargo, que determinados sectores de juego tradicionales que se sienten amenazados por la dura competencia de los operadores internacionales más potentes hayan interpuesto denuncias contra empresas de juego *on line*.

Lo inquietante es que una de estas denuncias haya dado lugar a que un juzgado de lo mercantil haya prohibido cautelarmente a varias empresas seguir operando por medio de los portales de apuestas *on line* que ofrecen servicios de juegos y apuestas que están disponibles en España en tanto «no cuenten con la preceptiva autorización», por considerar que existen indicios suficientes de que esta actividad puede vulnerar derechos protegidos por la Ley de Competencia Desleal.

Se trata del Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Madrid, de 15 de diciembre del 2011 (procedimiento MCP: 658/11) por el que se ordena a las empresas de juego *on line* demandadas por la multinacional española de juego Codere la cesación cautelar de las actividades de los portales miapuesta.com

y miapuesta.es, de modo que no estén disponibles en España. El auto prohíbe, además, la publicidad de las actividades de juego de estos dominios, la obtención, uso o cesión de datos personales logrados por medio de las actividades *on line* y la cesación y prohibición de envío de comunicaciones por correo electrónico relativas a estas actividades de juego.

Las medidas cautelares son adoptadas *inaudita parte* por considerar el juzgado que, conforme a lo dispuesto en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la audiencia previa podría comprometer el buen fin de la medida. La justificación que se da de tan drástico proceder no se encuentra tanto en el argumento principal, el que se trate de «una actividad continuada», sino en lo que se añade a continuación: el hecho de que «las futuras demandadas desarrollan su actividad desde al menos tres paraísos fiscales diferentes [...], lo que podría suponer una facilidad para situarse al margen de las leyes españolas y extranjeras».

La adopción de esta medida cautelar supone ignorar por completo las disposiciones transitorias de la LRJ que permiten, como se ha expuesto, que las empresas que ofrecen juegos *on line* o que hacen publicidad de éstos sigan operando legalmente en España hasta que transcurra el plazo previsto. Durante este periodo transitorio, dispuesto para que las empresas se adecuen a la nueva normativa de juegos de azar de carácter nacional y obtengan la oportuna licencia, aquéllas no incurrir en una infracción de sus preceptos por operar sin título habilitante o por cualquiera de los otros incumplimientos tipificados en la ley, por lo que actúan dentro de la legalidad.

Resulta por ello un absurdo jurídico decir, como hace el auto, que concurre el *fumus boni iuris* de un acto de competencia desleal de las empresas demandadas por infracción de la Ley de Regulación del Juego porque «según resulta de los hechos probados las demandadas no tienen indiciariamente título habilitante» para operar en España, cuando se trataba de empresas que habían solicitado la licencia del portal de juego y estaban a la espera de la resolución de la convocatoria.

La falta de fundamentación jurídica de la medida cautelar resulta manifiesta, por lo que parece que un recurso contra el auto tendría que prosperar y que esta situación no habría de repetirse en otros supuestos, sobre todo tras la reciente prórroga del periodo de moratoria sancionadora y en el caso de empresas que operan con dominios «.es», que están al tanto de sus obligaciones tributarias y que han solicitado las oportunas licencias en la convocatoria en curso. La situación de inseguridad jurídica en el sector del juego *on line* en España sigue siendo, sin embargo, importante, tanto para los operadores como para los propios jugadores, que se preguntan en internet si conviene hacer *cash out* cuanto antes.

Resumiendo, podemos concluir lo siguiente:

- El procedimiento para la resolución de las solicitudes de licencias sigue adelante y, de acuerdo

con la prórroga de la moratoria aprobada por el Real Decreto Ley 20/2011, las empresas de juego *on line* pueden seguir operando legalmente con los portales de juego para los que han solicitado licencia, siendo de esperar que, ante eventuales denuncias de competidores, no se reproduzcan medidas como las del auto comentado si se alega la aplicabilidad de las medidas transitorias de la LRJ.

- Esta situación de «legalidad transitoria» decaerá, sin embargo, en el momento en que se publique la resolución del procedimiento para el otorgamiento de licencias. En la Disposición transitoria octava de la LRJ parece que se está pensando en un procedimiento concurrencial único para todas las solicitudes cuando se refiere a «la fecha de publicación de la resolución», pero, como la orden de convocatoria ha optado por un procedimiento distinto para cada solicitud, parece que habrá de estarse a la fecha de la primera resolución de solicitud que se publique en el sitio web de la Dirección General de Ordenación del Juego.
- Las solicitudes de licencia han de resolverse, en principio, en un plazo máximo de seis meses, por lo que, como mucho, todas ellas deberían estar resueltas el 14 de junio del 2012. La LRJ contempla, sin embargo, la posibilidad de que este plazo se prolongue si se producen ampliaciones o interrupciones, en cuyo caso la «moratoria sancionadora» finalizaría —salvo prórroga legal adicional— el día 30 de junio. Una vez que concluya el plazo de moratoria, todas las actividades de juego *on line* que carezcan de licencia devendrán ilegales y deberán cerrar o serán clausuradas y sancionadas.
- El actual cambio de Gobierno añade aún más incertidumbre a este panorama jurídico, pues no es descartable que quiera introducir algún cambio en la regulación del juego *on line*. En ese caso, sería de esperar que, en aras del principio de seguridad jurídica, los eventuales cambios no afectasen al procedimiento de autorizaciones en curso, pero, si así ocurriese, las empresas que se vieran afectadas tendrían derecho a ser indemnizadas por los daños y perjuicios causados.

«Venta de empresas» e IVA: la progresiva flexibilización comunitaria de la regla de no sujeción

José Manuel Calderón Carrero

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
de la Universidad de La Coruña
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

La normativa del IVA contiene una regla de no sujeción aplicable a operaciones que impliquen la transmisión de un negocio, empresa o unidad económica en funcionamiento cuya finalidad radica en eliminar el sobre coste financiero que se derivaría de la exigencia de tal impuesto con motivo de este tipo de operaciones. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en varias ocasiones sobre esta regla adoptando una posición flexible con respecto a su aplicación, en particular en relación con operaciones de «ventas de negocios» o de unidades económicas en las que se utilicen inmuebles sin que éstos se transmitan.

La presente nota trata de exponer las principales claves para la aplicación de la regla de no sujeción al impuesto sobre el valor añadido (IVA) de las operaciones (*inter vivos/mortis causa* y societarias) que impliquen la transmisión de un negocio, empresa o unidad económica en funcionamiento. Esta regla de no sujeción tiene como finalidad eliminar el sobre coste financiero que para el adquirente de un negocio o unidad económica en funcionamiento se derivaría de la exigencia del IVA con motivo de tal operación. Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se ha pronunciado sobre la interpretación de esta regla de no sujeción al IVA flexibilizando sus condiciones de aplicación, en particular en relación con operaciones de «ventas de negocios» o de unidades económicas en las que se utilicen inmuebles sin que se transmitan éstos.

1. El IVA y la transmisión de negocios, empresas o unidades económicas

1.1. El supuesto de no sujeción establecido en la normativa de la UE

La normativa europea reguladora del IVA permite a los Estados miembros de la Unión Europea considerar que la transmisión de una universalidad total o parcial de bienes a título oneroso o gratuito o bajo forma de aportación a una sociedad no supone una entrega de bienes y que el beneficiario continúa la personalidad del cedente¹. El legislador español hizo uso de esa autorización,

de manera que nuestra ley del IVA prevé tal supuesto de no sujeción para la transmisión de empresas o unidades económicas (*inter vivos* o *mortis causa* o mediante operaciones societarias)². Dicha regulación fue modificada por la Ley 4/2008 con el objeto de adaptarla a la jurisprudencia del TJUE (sentencia Zita Modes)³, que flexibilizó la interpretación de los requisitos de la regla europea de no sujeción al IVA en transmisiones de empresas.

1.2. Finalidad y virtualidad de la regla de no sujeción al IVA

La finalidad de esta regla de no sujeción, en palabras del propio TJUE, radica en «facilitar las transmisiones de empresas o partes de empresas, simplificándolas y evitando sobrecargar la tesorería del beneficiario con una carga fiscal desmesurada que, en cualquier caso, recuperaría posteriormente mediante una deducción del IVA soportado» (SSTJUE Zita Modes y Schriever).

Las consecuencias derivadas de la aplicación de esta disposición pueden sintetizarse de la siguiente forma:

- No repercusión del IVA en operaciones de transmisiones de empresas o de partes de empresas del transmitente al adquirente, lo cual «abarata» la operación o, cuando menos, la facilita financieramente.

¹ Artículo 5.8 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, Sexta Directiva del IVA, y artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE, sistema común del IVA.

² Art. 7.1.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA.

³ STJUE de 27 de noviembre del 2003, C-497/01.

- Subrogación del adquirente a los efectos de la calificación como primera o segunda entrega de las eventuales transmisiones posteriores de los inmuebles incluidos en el patrimonio empresarial cuya transmisión se declara no sujeta (regla de la «no entrega»).
- Subrogación del adquirente a los efectos del régimen de deducción del IVA soporado.

Un aspecto que no resuelve la normativa del IVA se refiere a los casos en los que la transmisión de empresas o de partes de empresas incluye un bien inmueble. En ellos, la operación puede estar no sujeta al IVA, pero sujeta y no exenta al impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas (TPO). Por tanto, en casos de «ventas de empresas» o unidades económicas en funcionamiento que lleven aparejadas transmisiones de inmuebles, la «ventaja financiera» que instrumenta la normativa del IVA quedaría, cuando menos, diluida o entorpecida por la tributación en sede de TPO en relación con el inmueble.

Precisamente, una de las cuestiones que se ha planteado ante el TJUE es si pueden articularse ventas de negocios o de unidades económicas en las que se utilizan inmuebles sin que se transmitan éstos, de manera que se pueda aprovechar la ventaja de la no sujeción al IVA y se evite la carga fiscal del TPO en la transmisión inmobiliaria. La reciente sentencia del TJUE en el caso Schriever ha aclarado esta cuestión en los términos que pasamos a exponer a continuación⁴.

2. La sentencia del TJUE en el caso Schriever: una nueva flexibilización de la aplicación de la regla de no sujeción al IVA en la transmisión de empresas

2.1. Antecedentes del caso Schriever

El caso se refiere a una persona física residente de Alemania (la Sra. Schriever), que explotó, hasta el 30 de junio de 1996, un comercio minorista de artículos deportivos en unos locales comerciales de su propiedad. A partir de esa fecha enajenó las existencias y el equipamiento comercial de la tienda a una sociedad alemana (Sport S. GmbH) a cambio de una determinada contraprestación de mercado, sin que se mencionara el IVA en la factura expedida en este contexto. Paralelamente, la Sra. Schriever arrendó a Sport S., a partir del 1 de agosto

de 1996 y por tiempo indefinido, los locales comerciales en los que se llevaba a cabo la actividad comercial. Sin embargo, según los términos del contrato de arrendamiento, éste podía ser resuelto por cualquiera de las partes a más tardar el tercer día laborable de cada trimestre natural, con efectos al término del siguiente trimestre natural. La entidad Sport S. continuó la actividad del comercio de artículos deportivos hasta el 31 de mayo de 1998.

La Sra. Schriever consideró la enajenación de las existencias y del equipamiento de la tienda como una transmisión íntegra de un negocio no sujeta al IVA. La administración tributaria alemana consideró, por el contrario, que no se cumplían los requisitos de una transmisión íntegra de un negocio, ya que el inmueble, como elemento esencial del negocio, no formaba parte de los elementos enajenados a Sport S. Es decir, la administración alemana argumentaba que la operación estaba sujeta al IVA y no exenta de él dado que no se trataba de la transmisión íntegra de un negocio, sino sólo de una parte, y sostenía además que un arrendamiento sujeto al plazo legal de resolución contractual no garantizaba una continuidad duradera de la actividad de la empresa puesto que no es posible la explotación del comercio minorista sin los locales del establecimiento. El conflicto entre el contribuyente y la Agencia Tributaria alemana (*Finanzamt*) llegó hasta el tribunal económico-administrativo (*Bundesfinanzhof*), que planteó cuestión prejudicial ante el TJUE.

2.2. La jurisprudencia Schriever

El TJUE reiteró los principios establecidos en la sentencia Zita Modes y aportó nuevos criterios para la interpretación de la regla de no sujeción al IVA en transmisiones de negocios en funcionamiento en el sentido siguiente:

- 1) Sobre el concepto de transmisión de un negocio en funcionamiento cubierto por la regla de no entrega:
 - Existe una transmisión de un establecimiento mercantil o de una parte autónoma de una empresa en el sentido del artículo 5.8 de la Sexta Directiva allí donde «el conjunto de los elementos transmitidos sea suficiente para permitir desarrollar una actividad económica autónoma».
 - La cuestión de si este conjunto debe contener en particular bienes tanto

¹ Existen otros pronunciamientos del TJUE de menor relevancia sobre esta cuestión, a saber: las SSTJUE de 22 de febrero del 2001, *Abbey National*, C-408/98, y de 29 de octubre del 2009, *SKF*, C-29/08.

mobiliarios como inmobiliarios ha de apreciarse a la luz de *la naturaleza de la actividad económica de que se trate*.

- En el caso de que *una actividad económica no requiera la utilización de locales específicos o equipados de instalaciones fijas necesarias para llevar a cabo la actividad económica, puede haber una transmisión de una universalidad de bienes* en el sentido del artículo 5.8 de la Sexta Directiva *incluso sin la transmisión de los derechos de propiedad de un inmueble*.
- En cambio, *no es posible considerar que existe tal transmisión sin que el cesionario tome posesión de los locales comerciales cuando la actividad económica de que se trate consista en la explotación de un conjunto inseparable de bienes muebles e inmuebles*. En particular, si los locales están equipados con instalaciones fijas necesarias para desarrollar la actividad económica, dichos inmuebles deben formar parte de los elementos enajenados para que se produzca una transmisión de una universalidad total o parcial de bienes, en el sentido de la Sexta Directiva.
- Del mismo modo, *también puede tener lugar una transmisión de bienes si se ponen a disposición del cesionario los locales comerciales mediante un contrato de arrendamiento o si éste dispone él mismo de un inmueble apropiado al que trasladar el conjunto de bienes transmitidos y donde puede continuar desarrollando la actividad económica de que se trate*.

El TJUE toma partido por un enfoque eminentemente fáctico que pivote sobre una apreciación global de las circunstancias de hecho que caracterizan la operación para determinar si está comprendida en el ámbito de la transmisión de una universalidad de bienes, en el sentido de la Sexta Directiva, de manera que en este marco debe concederse especial importancia a la naturaleza de la actividad económica del cedente.

En relación con el caso de autos, el TJUE se muestra partidario de apreciar la existencia de una operación cubierta atendiendo a varias consideraciones, a saber:

- Que la transmisión de existencias y del equipamiento de un comercio minorista se efectúa generalmente para permitir al adquirente continuar la gestión del citado comercio.

- Que, incluso si se trata de una actividad económica que no puede desarrollarse sin disponer de locales comerciales, por regla general no es necesario, para garantizar el mantenimiento del comercio minorista cedido, que el propietario del comercio lo sea también del inmueble en que se encuentra el comercio.
- Que en la medida en que la transmisión de las existencias y del equipamiento comercial sea suficiente para permitir la continuidad de una actividad económica autónoma, la transmisión de los inmuebles no es determinante para calificar la operación de transmisión de una universalidad de bienes.
- Que, además, cuando resulte que el desarrollo de la actividad económica de que se trate requiera que el adquirente utilice los mismos locales de los que dispuso el vendedor, nada se opone, en principio, a que la posesión se transmita mediante la celebración de un contrato de arrendamiento.

2) Sobre la necesidad de que el cesionario tenga intención de explotar el establecimiento mercantil o la parte de la empresa transmitida:

- Es necesario que el cesionario tenga intención de explotar el establecimiento mercantil o la parte de empresa transmitida (*intend to operate the business*) y no simplemente liquidar de inmediato la actividad en cuestión así como, en su caso, vender las existencias.
- A este respecto, las intenciones que albergaba el adquirente pueden o, en determinados casos, deben tomarse en consideración al apreciar globalmente las circunstancias de una operación, siempre que éstas puedan deducirse a partir de elementos objetivos. El TJUE dota de particular relevancia a determinadas circunstancias como la configuración de la operación o la duración de la actividad.

3. A modo de conclusión

Esta jurisprudencia flexibiliza la aplicación de este supuesto de no sujeción ampliando el ámbito objetivo de una regla que abarata y favorece las transmisiones de empresas (de unidades económicas en funcionamiento) reduciendo su coste fiscal/financiero para el adquirente.

Muy en particular, la jurisprudencia Schriever puede contribuir a facilitar estas operaciones de «ventas de negocios» o de unidades económicas

en las que se utilizan inmuebles sin que se transmitan éstos, de manera que se pueda aprovechar la ventaja de la no sujeción al IVA y se evite la carga fiscal del TPO en la transmisión inmobiliaria. Podría mantenerse que tal fórmula es viable, pero requiere un cuidadoso análisis jurídico y una no menos impecable contractualización de la operación.

Considerando la trayectoria de alineamiento sustancial de la doctrina de la Dirección General de Tributos con la jurisprudencia europea, cabe esperar que en breve plazo las resoluciones del referido centro directivo reflejen la más reciente jurisprudencia del TJUE que flexibiliza en los términos expuestos la interpretación de la regla de no sujeción al IVA de la transmisión de empresas.

Errores en la fijación de los precios de los productos en los catálogos de venta *on line*. ¿Hay algún remedio?

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

¿Qué ocurre cuando el empresario de venta virtual comete un error de indicación de los precios a que se ofertan los artículos puestos en el catálogo? Sería nefasto, incluso para el propio negocio, que se permitiera el empleo incondicionado de la nulidad por error para negarse a entregar el producto adquirido de esta forma. Pero la otra solución extrema puede llevar a consagrar groseros abusos de derecho.

1. Errores virtuales

Las tiendas de comercio electrónico y los operadores que prestan servicios de mediación en la contratación electrónica (v. gr., plataformas de subastas) compiten en precios y el precio es el elemento más distintivo de la oferta cuando se trata de negocios sobre productos de consumo (*commodities*) para los cuales existe alternativa competitiva en el mercado. Elemento primordial de la oferta es el precio de los productos contenidos en el catálogo de venta. Pero la fijación del precio en la estantería virtual está sujeta a mayores riesgos de error que si se tratara de una indicación manual. El error puede producirse en la fase de fijación (el operador correspondiente sufre un error obstativo, un lapsus de lectura), o en la transmisión que lleva a cabo el operador no virtual al operador virtual que gestiona la web en cuestión, o en la gestión virtual continuada de la propia red. La cadena de fijación de precios emplea más y más separados recursos humanos y con ello acrecienta las posibilidades de fallos involuntarios. La vertiginosa rapidez a que este mercado se enfrenta, la necesidad de reaccionar en cuestión de horas, la circulación masiva de productos y servicios en promoción que cada día hay que renovar para atraer al visitante virtual, todo ello impone una mayor urgencia en la gestión de los inventarios, un exponencial aumento de impulsos internos y externos y un precipitado cuidado en mantener la velocidad de reacción en el medio. El error es inevitable. Mucho más cuando resulta que el cobro mediante el sistema ciego de la tarjeta de pago no permite descubrir el fallo en el momento de la consumación, al contrario de lo que ocurriría si el vendedor recibiera el dinero en mano.

2. Doble clic, confirmación, revisión del pedido

Si el vendedor se reservara el derecho postcontractual de revisar el pedido y de asegurarse de que no han existido errores obstativos de fijación

y transmisión del contenido de la oferta, la compra no podría considerarse concluida y perfecta mediante la reafirmación del clic inicial de compra, es decir, mediante la pulsión del segundo clic que parece imponer la Ley de Comercio Electrónico para que la compraventa devenga perfecta y vinculante (art. 27.1c Ley 34/2002). Haría falta una confirmación ulterior por parte del oferente si éste quisiera reservarse una nueva oportunidad de revisar la transacción. Para que el vendedor pudiera reservarse esta oportunidad de corregir errores no bastaría con la «aceptación» del pedido que normalmente se espera como conducta final del oferente mediante el envío del mensaje de correo electrónico correspondiente en que confirma la aceptación y conclusión del proceso de compra. Obsérvese que conforme al artículo 28.1 de la ley citada, la «confirmación» que emite el vendedor no es una «aprobación» final del contrato, sino la mera dación de acuse de que la aceptación del comprador ha llegado a poder del vendedor. No bastaría con esta función de confirmación final para neutralizar el riesgo de error. Primero, porque el mensaje automatizado de confirmación que envía el oferente obedece a la misma ley ciega por la que el error se generó, que impedirá que éste se descubra. Segundo, porque, a falta de una reserva contractual expresa de la facultad de revisión del proceso, la función electrónica de confirmación de la aceptación no podría utilizarse para «corregir» errores producidos en el proceso interno de producción o fijación de la oferta por parte del operador.

Hoy por hoy y salvo, repito, que se contuviera en las condiciones generales una reserva expresa de esta facultad de revisión, el vendedor *on line* no podría (aunque técnicamente fuera posible para él) rehusar el pedido efectuado por medio de la secuencia del doble clic con la justificación o la excusa de que se había padecido un error en la fijación del precio del producto. Y casi seguro que el vendedor virtual consideraría un ejercicio

tan engorroso el de verificar el proceso por medio de un «sistema» independiente del sistema ciego que condujo la contratación, que muy fácilmente desistiría de tal empeño.

3. Deshacer el contrato por la vía de la impugnación por error

Si en la web aparece ofertado el producto a un precio que no se corresponde con el que quiso determinar el vendedor y el proceso de compra concluye con la pulsión del doble clic o con la confirmación electrónica de que la secuencia ha llegado a su correcto fin, el vendedor no podría *deshacer en red* el error sufrido. No podría hacerlo siquiera —salvo que el comprador consintiera— mediante una rectificación posterior en la que anunciara que se sufrió un desgraciado error en la fijación del precio, excusándose por los inconvenientes causados y ofreciendo una inmediata devolución del cargo de la tarjeta de pago, más, acaso, un regalito por desagravio. El vendedor no podría unilateralmente deshacer el contrato. No podría hacerlo tampoco mediante una impugnación o anulación extrajudicial de éste o del consentimiento prestado.

Si quisiera el vendedor librarse del vínculo contractual, sería preciso que interpusiera una acción judicial de impugnación de su contrato por anulabilidad debida a error (art. 1301 Código Civil), ya por vía de demanda, ya como reconvencción frente a la demanda de cumplimiento interpuesta por el comprador. Si la mercancía no estuviera todavía servida al tiempo de descubrir el fallo, el vendedor podría negarse a cumplir por vía de excepción extraprocésal y obligaría al comprador combativo a acudir a juicio, en el cual el vendedor tendría que reconvenir la nulidad, según la interpretación más extendida del artículo 1301 CC. Si el vendedor cumple (o no cumple) y demanda judicialmente la nulidad, asume sobre sí el riesgo del tiempo y el riesgo del proceso, pero también el riesgo del fracaso de su pretensión. Si el vendedor no ha cumplido aún y excepciona la nulidad del contrato por vía de error, corre el riesgo del fracaso de su pretensión y del coste de la penalización establecida en el artículo 104 de la Ley de Consumidores (Decreto Legislativo 1/2007) por falta de entrega temporánea del bien vendido.

Es decir, el vendedor sólo podría deshacer extrajudicialmente el contrato si el comprador estuviera de acuerdo en ello o, de no estarlo, no reclamara judicialmente el cumplimiento debido por el vendedor. Si el precio estuviera ya pagado y la mercancía entregada, el vendedor no tendría más remedio que demandar judicialmente la nulidad del contrato.

4. Pero ¿es relevante el error?

En cualquier caso, si se llegara al estadio del conflicto en el que se produjera un pleito civil,

¿tendría el vendedor alguna probabilidad de salir con éxito de esta aventura, ya fuera él el demandante de nulidad, ya se hubiera limitado a reconvenir (o excepcionar) la nulidad frente a la demanda de cumplimiento de la contraparte? ¿Se le exoneraría finalmente de la obligación de contratar al precio ofertado por error?

El error en la fijación de un precio en el catálogo de productos constituirá casi siempre un error observativo. El vendedor no ha formado erróneamente su voluntad negocial como consecuencia de una presuposición errónea sobre el valor de la cosa, sino que ha errado al fijarla en el medio virtual o no virtual mediante el que resulta accesible por los internautas. El vendedor *sabe* perfectamente cuánto vale el producto ofertado, pero no advierte que el signo comunicativo no se corresponde con aquella creencia. No es la semántica, sino la representación gráfica, lo que ha fallado. Si mantuviéramos en este caso las exigencias que los tribunales vienen imponiendo para que una alegación de error-presuposición resulte relevante, es casi seguro que deberíamos concluir con la irrelevancia del error. Es verdad que el error puede ser *esencial*, si la diferencia de precios es enorme, pero seguro que no es *excusable* por el operador de la tienda virtual. Se trata de un error producido en su propio sistema de gestión de ventas, error empresarial, además, que por mi experiencia de casos resueltos no se consideraría excusable por un tribunal.

5. Dos ejemplos de jurisprudencia

Antes de seguir quiero contar dos casos.

En su sentencia de 18 marzo del 2009, el tribunal alemán del estado federado (*Land*) de Coblenza resolvió la siguiente contienda. El vendedor había puesto en venta su Porsche de segunda mano en una subasta gestionada por la plataforma eBay. El vehículo estaba matriculado en el año 2007 y tenía 5800 km. La «oferta mínima es de un euro». La oferta fue puesta el día 12 de agosto del 2008. A las 17 horas de ese día un licitador ofrece cinco euros por el vehículo. Un minuto después el propietario rellena y envía el formulario eBay para revocar inmediatamente la subasta por el error padecido. Pero en este momento el contrato se había perfeccionado por el cruce de la oferta y la aceptación por el precio de cinco euros. El vendedor se negó a la reclamación hecha por el comprador. Según el tribunal, a pesar de la finalización anticipada de la subasta, el contrato ya había sido perfeccionado, aunque se dejaba abierta la posibilidad de que el vendedor impugnara su validez debido al *error enorme* sufrido. Con todo, el tribunal consideró que, en atención a las circunstancias del caso, la reclamación de la entrega del vehículo se produciría con abuso de derecho, dada la asimetría de los intereses de ambas partes, y bastaba ampararse en la *exceptio doli generalis* del parágrafo 242 del Código Civil alemán, sin necesidad de impugnar el contrato.

En el supuesto resuelto por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Badalona núm. 6, de 8 de junio del 2011, AC 2011/1442 se litigaba sobre la compraventa de dos unidades de portátil Mac Apple anunciada en la web por sesenta y siete euros, cuando su precio real se cifra en alrededor de mil euros. Según la sentencia, el vendedor puede anular el contrato si la oferta hecha en su página web padeció de error en cuanto al precio y es ostensible que en efecto se trataba de un error, pues existe una desproporción evidente entre el precio de mercado y el precio que figura en la oferta. No hay diferencia entre un comprador consumidor y otro que no lo es (en el caso no lo era). Para la sentencia, con razón, la oferta errónea no evita que se haya celebrado el contrato si se ha seguido el procedimiento de perfeccionamiento establecido en los artículos 23 y 28 de la Ley de Comercio Electrónico y ha sido confirmada la compra por el vendedor *on line*. Aunque el vendedor no haya opuesto la anulabilidad en reconvención y se haya limitado a negar la obligatoriedad del contrato, procede con abuso de derecho el comprador en este caso y esta circunstancia sí puede hacerse valer por vía de excepción. «Cabe asimismo destacar» que la vendedora se puso inmediatamente en contacto con los diferentes clientes para comunicarles el error sufrido y, habiéndose celebrado la compra el día 6 y comunicado el error el día 9, ningún perjuicio pudo sufrir el adquirente.

En ambos casos se descarga al vendedor del coste de iniciar un proceso judicial de anulación del contrato y del no menos gravoso coste de satisfacer en este proceso los exigentes estándares que los tribunales imponen para que un error resulte relevante para anular un contrato. Porque hoy en día es casi seguro que no triunfaría una pretensión de impugnación por error instada por el vendedor (no por el comprador) de un producto, que, para más encomio, es un *empresario* que efectúa una venta al consumo o, en cualquier caso, a un comprador no perito en el giro o tráfico de la venta virtual.

6. Condiciones suplementarias para la relevancia del error

Una pretensión por error instada por el vendedor en tales circunstancias sólo triunfaría si se diesen condiciones suplementarias. Primero, que se tratase de una *lesio enormis*, sin que bastara cualquier discrepancia entre el precio real y el precio ofertado. Segundo, que, por la magnitud misma de su enormidad, el comprador tuviera necesariamente que saber o sospechar que se había producido un error en el proceso que conduce a la presentación virtual de la oferta. Tercero, que el

comprador no sufriera ningún daño adicional o ningún coste por deshacer la operación, es decir, que no hubiera contraído de buena fe compromisos de costosa retroacción sobre la confianza en la corrección de la oferta. Cuarto, que el vendedor hubiera sido diligente en su reacción y que esta diligencia revele, al menos, un compromiso sincero de intentar disipar cuanto antes la impresión errónea susceptible de captar la confianza de otros buscadores de gangas virtuales.

Lo decisivo sería el horizonte de comprensibilidad del comprador. No bastaría la enormidad del error. Sería preciso que de las circunstancias particulares del caso pudiera acreditar el vendedor la prueba de que el precio *estaba más allá de lo que el comprador podía esperar siquiera como una ganga*. Si este comprador, atendiendo al estándar de lo que un comprador de razonabilidad media puede esperar de la red, estuviera en condiciones de poder creer *todavía* que se trataba de una ganga y no de un fallo, el contrato se mantendría. Este castigo tendría beneficiosos efectos de prevención general, incentivando la puesta de cuidado por los operadores de tiendas virtuales. Esta solución es buena incluso para los comerciantes virtuales, que verían seguramente reducido el volumen de sus negocios si los internautas tuvieran que especular con la posibilidad de perder sus «chollos» por sutiles razones cuya procedencia escaparía siempre a su control.

7. «Chollos» y abuso de derecho

Bajo estas condiciones, tienen razón las dos sentencias comentadas. Si bajo las restricciones expuestas es posible articular con éxito una demanda o reconvención judicial de anulación de contrato por error, es preferible habilitar la posibilidad de oponer sin más la simple excepción de abuso de derecho a la reclamación desconsiderada del comprador. En otras palabras, actúa con abuso quien reclama la entrega de la cosa que luego tendría que restituir por haber articulado el demandado una reconvención de nulidad contractual por causa de error. Mas en un caso como en el otro, abuso o nulidad, tendrían que concurrir las condiciones suplementarias expuestas. Más acá de ellas, el error del vendedor *on line* cursa a su propio riesgo. Y no sería abuso de derecho reclamar el cumplimiento de un «chollo» de esta clase si conforme a la buena fe el comprador no tuviera que considerar que la excelencia de la oferta provenía de un fallo del sistema. El enriquecimiento en la red, incluso el enriquecimiento exagerado en la red a costa del operador virtual, no es una condición que de suyo convierta en abusiva la demanda de cumplimiento instada por el comprador.

Pignoraciones de la devolución del IVA y derecho de Hacienda a compensar

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

La Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo ha confirmado la histórica posición de la AEAT de no admitir pignoraciones a favor de terceros de los créditos de devolución del IVA, de los que es deudora la Hacienda Pública. El resultado de esta postura es extender casi ilimitadamente el derecho de Hacienda a llevar a cabo compensaciones con deudas tributarias, poniendo en riesgo una técnica de financiación de proyectos que había devenido usual en la práctica.

Los créditos de devolución del IVA constituyen activos valiosos que el deudor de una financiación puede aportar a sus acreedores como garantía, y normalmente así se hace. Pero su consistencia como garantía depende de la buena voluntad de la Administración tributaria, que nunca ha sido proclive a perder esos fondos como eventual «colchón» dinerario a efectos de compensación con créditos tributarios. La jurisprudencia contencioso-administrativa ha dado la razón a la Administración en esta contienda.

1. La praxis de Hacienda y las sentencias de lo contencioso

Durante mucho tiempo viene negando porfiadamente Hacienda cualquier efecto a las prendas de crédito de devolución de IVA, que los sujetos tributarios y los beneficiarios de la prenda sistemáticamente comunican a aquélla, con el «ruego» (se prefiere evitar «conminaciones» al deudor cedido cuando éste es Hacienda) de que al vencimiento (y reconocimiento) del crédito de devolución la Administración tributaria haga el pago al acreedor o, al menos, en la cuenta identificada por el acreedor y que no atienda reclamaciones o solicitudes del deudor que no estén consentidas por el acreedor pignoraticio. La Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo ha dado la razón a Hacienda en dos sentencias del 2011.

Lo singular del supuesto resuelto por la Sentencia de 11 de julio del 2011 reside en que es el propio pignorante —acreedor de las devoluciones del IVA— quien solicita a la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) la compensación de este crédito (ya pignorado) con otras deudas que el mismo sujeto mantenía con Hacienda, conforme al artículo 72 de la Ley General Tributaria (LGT). El crédito de restitución del IVA fue pignorado el día 17 de enero de 1997, la solicitud de devolución del IVA del pignorante fue informada favorablemente y la AEAT resolvió practicar la devolución el 15 de abril de 1997. El 25 de septiembre el banco beneficiario de la prenda

dirigió un escrito a la Administración de la AEAT en el que solicitaba el abono de la devolución declarada a favor del obligado tributario. El día 20 de noviembre le fueron extendidas a este deudor diversas actas de inspección por conceptos tributarios de las que resultaba un importe a ingresar cercano a la mitad de la cantidad a devolver en concepto de IVA. El 15 de diciembre el deudor pignorante solicita a la AEAT la compensación por la cantidad correspondiente, que es practicada el 8 de enero de 1998. En cualquier caso, parece fuera de duda que la deuda tributaria líquida resultante de las actas de inspección no nace como tal sino después de que el crédito de devolución del IVA se hubiera pignorado.

Siguiendo su inveterada costumbre de negar cualquier efecto a las pignoraciones de estos créditos de devolución del IVA, la AEAT sostiene que el artículo 36 LGT/1963 (art. 17.4 LGT/2003) impide que se pueda modificar por pactos privados el contenido de la relación jurídica tributaria. En concreto, los «elementos de la obligación tributaria» son inmunes a las cesiones y pignoraciones, de modo que el titular del crédito de devolución será siempre el sujeto tributario correspondiente, sin perjuicio de las reclamaciones que luego procedan entre pignorante y beneficiario. Además, según el artículo 18 de la LGT vigente, «el crédito tributario es indisponible». Sustancialmente, el Tribunal Supremo suscribe estos argumentos. La Administración pudo acordar la compensación del crédito resultante de la devolución con la deuda derivada de las actas de inspección incoadas (todas ellas de conformidad), pese a haberle sido notificada fehacientemente la pignoración del importe de la devolución con anterioridad a la fecha en que se firmó el acuerdo de compensación. Es «una secuela obligada de la naturaleza de la obligación tributaria como una obligación *ex lege*» sin que pueda ser modificado su contenido. Finalmente, la sentencia no deja de dar importancia al hecho de que fue la misma pignorante, titular del crédito de devolución, la que solicitó aquella

compensación, por lo que «no parece que se siga actuación ilegal alguna de la Hacienda Pública».

La sentencia cuenta con dos votos particulares. Sostienen los magistrados disidentes que no puede calificarse de «obligación tributaria» la que incumbe a Hacienda de restituir el IVA a devolver al sujeto pasivo. El crédito del particular no podría ser considerado elemento de la obligación tributaria, sin perjuicio de que forme parte de la relación jurídica tributaria. Los magistrados que disienten se remiten para ello a la jurisprudencia civil contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 12 de diciembre del 2002, que obligó a la AEAT a efectuar la devolución tributaria a un tercero al que el acreedor originario había cedido su crédito en garantía de una deuda.

La doctrina de la sentencia de junio fue sostenida y aplicada por la misma sala del Tribunal Supremo en la Sentencia de 21 de septiembre del 2011. En este caso, la irrelevancia de la cesión o prenda para alterar los elementos de la relación tributaria sirvió para negar a la beneficiaria de la cesión en garantía la legitimación correspondiente para recurrir contra la negativa de devolución.

2. Crítica a la doctrina tributaria

Para cualquiera que no esté incondicionalmente predispuesto a favor de la mejor causa de la Hacienda Pública con objeto de compensar sus deudas con créditos de devolución, la conducta seguida por la AEAT y confirmada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo es de manera inequívoca inadmisibles. Hace falta añadir poco argumento a la afirmación —hecha por los magistrados disidentes— de que el crédito de devolución del IVA no es un crédito tributario ni un «elemento» de la relación jurídica tributaria. Ni hay razón material por la que deba atribuirse a este crédito una fortaleza e indisponibilidad específica de los créditos tributarios. El interés legítimo de Hacienda que se tutela en los artículos 17 y 18 LGT es el interés público que como acreedor tributario le compete, ejecutor del principio constitucional de justa contribución fiscal a las cargas públicas. Pero las deudas de Hacienda no tienen pedigrí constitucional, no están investidas de una fortaleza o condición especial justificada en aras de la causa pública que su existencia cubre. Cuesta creer que se pueda sostener con sinceridad la opinión contraria. Y es legítimo pensar que la AEAT no cree lo que dice. Porque lo que le interesa en estos casos a la Administración tributaria no es salvaguardar la intangibilidad en abstracto de la relación jurídica tributaria, ni siquiera «proteger» al titular originario de dicho crédito de restitución, sino pura y simplemente garantizarse de manera incondicional la posibilidad de compensar sus créditos actuales o futuros con cualesquiera deudas correlativas de las que Hacienda sea titular. Cínicamente, Hacienda sólo pretende asegurarse la compensabilidad de sus deudas. Como el artículo 1196.5.º del Código

Civil (CC) impediría la práctica de la compensación pretendida, se procede de la manera más expedita mediante el rechazo de que el crédito contra Hacienda pueda ser objeto de «retención» por medio de una prenda, dados los términos de los preceptos citados de la LGT. Como el artículo 17.4 LGT aseguraría que el crédito contra Hacienda no puede ser nunca objeto de «retención» conforme al artículo 1196.5.º CC ni de cesión conforme al artículo 1198 CC, Hacienda siempre dispondría de la facultad de compensar hasta el momento final en que el dinero del crédito de devolución haya sido abonado en la cuenta del acreedor correspondiente.

Las particularidades del supuesto cuestionan aún más la procedencia del resultado. Observemos que la AEAT ha accedido a compensar a petición del deudor tributario, permitiendo que éste obtenga una ventaja de su propio incumplimiento con el acreedor pignoraticio, cuya expectativa legítima traiciona al quebrantar los compromisos contraídos en el contrato de prenda. El solicitante hace valer frente a la AEAT —un organismo público sujeto a la ley y al derecho— su propia *torpeza* y, contra el consagrado principio *nemo propriam turpitudinem allegare potest*, Hacienda procura y permite que el infractor se salga con la suya, obteniendo un beneficio de su doloso incumplimiento frente al acreedor. Más aún, como Hacienda es conocedora de este hecho, colabora a sabiendas con el dolo ajeno a la producción de un daño, lo que sería bastante para que un tribunal civil condenara a la Administración Pública por lesión dolosa extracontractual de un derecho de crédito de tercero. Condena a la que Hacienda no podría sustraerse salvo que ostentara un derecho a compensar que fuera resistente a la prenda.

3. El derecho a compensar de Hacienda

Como he dicho, la clave de la cuestión reside en exclusiva en si Hacienda puede oponer la compensación de su contracrédito tributario a la prenda o cesión del crédito de devolución del IVA. La cuestión no tiene una respuesta única y es preciso combinar las normas civiles (arts. 1195, 1196, 1198 CC) y las tributarias (arts. 71 a 73 LGT; arts. 56 a 58 Reglamento General de Recaudación, RD 939/2005).

Delimitemos primeramente el supuesto probable para no perder recursos en discutir combinaciones exóticas. Hacienda es un *debitor cessus* que tiene a gala no consentir jamás las cesiones y pignoraciones de créditos; actitud racional, pues de otra forma (art. 1198 I CC) perdería su derecho a oponer la compensación al cesionario, aunque la situación de compensabilidad (concurencia cruzada de créditos vencidos, líquidos y exigibles) se hubiera producido conforme a los artículos 1195 CC y 72-73 LGT antes de la constitución de la prenda. Pero, por su parte, el acreedor pignoraticio tiene incentivos muy poderosos para notificar a Hacienda de modo inmediato la prenda

constituida, por lo que difícilmente se va a producir un *decalage* entre prenda y conocimiento que permita (art. 1198 III CC) que Hacienda pudiera hacer valer la situación de compensabilidad producida después de la pignoración y antes de su efectivo conocimiento. Por ende, la situación típica es la de Hacienda como *debitor cessus* que tiene conocimiento inmediato de la prenda, en la que no consiente o frente a la que calla, que a los efectos presentes es lo mismo. En este caso, Hacienda podría oponer al acreedor pignoraticio *al menos* la situación de compensabilidad producida antes de la prenda. En la interpretación *más favorable* al Tesoro, podría interpretarse el artículo 1198 II CC en términos tales que permitirían a Hacienda oponer al acreedor pignoraticio incluso la situación de compensabilidad producida después de la prenda notificada si la realización del hecho imponible que genera el contracrédito fiscal fuera anterior a la cesión, aunque el crédito tributario se devengara después y venciera antes de que lo hiciera el crédito de devolución del deudor pignoraticio, lo que tendría lugar cuando Hacienda reconociera el derecho a la devolución (art. 71.1 LGT). Pero en ningún caso podría oponer Hacienda la compensación si el contracrédito tributario venciera después de que hubiera vencido —ya conocida la pignoración efectuada— el crédito de devolución del IVA ni, con más razón, cuando el hecho imponible tuviera lugar después del conocimiento de la prenda.

Claro es que podría sostenerse que este sistema es improcedente para las compensaciones tributarias, dado que la Ley General Tributaria contendría un régimen especial frente al Código Civil. En efecto, repárese en el régimen de la compensación de oficio del artículo 73.1 LGT. Según el precepto, la Administración tributaria «compensará de oficio las deudas tributarias que se encuentren en periodo ejecutivo». La remisión al artículo 160 LGT conduce a que la Administración no pueda compensar de oficio (pero sí a instancia del obligado, art. 72.1 LGT) las deudas tributarias vencidas que todavía se encuentren en periodo voluntario de pago. Es decir, la situación de compensabilidad producida en este momento no podría ser opuesta por Hacienda, aunque se hubiera producido antes de la notificación de la prenda, si el crédito tributario de Hacienda se encontrara todavía en periodo de pago voluntario. Repárese en este sentido que «la extinción (por compensación) de la deuda tributaria se producirá en el momento de inicio del periodo ejecutivo o cuando se cumplan los requisitos exigidos para las deudas y créditos si este momento fuera posterior» (art. 73.3 LGT). Es decir, que nunca llegaría a ser relevante a efectos de la compensación una situación de compensabilidad de los artículos 1195 y 1196 CC que hubiera acaecido antes del comienzo del periodo ejecutivo. Mas si esto es de tal forma para desgracia de Hacienda, la inconveniencia se compensaría con creces si el artículo 73.1 (transcrito ya) se leyera en términos tales que Hacienda pudiera compensar de oficio las deudas tributarias que se encuentren

en periodo ejecutivo, en tanto en cuanto sea y siga siendo deudora de una deuda (de devolución) no satisfecha, aunque la situación de compensabilidad entre crédito fiscal y deuda de devolución se hubiera producido después de que se hubiera notificado la prenda. En términos más simples, se puede proponer que los artículos 71-73 LGT contienen un régimen cerrado y completo de extinción por compensación de deudas tributarias de forma tal que Hacienda pueda siempre oponer la compensación de un crédito fiscal en fase ejecutiva con cualquier débito de que Hacienda sea deudora, en tanto en cuanto este débito siga impagado por la razón que fuere. Con lo que, para más escarnio, se crea en Hacienda la poderosa tentación de pagar sus deudas de devolución lo más tarde posible, por si entretanto se liquida un crédito fiscal con el que poder compensar aquéllas.

La construcción que acaba de hacerse no es absurda. No sería éste el primer caso en el cual un deudor con poder fáctico de compensación triunfa frente a un acreedor con una garantía pignoraticia anterior sobre el mismo crédito. Si la Administración Pública fuere al mismo tiempo la depositaria en cuyo poder estuviere abierta la cuenta que tuviere acreditados los fondos, el poder de compensación sería incondicional en sistemas como el *Uniform Commercial Code* norteamericano, en el que el derecho a compensar del depositario del numerario es siempre superior en rango a la preferencia adquirida por un acreedor que hubiere perfeccionado en términos ordinarios un derecho de garantía sobre el crédito extinguido por compensación (art. 9-327.3 UCC; también, por ejemplo, en la reciente *Personal Property Securities Act* australiana del 2009, *sect. 75*).

Aunque así no fuere, Hacienda es un sujeto cualificado (art. 4.1a Real Decreto Ley 5/2005) para ser titular de «garantías financieras» sobre efectivo. El efectivo sería ciertamente el dinero depositado en cuenta —del Tesoro, de otra entidad pública o de un tercero— y la garantía pignoraticia se constituiría —caso de no ser el Tesoro el titular o el depositario de la cuenta— mediante un acuerdo de control con la entidad depositaria (art. 8.2a Real Decreto Ley 5/2005). Como esta prenda no requiere ninguna otra formalidad (no requiere traslado posesorio ni documento público), está en cualquier caso a disposición de Hacienda hacerse conceder una prenda de esta clase con consentimiento del deudor tributario o, simplemente, incluir una previsión semejante en el Reglamento General de Recaudación, dando por existente para el futuro una prenda universal que le permita obtener sobre el crédito de devolución del IVA un superprivilegio inmune a las limitaciones del artículo 77.1 LGT.

4. A pesar de todo, sigue siendo útil

Aceptemos pues que, bien por la vía de negar a las prendas de créditos de devolución cualquier eficacia frente a Hacienda, bien por la de privi-

legiar siempre frente a esta prenda el derecho a compensar de que fuere titular Hacienda, el acreedor pignoraticio tiene un derecho que se posterga frente a la facultad de compensar por parte de Hacienda. ¿Deberemos renunciar entonces a seguir constituyendo prendas sobre créditos de devolución del IVA y abandonar esta modalidad de garantía acostumbrada en toda financiación de proyectos y en toda refinanciación? No es fatal esta actitud.

En el peor de los casos, la prenda sí es oponible entre particulares cuando se suscita un conflicto de preferencias sobre el crédito de devolución. Esta contienda se ventilaría en la jurisdicción civil, que presumiblemente no tendría la misma concepción que la contenciosa sobre la intangibilidad de los elementos de la relación tributaria, en especial si no se halla concernido el derecho de compensación de Hacienda. Pero las opciones no se reducen a la expuesta. Una vez tranquilizada la Administración tributaria sobre la preferencia incontestable

de su derecho a compensar, no tendría razones legítimas para seguir sosteniendo la falacia de que la prenda del crédito de devolución del IVA comporta una alteración de la relación tributaria. Y así podría conseguirse que se atuviera al pacto entre pignorante y acreedor (comunicado a Hacienda) por el que el primero se compromete a no modificar la cuenta de ingreso de estas devoluciones y que Hacienda aceptara que no puede autorizar el cambio de la cuenta de ingreso sin consentimiento del acreedor. Pero hay todavía otras posibilidades suplementarias. El acreedor pignoraticio puede optar, y debe hacerlo por estrategia, por no recurrir las decisiones de Hacienda al respecto de la devolución, presentar reclamación de tercería de mejor derecho en vía administrativa previa (art. 165.3 LGT) y proceder a la demanda civil de tercería (art. 120.3 RGR), en la esperanza de que el juez ordinario aplique las reglas civiles de la compensación y no se sienta impresionado por la norma de «inalterabilidad» de la relación jurídica tributaria del artículo 17.4 LGT.

Análisis de la «jurisprudencia» del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

Miguel Ángel García Otero

Abogado del Área de Derecho Público de Gómez-Acebo & Pombo

Blanca Lozano Cutanda

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

Desde el principio de su funcionamiento hasta hoy, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha dictado un gran número de resoluciones de muy variada índole y contenido.

El presente artículo tiene por objeto analizar de forma sistemática, en función de los diferentes actos que en cada caso son objeto de recurso, los principales criterios que el referido tribunal ha adoptado a la hora de resolver las cuestiones que le han sido planteadas. Este análisis pretende servir de orientación práctica sobre los argumentos admitidos o rechazados por el tribunal en los principales conflictos que enfrentan a poderes adjudicadores con licitadores, y a éstos entre sí, en los procedimientos de contratación del sector público.

La Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras, creó el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC).

Desde el comienzo de su funcionamiento en el año 2010 hasta hoy, el TACRC ha dictado unas trescientas resoluciones, de muy variada índole y contenido, cuyo análisis nos permite ya indagar sobre la línea seguida por este órgano de resolución de controversias en los principales conflictos que enfrentan a poderes adjudicadores con licitadores, y a éstos entre sí, en los procedimientos de contratación pública.

Procedemos a continuación a exponer los criterios que el TACRC ha adoptado a la hora de resolver las cuestiones que se le han planteado y que revisten mayor interés, a nuestro juicio, por su carácter novedoso o controvertido y que pueden tener una aplicación general.

1. Resoluciones de inadmisión del recurso. Los actos de trámite cualificados

Llama la atención el elevado número de resoluciones en las que el TACRC inadmite el recurso planteado.

En un buen número de casos, la inadmisión se debió a que el recurso fue interpuesto fuera de plazo o a la incompetencia del TACRC, por tratarse de actos dictados por entidades de alguna Administración autonómica con la que la Administración central no había suscrito el oportuno convenio de sumisión a este órgano.

Pero la gran mayoría de las resoluciones de inadmisión —casi el 90 % de ellas— traen su causa del hecho de que el recurso se interpone frente a actos no susceptibles de recurso especial en materia de contratación. Ello se debe la mayoría de las veces a que el acto administrativo no es susceptible de recurso al no haberse dictado en el marco de un expediente de licitación de un contrato de los tipos enumerados en el artículo 310.1 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Pero es en relación con la recurribilidad de los actos de trámite donde nos encontramos con la doctrina más interesante del TACRC. El artículo 310.2 de la LCSP dice que serán recurribles aquellos actos de trámite que «decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos», teniendo en cuenta que la propia ley considera como actos de trámite que impiden la continuación del procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerda la exclusión de los licitadores. Este precepto debe

interpretarse, a juicio del TACRC, de forma conjunta con el precepto del que trae su origen, es decir, el artículo 107 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Según el TACRC, del análisis conjunto de ambos preceptos se desprende, en primer lugar, que los licitadores únicamente podrán recurrir aquellos actos de trámite que los perjudiquen de forma directa. No ocurre así, por ejemplo, en relación con la admisión de otro licitador, pues su no exclusión del procedimiento no prejuzga el contenido de la adjudicación y, además, de resultar adjudicatario el licitador que debiera haber sido excluido, siempre quedará la posibilidad de que los restantes licitadores recurran el acto de adjudicación basándose en la circunstancia que debió motivar su exclusión.

En segundo lugar, el TACRC ha dictaminado que no son actos de trámite susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los siguientes:

- *El acto de la Mesa de Contratación de admisión de las ofertas presentadas:* Resoluciones núms. 59/2011 —especialmente interesante por el desarrollo doctrinal que contiene— y 238/2011.
- *El acto en el que se determina la puntuación aplicable a una determinada oferta técnica.* En palabras del propio TACRC (Resolución núm. 255/2011), este acto «no decide directa ni indirectamente la adjudicación del contrato (que tiene lugar en un momento procedimental posterior), no impide la continuación del procedimiento (pues la oferta del recurrente no ha sido descartada definitivamente, pudiendo incluso resultar adjudicatario mientras no se resuelva sobre la adjudicación) y no produce indefensión ni perjuicio irreparable de derechos o intereses legítimos (pues el licitador podrá impugnar la adjudicación realizada)».

No obstante, en la Resolución núm. 178/2011, el TACRC tras declarar que la valoración de la oferta técnica no es susceptible de recurso especial en materia de contratación por tratarse de un acto de trámite que no reúne los requisitos del artículo 310.2b, de forma indirecta parece indicar que sí procedería el recurso en caso de que el recurrente conociese la valoración completa de las ofertas (no sólo de los criterios técnicos) con carácter previo a la interposición del recurso, siempre y cuando existiese legitimación del recurrente.

- *El acto de adjudicación provisional dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010:* contra las adjudicaciones provisionales acordadas con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley (que tuvo lugar el 7 de septiembre del 2010), no cabe la interposición del recurso especial regulado en los artículos 310 y siguientes de la LCSP porque, a partir de esta

ley «el acto de adjudicación recurrible como tal es la adjudicación definitiva» (Informe 45/10, de 28 de septiembre del 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa).

Pero, además, la adjudicación provisional no reviste, por definición, ninguno de los de los tres requisitos requeridos por el artículo 310.2 LCSP para que se la considere acto de trámite susceptible de recurso. Así lo declaró el TACRC en la Resolución 3/2010: «La adjudicación provisional, una vez hecha, no podría subsumirse en ninguno de los supuestos anteriores pues ni decide sobre la adjudicación (ésta se acordará en la adjudicación definitiva) ni produce indefensión o perjuicio irreparable, porque el recurrente aún podría recurrir contra la adjudicación definitiva, ni finalmente determina la imposibilidad de continuar el procedimiento pues la oferta del recurrente aún no ha sido definitivamente descartada pudiendo ser adjudicatario mientras no se resuelva definitivamente sobre la adjudicación».

2. Resoluciones en materia de exclusión de licitadores

- La Resolución 34/2010 analiza el artículo 45 de la LCSP, que prevé que no podrán participar en las licitaciones quienes hayan participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o documentos preparatorios. A este respecto, el TACRC sentencia que *no basta simplemente con participar en la elaboración de tales documentos para quedar excluido de la licitación, sino que es necesario que esa participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado.*
- La Resolución 14/2010 aborda la exclusión de un licitador por incluir en la oferta técnica información correspondiente a la oferta económica. En estos casos, como resume el TACRC, se trata de determinar si esta conducta «supone o no un incumplimiento de los principios de secreto de las proposiciones, así como de igualdad de trato y no discriminación de los candidatos, contenidos, respectivamente, en los artículos 129.1 y 123 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, y en su caso de los requisitos formales establecidos para las proposiciones de los interesados».

En el expediente de referencia, el TACRC considera la exclusión improcedente al no haberse vulnerado tales principios, dado que «en la proposición técnica no se realiza una valoración de los criterios que deban servir de fundamento a la adjudicación del contrato, sino una verificación o comprobación de que su contenido se ajusta íntegramente a lo exigido en el Anexo de descripción técnica del suministro. Por tanto, esa información de la oferta económica contenida en la proposición técnica no afecta a la objetividad de la actuación a realizar por los técnicos dado que en la fase de examen de la

documentación técnica no existe valoración alguna [...]». No se entiende, por ello, vulnerado el principio de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores ni tampoco, por la misma razón, el del secreto de las ofertas, dado que «el conocimiento por parte de dichos técnicos de la información económica incluida en el sobre de documentación técnica no afecta en absoluto a su actuación, esto es, verificar que la documentación técnica aportada se ajusta íntegramente a lo exigido en el Anexo de descripción técnica del suministro».

A contrario sensu, debe entenderse que la exclusión sería procedente en caso de que del examen de la documentación técnica hubiera de desprenderse una valoración o puntuación de criterios subjetivos, en cuyo caso la inclusión entre dicha documentación de información correspondiente a la oferta económica influiría en la objetividad de la actuación de los técnicos encargados de la valoración.

3. Resoluciones de recursos frente al acto de adjudicación del contrato

- *Sobre la necesaria fijación en los pliegos de los criterios de valoración y otras cuestiones que determinen la selección de ofertas y la adjudicación.* El TACRC ha abordado esta cuestión en numerosas resoluciones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en virtud de la cual el pliego de cláusulas administrativas debe considerarse la ley del contrato, a la que deben ajustarse no sólo los licitadores al formular sus proposiciones, sino también los órganos de contratación al seleccionar las ofertas estimadas más ventajosas económicamente.

Particularmente importantes resultan las resoluciones números 63/2011, 74/2011, 75/2011, 76/2011 y otras, recaídas todas ellas en el marco de una misma licitación, referida a un convenio marco. En dicha licitación, el órgano de contratación, al preverse así en los pliegos, decidió establecer un límite por debajo del cual quedarían excluidas todas las ofertas que se fijó en el 40 % de las presentadas que hubieran obtenido puntuación, sin acompañar justificación legal de dicho límite. Ante esta situación, el TACRC declara que el principio de transparencia exige que los criterios de selección de las proposiciones sean conocidos por los licitadores desde antes de presentarlas, tal y como disponen los artículos 134.1 y 135.1 de la LCSP, y del mismo modo obliga a que *aquellos criterios de valoración que no figuren en el pliego de cláusulas no puedan utilizarse en la valoración de las ofertas*. Por esta razón, el TACRC anula el acuerdo de adjudicación del convenio marco, dado que «el criterio utilizado para seleccionar las ofertas más ventajosas, las incluidas en el 40 % de las que hayan obtenido mejor puntuación, no figura ni en los pliegos ni en el anuncio

del contrato, por lo que claramente contradice el mandato de los artículos 134.1 y 135.1 inhabilitándolo para servir al fin que se propone». No basta, a estos efectos, que el órgano de contratación en la propia resolución impugnada rzone que «la racionalidad y la exigencia de eficacia imponen establecer un límite por encima del cual resulten adjudicatarias las empresas que hubieran presentado oferta y descartadas aquellas que estuvieran por debajo», pues, en palabras del propio tribunal, «la argumentación prolija y sobradamente justificada no es suficiente para impedir la aplicación del criterio antes establecido en el sentido de que no cabe determinar qué proposiciones entran dentro de las seleccionadas como adjudicatarias en base a un criterio no establecido previamente en la documentación que contiene las condiciones de la adjudicación».

En la misma línea, la Resolución 284/2011 se pronuncia sobre la valoración de las mejoras presentadas por los licitadores y resuelve que llevar a cabo tal valoración sin apoyo en criterios previamente determinados en el Pliego de condiciones administrativas particulares supone una infracción del principio de igualdad. De acuerdo con el criterio del tribunal, «no es suficiente una previsión genérica en el Cuadro Resumen del PCAP de que se pueden presentar mejoras, sino que exige una previsión concreta de qué mejoras se pueden presentar y cómo se van a valorar».

- *Contenido de la notificación de la adjudicación.* El TACRC se pronuncia sobre esta cuestión, entre otras, en la Resolución núm. 214/2011, en la que afirma que la notificación de la resolución de adjudicación sólo puede entenderse motivada cuando contenga la información que permita al licitador interponer reclamación de forma fundada, lo que no se cumple con la simple notificación de las puntuaciones obtenidas en la valoración de las ofertas.
- *Procedimiento negociado. Necesidad de negociación.* Particularmente interesante resulta la Resolución núm. 50/2011, en la que el TACRC lleva a cabo una disertación sobre la necesidad de que en el procedimiento negociado haya una efectiva negociación de los aspectos recogidos como negociables en el pliego. Esta cuestión que, a simple vista, puede parecer obvia, no es sin embargo baladí, pues lamentablemente es práctica habitual de las Administraciones Públicas españolas el convertir los procedimientos negociados en meros procedimientos restringidos en los que las supuestas cuestiones negociables se convierten en puros criterios de adjudicación, cuya valoración sin más trámites determina el adjudicatario del contrato como en los procedimientos abierto y restringido.

La resolución afirma, en contra de lo alegado por el órgano de contratación en su informe, que la

presentación de las ofertas por las empresas invitadas no puede ser considerada como una fase de negociación, pues «resulta obvio que la negociación[,] de existir[,] lo será con posterioridad a la presentación de las ofertas, no las ofertas en sí mismas, y más en un supuesto como en el expediente de referencia, en el que el único aspecto a negociar, de acuerdo con lo previsto en el pliego[,] será el precio».

Así, dado que en el expediente remitido no hay constancia de negociación por el órgano de contratación con los licitadores, el TACRC concluye que no ha existido negociación con ningún

licitador de los aspectos susceptibles de ella, en este caso, del precio, de acuerdo con el contenido del pliego, y procede a anular la adjudicación y a ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de la negociación de los términos del contrato con las empresas licitadoras. Queda, pues, claro que *en los procedimientos negociados debe existir una verdadera negociación de los términos del contrato que se fijen en el pliego como términos objeto de negociación, debiendo para ello el órgano de contratación prever en los pliegos y llevar a cabo al menos una fase de negociación posterior a la apertura de las proposiciones de las empresas.*

Los proveedores de acceso a internet no han de ser los vigilantes de los derechos de autor en la red

Ana I. Mendoza Losana

Profesora contratada doctora de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Departamento de Gestión del Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo

Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los proveedores de acceso a internet no están obligados a establecer sistemas de filtrado sobre todas las comunicaciones de sus clientes para proteger los derechos de propiedad intelectual en el intercambio de archivos *peer to peer*.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) acaba de pronunciarse, en su sentencia de 24 de noviembre del 2011, asunto C-70/2010, sobre si los proveedores de acceso a internet han de vigilar los derechos de autor en la red.

1. Breve descripción de los hechos y pretensiones de las partes

En el litigio resuelto por el TJUE se enfrentaban un proveedor de acceso a internet (ISP), Scarlet Extended S. A. (Scarlet) y la sociedad belga de gestión de derechos de autor, SABAM. Scarlet se había limitado a ofrecer el servicio de acceso a internet y no otros como la descarga o el intercambio de archivos.

En el 2004, SABAM constató que los internautas que utilizaban los servicios de Scarlet descargaban en internet, sin autorización y sin pagar derechos, obras que figuraban en su repertorio mediante redes *peer to peer* o P2P (medio para compartir contenidos independiente, descentralizado y dotado de funciones de búsqueda y descarga avanzadas). Demostrada la vulneración de los derechos de autor como consecuencia del intercambio no autorizado de archivos electrónicos musicales efectuados gracias a programas de ordenador *peer to peer*, SABAM solicitó a Scarlet la implantación de un sistema general de filtrado que impidiera o bloqueara cualquier forma de envío o recepción por sus clientes de archivos que reprodujeran una obra musical sin autorización de sus titulares mediante un programa *peer to peer*. La pretensión fue estimada en primera instancia y recurrida por Scarlet, que opuso tanto dificultades de tipo técnico (p. ej., la existencia de programas *peer to peer* que no permitían la verificación de su contenido por terceros) como de tipo jurídico (implicaba una obligación general de supervisar todas las comunicaciones que pasaran por su red) para implantar dispositivos de bloqueo de las comunicaciones.

Antes de analizar los problemas técnicos, el tribunal de apelación belga interpuso una cuestión prejudicial para determinar si el sistema de filtrado requerido era o no conforme al derecho comunitario.

2. Cuestión prejudicial: ¿es conforme al derecho comunitario un sistema de filtrado sobre todas las comunicaciones de los clientes del ISP («ojo que todo lo ve»)?

La legislación belga (Ley de 30 de junio de 1994 relativa a los derechos de autor y derechos afines) autoriza al órgano judicial a dictar un requerimiento de cese contra los intermediarios cuyos servicios sean utilizados por un tercero para vulnerar los derechos de autor o derechos afines. El órgano judicial nacional cuestiona si las directivas relativas al comercio electrónico (Directiva 2000/31/CE), a los derechos de autor en la sociedad de la información (Directivas 2001/29/CE y 2004/48/CE), al tratamiento de datos personales (Directiva 95/46/CE) y a la protección de la confidencialidad e intimidad en el sector de las telecomunicaciones (Directiva 2002/58/CE), interpretadas conforme a los artículos 8 (derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones) y 10 (libertad de expresión) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, permiten a los Estados miembros autorizar a un juez nacional a dictar un requerimiento de cese contra los intermediarios cuyos servicios sean utilizados por terceros para vulnerar derechos de autor o derechos afines exigiéndoles que establezcan un sistema de filtrado sobre todas las comunicaciones de los clientes del proveedor.

El sistema de filtrado requerido por el demandante era una especie de «ojo que todo lo ve» en cuanto se debía aplicar a toda la clientela, de manera abstracta y con carácter preventivo, esto es, comprendería toda lesión futura y debía proteger no sólo las obras existentes, sino también

las obras que se crearan en el futuro. Y todo ello exclusivamente a expensas del ISP y sin limitación en el tiempo, siendo apto para controlar todas las comunicaciones electrónicas, tanto entrantes como salientes, que circularan a través de sus servicios, en particular mediante la utilización de programas *peer to peer*, con el fin de identificar la circulación de archivos electrónicos que contuvieran obras sobre las que el solicitante de la medida alegara ser titular de derechos. Una vez identificados tales archivos, se habría de bloquear su transmisión, bien en el momento en que se solicitara el archivo, bien al ser enviado.

En caso de responder afirmativamente a esta primera pregunta, cuestiona el tribunal si el juez nacional deberá imponer tales medidas conforme al principio de proporcionalidad al pronunciarse sobre la efectividad y el efecto disuasorio de la medida solicitada.

3. Sistemas de filtrado y conflicto de derechos fundamentales

Ciertamente, los titulares de derechos de propiedad intelectual pueden solicitar medidas cautelares contra los prestadores de servicios de intermediación —entre los que se encuentran los proveedores de acceso a internet— cuyos servicios sean utilizados por terceros para infringir sus derechos (arts. 8.3 de la Directiva 2001/29 y 11 de la Directiva 2004/48). Estas medidas se pueden imponer tanto con carácter represivo, para hacer cesar las lesiones de derechos de propiedad intelectual ya causadas, como con carácter preventivo, para evitar nuevas lesiones, correspondiendo al derecho nacional determinar las modalidades de requerimiento judicial, los requisitos que deben cumplirse y el procedimiento que debe seguirse (STJUE de 12 de julio del 2011, L'Oréal y otros, C-324/09, Recopilación pendiente I-0000, apartado 131).

No obstante, tanto las normas nacionales como la aplicación que de ellas hacen los órganos judiciales deben respetar las limitaciones previstas en las Directivas 2001/29 y 2004/48, que establecen expresamente como límite los artículos 12 a 15 de la directiva sobre comercio electrónico (Directiva 2000/31), cuyo artículo 15.1 prohíbe a las autoridades nacionales adoptar medidas que obliguen a un ISP a efectuar una supervisión general de los datos que se transmitan por su red. En concreto, el TJUE ha considerado prohibidas aquellas medidas nacionales que obliguen a un prestador de servicios de intermediación, como un ISP, a practicar una supervisión activa del conjunto de los datos de cada uno de sus clientes con el fin de evitar cualquier futura lesión de los derechos de propiedad intelectual (sentencia L'Oréal, apdo. 139).

El sistema de filtrado requerido se basa en la previa identificación de los archivos correspondientes al tráfico *peer to peer* de entre el conjunto

de las comunicaciones de los clientes, en la identificación dentro de este tráfico de los archivos que contengan obras sobre las que los solicitantes del requerimiento posean derechos protegidos, en la determinación de cuáles de esos archivos se intercambian ilícitamente y, por último, en el bloqueo de los intercambios de archivos considerados ilícitos. Tras el análisis del sistema de filtrado solicitado, el TJUE llega a la conclusión de que implica una supervisión general de todas las comunicaciones de sus clientes, supervisión prohibida por el artículo 15.1 de la Directiva sobre comercio electrónico.

Obviamente, el derecho de propiedad intelectual es un derecho protegido (art. 17.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), pero no un derecho absoluto. Su protección cede ante la necesaria protección de otros derechos, como el derecho a la protección de datos personales, el secreto de las comunicaciones o la libertad de información. Al adoptar cualquier medida de protección de los derechos de autor se hace imprescindible ponderar su incidencia sobre una eventual restricción de otros derechos fundamentales y garantizar un justo equilibrio entre unos y otros (Sentencia 29 de enero del 2008, Promusicae frente a Telefónica, C-257/06, Rec. p. I-271), tales como la libertad de empresa (art. 16 Carta), el derecho a la protección de los datos personales (art. 8 Carta) y el derecho a recibir y enviar información (art. 11 Carta).

3.1. Derechos de autor frente a libertad de empresa

Analizado el sistema de filtrado descrito en los apartados anteriores, el TJUE llega a la conclusión de que la medida no garantiza un adecuado equilibrio entre los derechos de los titulares de derechos de autor protegidos y la libertad de empresa de los ISP. Al contrario, implica «una vulneración sustancial de la libertad de empresa del proveedor afectado dado que le obligaría a establecer un sistema informático complejo, gravoso, permanente y exclusivamente a sus expensas, que además sería contrario a los requisitos recogidos en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/48, el cual exige que las medidas adoptadas para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual no sean inútilmente complejas o gravosas» (apdo. 49 de la sentencia comentada).

3.2. Derechos de autor y otros derechos fundamentales de los ciudadanos

Scarlet alegaba que el establecimiento de un sistema de filtrado vulnera las disposiciones del derecho de la Unión sobre la protección de datos de carácter personal y la confidencialidad de las comunicaciones, ya que implica el tratamiento de las

direcciones IP, que son datos personales, pues permiten identificar concretamente a los usuarios, además de un control general sobre todas las comunicaciones de sus clientes.

Corresponde a los Estados miembros garantizar la confidencialidad de las comunicaciones (y de los datos asociados a ellas) realizadas a través de las redes públicas y de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, prohibiendo en particular el almacenamiento de tales datos por personas distintas de los usuarios y sin el consentimiento de éstos (art. 5.1 Directiva 2002/58), a excepción de las personas legalmente autorizadas (art. 15.1 Directiva 2002/58), y el almacenamiento técnico necesario para la conducción de una comunicación. Por lo que respecta a los datos de tráfico, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2002/58 dispone que los que están almacenados deben eliminarse o hacerse anónimos cuando ya no sean necesarios a los efectos de la transmisión de una comunicación, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2, 3 y 5 del mismo artículo y en el artículo 15, apartado 1, de la misma directiva (Sentencia del TJUE de 29 de enero del 2008, *Promusicae*, apdo. 47).

El TJUE considera probado que el sistema de filtrado requerido conlleva un análisis sistemático de todos los contenidos y la recopilación e identificación de la dirección IP de los usuarios que hayan originado el envío de contenidos ilícitos en la red, por lo que colisiona con el derecho a la protección de datos de carácter personal y por tanto debe ceder ante ella. Como tiene declarado el TJUE en su Sentencia de 29 de enero del 2008, caso *Promusicae*, debe señalarse que «las directivas mencionadas por el órgano jurisdiccional remitente tienen por finalidad que los Estados miembros garanticen, concretamente en la sociedad de la información, la protección efectiva de la propiedad intelectual y, en particular, de los derechos de autor. Sin embargo, resulta de los artículos 1, apartado 5, letra b, de la Directiva 2000/31; 9 de la Directiva 2001/29, y 8, apartado 3, letra e, de la Directiva 2004/48, que tal protección no puede ir en perjuicio de las exigencias relativas a la protección de los datos personales» (apdo. 57).

Además, tal sistema de filtrado no permite distinguir las transmisiones de contenido lícito de aquellas que no lo son e implica un control general de todas las comunicaciones, sin atender a consideraciones legales o excepciones a la protección de derechos de autor. En particular, cabe que en determinados Estados ciertas obras ya pertenezcan al dominio público o que los autores afectados las hayan puesto gratuitamente en internet y no por

ello se sustraerían al control del sistema de filtrado solicitado.

3.3. Conclusión sobre el conflicto de derechos

El TJUE se pronuncia categóricamente declarando que el requerimiento judicial por el que se obliga al ISP a establecer un sistema de filtrado sobre todas las comunicaciones de sus clientes efectuadas mediante el intercambio de archivos P2P «no respetaría el requisito de garantizar un justo equilibrio entre, por un lado, el derecho de propiedad intelectual y, por otro, la libertad de empresa, el derecho a la protección de datos de carácter personal y la libertad de recibir o comunicar informaciones» (apdo. 53).

4. Otras formas de colaboración de los ISP

La industria discográfica insiste en que el fallo judicial no afecta a otras formas de cooperación de los ISP, como los sistemas de avisos a infractores o el bloqueo de páginas web. A tenor de esto y por lo que a España se refiere, conviene recordar que por el momento está pendiente de desarrollo reglamentario la conocida como «ley Sindex», esto es, los artículos 8.1e y 8.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, y 158 del Real Decreto Legislativo 1/1996, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual en la nueva redacción dada por la Disposición final 43.^a de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible. Estos nuevos preceptos, desarrollados por el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, facultan a una autoridad administrativa (la Comisión de Propiedad Intelectual), previa intervención judicial, para restringir la prestación de servicios de acceso a internet a fin de salvaguardar los derechos de propiedad intelectual y exigir al ISP la cesión de los datos que permitan la identificación del responsable del servicio de la sociedad de la información que esté vulnerando presuntamente los derechos de propiedad intelectual con su conducta, pudiendo llegar incluso a ordenar el cierre de páginas web mediante las que se vulneren derechos de propiedad intelectual (*cfr.* arts. 15 a 24 RD 1889/2011).

Se ha consolidado una línea jurisprudencial que niega la obligación de los ISP de facilitar a los titulares de derechos de propiedad intelectual los datos (dirección IP) de los clientes que intercambian archivos *peer to peer* de contenido protegido como medida preparatoria de acciones civiles declarativas o de cesación por infracción de derechos de propiedad intelectual [STJUE *Promusicae*, autos de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de diciembre del 2009 (JUR 2010, 117525); de 15 de diciembre del 2009 (JUR 2010, 117178), y de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de abril del 2010 (AC 2010, 1001)]. Sólo existe la

obligación de cesión de datos cuando éstos son requeridos en relación con la persecución de delitos (no lo es el intercambio de archivos protegidos mediante redes P2P siempre que con dichos intercambios no se hayan llevado a cabo actos de comercio) y previa autorización judicial (Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal, Sección Única, del Tribunal Supremo, de 23 de febrero del 2010, JUR 2010/59653). En suma, la normativa

comunitaria restringe el deber de colaboración de los ISP únicamente en relación con la persecución de delitos, sin perjuicio de la valoración del legislador nacional a la hora de introducir este deber de colaboración para proteger los derechos de propiedad intelectual en caso de infracciones civiles a la vista de los derechos afectados [Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de diciembre del 2009 (JUR 2010, 117178)].

Guía del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral

Área de Derecho Laboral de Gómez-Acebo & Pombo

Respaldo por una mayoría absoluta clara y precedido por un debate social intenso, el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, constituye una importante «reforma del mercado laboral» que afecta al día a día de empresas, trabajadores y profesionales del derecho del trabajo. He aquí una síntesis de sus principales trazos.

El 12 de febrero del 2012 entró en vigor el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; más allá de las hipérbolas con que sus partidarios o detractores resaltan virtudes o defectos, constituye una norma muy relevante, valiente, compleja y polémica. Aquí se lleva a cabo una primera y urgente aproximación a estas sesenta y cuatro páginas del BOE (35.525 palabras, 189.440 caracteres), en la que se pretende resaltar los aspectos que parecen más significativos para las empresas, sin desmenuzar el contenido íntegro de la norma.

1. Apoyo a las pymes

El RDL 3/2012 considera que las pymes soportan con mayor dificultad las cargas laborales y atiende a su dimensión para aligerar algunas de ellas:

- Menos de doscientos cincuenta trabajadores: importantes *reducciones de cuotas* en los contratos para la formación y el aprendizaje.
- Menos de cincuenta trabajadores: *contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores*, con posibilidad de incentivos fiscales y bonificaciones en las cuotas, siendo aplicables éstas también a la transformación de contratos en indefinidos.
- Menos de veinticinco trabajadores: racionalización de la *responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)*, que se limita al resarcimiento de parte de las indemnizaciones por extinciones de contratos indefinidos que no hayan sido declaradas improcedentes.

2. Modernización

- Se dan pautas lógicas y acordes con los nuevos tiempos para el *trabajo a distancia* (antiguo «trabajo a domicilio»), aceptando la compatibilidad del trabajo presencial con el *on line* sin menoscabo de derechos.
- Se incentiva la *formación del trabajador* mediante la «cuenta» personal (en la que se

recogerá la formación recibida por el trabajador a lo largo de su vida activa), los periodos de adaptación o el reconocimiento de un permiso retribuido de veinte horas anuales (para trabajadores con más de un año de antigüedad; la formación debe estar vinculada al puesto de trabajo; se puede acumular trienalmente). La norma quiere evitar que un cambio tecnológico o de otro tipo suponga el despido del trabajador, así como fortalecer la preparación profesional de los trabajadores.

- Se refuerza el derecho a la formación: se exige que el empresario, cuando lleve a cabo una *modificación técnica* a la que se deba adaptar el trabajador, le ofrezca un curso para que pueda formarse. Dicho periodo formativo suspende el contrato y el trabajador cobra su salario. Únicamente se podrá despedir al trabajador por falta de adaptación si antes se ha facilitado esta formación sin resultados.
- Se permitirá además que los centros y entidades de formación acreditados puedan ejecutar directamente los planes de formación a nivel estatal y autonómico.

3. Fomento del empleo estable y de la formación

- *Desaparece el contrato indefinido de fomento* y, en su lugar, se crea otro también indefinido de apoyo a los emprendedores para empresas de menos de cincuenta trabajadores, con periodo de prueba de un año (que está siendo criticado y es de constitucionalidad dudosa), importantes incentivos fiscales y bonificaciones de cuotas (si se mantiene la contratación al menos tres años) y, si el trabajador venía percibiendo una prestación contributiva de desempleo, posibilidad de compatibilizar cada mes, junto con el salario, el 25 % de la cuantía de la prestación que tuviera reconocida y pendiente de percibir en el momento de su contratación.
- Se pretende dar prioridad a la colocación. A tal fin, se permite a *las ETT* actuar como *agencias privadas* de colocación con una mera

declaración responsable de cumplir una serie de requisitos.

- El fin de la suspensión de la aplicación de las reglas que penalizan el *encadenamiento de contratos temporales* (art. 15.5 Estatuto de los Trabajadores) se adelanta a enero del 2013.
- En materia de formación desaparece el monopolio de las organizaciones empresariales y sindicatos más representativos y se da entrada a otros centros y entidades de formación debidamente acreditados.
- Mediante una pirueta jurídica, los planes de formación vuelven a ser estatales, pero su gestión se encomienda a las comunidades autónomas.

4. Negociación colectiva

- Se admite la *revisión del convenio* durante su vigencia: no por medio de la Comisión Paritaria, sino de la Negociadora.
- Se potencia el *descuelgue*, que ahora ya tiene un objeto material mucho más amplio que el régimen salarial y puede referirse a tiempo de trabajo (jornada, horario, distribución, turnos), sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones desarrolladas y mejoras voluntarias. Ahora ya no es posible aplicar la modificación sustancial de condiciones de trabajo cuando se quiera inaplicar lo previsto en convenio colectivo. En tal supuesto habrá que acudir, necesariamente, al descuelgue contemplado en el artículo 82.3 ET. Se mantienen las causas del descuelgue (aunque se reformulan las de tipo económico vinculadas con la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, presumiéndose concurrentes «si se produce durante dos trimestres consecutivos») y la exigencia de que sea pactado o arbitrado cuando se haya pactado en convenio. De no ser así, una de las partes elevará el desacuerdo a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, o a sus equivalentes autonómicos, que nombrará un árbitro que resolverá en un máximo de veinticinco días.
- Se otorga *primacía al convenio de empresa*, que es inatacable por los superiores en un conjunto amplio de materias: cuantía del salario base y complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa; abono o compensación de las horas extraordinarias y retribución específica del trabajo a turnos; horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos y planificación anual de las vacaciones; adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores; adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen a los convenios de empresa; en

fin, medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, la familiar y la personal.

- *Ultraactividad*: se limita a un máximo de dos años. Una vez finalizado este plazo, se aplica el convenio de ámbito superior (si existe).
- Como consecuencia de la *eliminación de las categorías profesionales*, se concede a los convenios un plazo de un año para acomodarse al nuevo sistema de clasificación basado en grupos profesionales.
- *Contenido mínimo*: no se hace referencia al plazo máximo para el comienzo de las negociaciones, a la duración máxima de éstas, a la necesidad de adhesión a acuerdos para solución extrajudicial, a las funciones específicas de la Comisión Paritaria, a la adopción de medidas de flexibilidad interna, etc.

5. Flexibilidad interna

- *Clasificación profesional y movilidad funcional*: desaparece la categoría profesional; el encuadramiento pivota ahora sobre el grupo profesional, que es «el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador». En consecuencia, la movilidad «ordinaria» es la que se produce dentro de cada grupo.
- *Distribución irregular de la jornada*: se permite a las empresas disponer, si lo precisan y en defecto de pacto, de un porcentaje mínimo (5 %) de jornada irregular (nuevo art. 34.2 ET).
- Tanto para la movilidad geográfica como para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, las *causas* son más genéricas y se desvinculan de la finalidad exigida tradicionalmente. Se habla de las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.
- En movilidad geográfica se reconocen posibles *prioridades de permanencia* adicionales a la de los representantes: trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad.
- En *modificaciones sustanciales*, se reduce el plazo de preaviso de treinta a quince días, se prevé expresamente la modificación de la «cuantía salarial» junto con la estructura del salario; se reduce de treinta a siete días el plazo de efectividad en caso de que la colectiva se adopte sin acuerdo.
- *Suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas*: desaparece la autorización administrativa, salvo fuerza mayor; en

caso de acuerdo, se mantiene la presunción de que concurren las causas y, consiguientemente, se limitan las posibilidades de impugnación; se establecen medidas de apoyo mediante bonificaciones y coordinación con el desempleo; no se aplica la suspensión del contrato al sector público.

- La pasividad negociadora o el «bloqueo» de los convenios sectoriales no pueden impedir que la empresa tome decisiones relevantes en materia de clasificación profesional (ahora por grupos, no por categorías), vincule salarios a productividad o resultados, disponga –si lo precisa– de un porcentaje mínimo de jornada irregular (5 %), se descuelgue no sólo del salario sino también del tiempo trabajo, del sistema de trabajo, de las funciones, de las mejoras voluntarias, etc.

6. Despido improcedente

- Cambios muy relevantes en los efectos económicos; indemnizaciones y salarios de tramitación.
- Con carácter general se suprimen los *salarios de tramitación*. Únicamente se mantienen en los supuestos de nulidad, donde la readmisión es forzosa, en los casos en que la empresa opte por la readmisión (y readmita efectivamente) o cuando se trate de un representante de los trabajadores que opte por ésta. Posiblemente también cuando haya readmisión como consecuencia de la opción ejercida en tal sentido por el trabajador cuando el convenio colectivo le atribuya su titularidad.
- Aunque los salarios de tramitación se suprimen con carácter general, se deroga el artículo 105.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) para permitir a la empresa *defender la procedencia* del despido que fue impugnado pese a haberse reconocido su improcedencia.
- Se generaliza la indemnización por la extinción del contrato indefinido, que será de *treinta y tres días por año trabajado* en caso de despido improcedente, con un máximo de veinticuatro mensualidades. De este modo, se abonarán treinta y tres días por año con un máximo de veinticuatro meses para contratos nuevos. Para contratos anteriores al 12 de febrero del 2012 se impone un doble módulo (cuarenta y cinco días con un máximo de cuarenta y dos meses teóricos para los servicios prestados hasta el 12 de febrero del 2012; treinta y tres días con un máximo de veinticuatro meses para servicios prestados a partir del 12 de febrero del 2012) con un máximo de setecientos veinte días, salvo que el módulo privilegiado sea superior (hasta cuarenta y dos meses).

7. Despidos económicos («flexibilidad externa»)

- Despidos colectivos: *desaparece la autorización administrativa* y el procedimiento se centra en la negociación y en el plan social.

- En empresas de más de cincuenta trabajadores se exige, además, un *plan de recolocación (outplacement)*, cuyo incumplimiento es constitutivo de infracción muy grave. Para empresas que despidan a más de cien trabajadores, se introduce esta obligación de articular un plan de recolocación externa diseñado para un periodo de, al menos, seis meses.

- Desaparece la referencia a la *razonabilidad* de la medida y a la acreditación de los resultados alegados.

- Se pretende dar seguridad jurídica vinculando la disminución persistente de los ingresos (como situación económica negativa) a pérdidas continuadas durante *tres trimestres* consecutivos.

- El procedimiento se *simplifica* notablemente: la autoridad laboral actúa de manera coordinada con la Inspección de Trabajo y con el Servicio Público de Empleo, pero no interviene en la decisión final.

- El *Fondo de Garantía Salarial* resarce a la empresa del abono de ocho días de la indemnización, pero sólo en extinciones procedentes de contratos indefinidos en empresas de menos de veinticinco trabajadores.

- El control de los despidos se encomienda a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional, sin vías previas.

- Se reconoce la viabilidad jurídica de estos despidos en el *sector público* en casos de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente. Esta medida pretende facilitar el redimensionamiento de aquellas estructuras administrativas que crecieron desmesuradamente durante la fase de fuerte crecimiento económico y que no son sostenibles desde un punto de vista financiero en el momento actual, ni existe una previsión de que lo sean en los próximos años.

- Despidos por causas objetivas no económicas:

- La falta de adaptación exige a la empresa dar formación.

- En el despido por absentismo desaparece por fin la referencia al 2,5 % del centro de trabajo.

8. Colaboración en la búsqueda urgente de empleo

Para sumar los esfuerzos urgentes de todos aquellos que pueden colaborar en la búsqueda de un puesto de trabajo, se autoriza a las empresas de trabajo temporal, que cuentan con una amplia red de sucursales distribuidas por todo el territorio y mucha experiencia en el mercado de trabajo, para actuar como agencias privadas de colocación. En

ningún caso, las empresas de trabajo temporal cobrarán a los trabajadores.

9. Modalidades contractuales: contrato para la formación y el aprendizaje

- Se eleva la *edad máxima para tener acceso* a este tipo de contrato, teniendo en cuenta la prolongación de los periodos de estudio y la elevada tasa de desempleo en el colectivo de menores de treinta años, hasta que la tasa de desempleo baje del 15 %.
- Tras agotar un periodo de formación en una actividad, el trabajador podrá utilizar esta *modalidad de contrato en otros sectores*, lo que mejorará su empleabilidad y le permitirá una segunda oportunidad. Además, podrá recibir la formación en la propia empresa si dispone de instalaciones y personal adecuado.

10. Lucha contra el absentismo y el fraude

- Se impulsará que los desempleados que estén cobrando la prestación lleven a cabo servicios de interés general en beneficio de la comunidad mediante convenios de colaboración con las Administraciones Públicas.
- A fin de combatir comportamientos individuales de absentismo injustificado que ocasionan a la empresa un elevado coste económico y organizativo se elimina la vinculación del grado de absentismo del trabajador y la plantilla para justificar el absentismo como causa de despido. A partir de ahora sólo se tendrá en cuenta el absentismo del trabajador.
- Se mejorará la eficacia de la evaluación de la incapacidad temporal a través de las mutuas de accidentes de trabajo.

Valoración final

Los cambios están llenos de posibilidades interpretativas; la redacción de los preceptos es generalmente mejor que la precedente; la ordenación por

bloques temáticos parece artificiosa; la extraordinaria y urgente necesidad que todo real decreto ley exige no concurre respecto de algunas materias; constituye un lógico reduccionismo de primera hora considerar la norma meramente abaratadora y facilitadora del despido, del mismo modo que es una ilusión pensar que *per se* generará masiva creación de empleo.

Es innegable que, como hicieron la Ley 35/2010 o el RDL 7/2011, moderniza y aborda cuestiones de actualidad, al tiempo que relevantes para el sistema de relaciones laborales. Al igual que entonces, la contestación sindical, la crítica de los estudiosos, el desdén de los observadores, la impugnación de otras fuerzas políticas o las reclamaciones empresariales son reacciones tan lógicas cuanto inocuas a la hora de examinar y aplicar una norma con rango de ley que, por ello mismo, sólo en la medida en que sea declarada contraria a la ley fundamental por nuestro Tribunal Constitucional, podría inaplicarse.

A la vista de las materias que se modifican y la intensidad de los cambios, algunas voces están hablando de «un nuevo modelo de relaciones laborales», lo que sin duda es exagerado. Otra cosa es que estemos ante modificaciones de alcance emparentadas con las del año 1994.

Quiere el RDL 3/2012 que el trabajador deje su condición de contratante débil; que los sindicatos, aunque reforzados en la empresa, pierdan también —los más representativos— importantes prerrogativas: exclusividad en la formación y negociación sectorial; en fin, la Administración asume la mayoría de edad de la regulación de empleo y abandona controles propios de otra época (despidos colectivos, traslados).

Al eliminar cautelas, autorizaciones, prohibiciones, garantías, automatismos o generalizaciones, aumenta la importancia del asesoramiento técnico para todos los implicados. El papel de los directores de recursos humanos, graduados sociales, abogados u otros profesionales emparentados pasa a ser cada vez más decisivo porque la realidad depende cada vez menos de lo que digan las normas heterónomas y más de las prácticas, acuerdos o convenios.

Solicitud de envío de publicaciones e invitaciones a conferencias y seminarios de Gómez-Acebo & Pombo

Datos personales

Le rogamos que nos indique sus datos a fin de hacerle llegar publicaciones e invitarle a conferencias y seminarios.

Apellidos:	_____
Nombre:	_____
Empresa:	_____
Cargo:	_____
Teléfono:	_____
Correo electrónico:	_____
Dirección postal:	_____

¿Qué temas le interesa que trate la Firma

en futuras conferencias o artículos? _____

GÓMEZ-ACEBO & POMBO

Le rogamos que envíe este documento por fax al n.º 91 582 93 40 a la atención de **Begoña Prieto**, o bien por correo electrónico a **info@gomezacebo-pombo.com**.

Con la aportación de los datos personales que encabezan este formulario, usted consiente expresamente que sean incorporados a un fichero automatizado debidamente inscrito titularidad de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P., con el objeto de identificarle y poder hacerle llegar periódicamente información de los actos y publicaciones que desde la Firma se lleven a cabo. En todo momento usted podrá ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición mediante petición por escrito a tal efecto dirigida a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P., Paseo de la Castellana 216, 28046 Madrid, o bien mediante correo electrónico remitido a **info@gomezacebo-pombo.com**.

